



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO
ROMA – SEZIONE PRIMA bis

composto dai Magistrati:		N	/
- ELIA ORCIUOLO	Presidente		Reg. Sent.
- FRANCO A.M. DE BERNARDI	Consigliere		N. 9404/2008 Reg. Ric.
- ELENA STANIZZI	Consigliere Rel. Est.		

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso N. 9404/2008 R.G. proposto da **REPSOL ITALIA S.p.a.**,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'Avv. *Francesco Bonaccorsi*, dall'Avv. *Enzo Robaldo*,
dall'Avv. *Francesco Caliendo* e dall'Avv. *Maria Stefania Masini*, ed
elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale di quest'ultimo sito
in Roma, Via della Vite n. 7;

CONTRO

- il **MINISTERO DELLA DIFESA**, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso *ope legis*
dall'Avvocatura Generale dello Stato presso il cui Ufficio sito in
Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è domiciliato;
-il **MINISTERO DELLA DIFESA – Direzione Generale degli**
Armamenti Aeronautici, in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato presso il cui Ufficio sito in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è domiciliato;

E NEI CONFRONTI DI

- ***HOLLIMAN (rectius: HOLYMAN) SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL, con sede in Australia***, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. *Antonio J. Manca Graziadei*, dall'Avv. *Silvia Scopelliti* e dall'Avv. *Maurizio Tino*, ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale del primo sito in Roma, Via Lombardia n. 23;

PER L'ANNULLAMENTO

- previa concessione di misure cautelari anche provvisorie, del provvedimento, non noto quanto ad estremi, con cui il Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, ha disposto l'esclusione della società ricorrente Repsol Italia S.p.a. dalla procedura ristretta accelerata per *“l'approvvigionamento di combustibile navale F-76 per adeguamento dotazione e rispettive scorte di carburante navale per i depositi della Marina Militare (POL Nazionali e NATO) di Taranto, La Spezia ed Augusta e/o rifornimento diretto alle Unità Navali presso le suddette sedi – Unico Lotto. C.I.G. 0174412953”*;

- del verbale di deliberamento Repertorio n. 467 del 30 luglio 2008 e dell'allegato specchio di gara con cui il Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, ha disposto

l'esclusione della società ricorrente Repsol Italia S.p.a. dalla procedura ristretta ed ha aggiudicato la fornitura, in via provvisoria, alla società PDL TOLL con sede in Australia;

- della nota datata 1 agosto 2008 con cui il Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, ha comunicato alla società ricorrente la disposta esclusione dalla gara;

- del provvedimento datato 8 settembre 2008 con cui il seggio di gara ha aggiudicato la fornitura in via definitiva alla società PDL TOLL per un importo medio ponderato di Euro/TM 82,94;

- della lettera di invito a concorrere a procedura ristretta e dell'allegato disciplinare di gara nella parte relativa alle modalità di presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, e nelle parti concernenti la dimostrazione ed il possesso dei requisiti di partecipazione;

- della lettera di invito a concorrere a procedura ristretta e dell'allegato disciplinare di gara nella parte in cui si fa riferimento ad una gara a procedura ristretta, con modalità accelerata, in ambito UE/WTO, difformemente da quanto previsto dal bando di gara;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

E PER OTTENERE

- la condanna dell'Amministrazione della Difesa al pagamento, a favore della ricorrente, del risarcimento del danno ingiusto quale conseguenza della illegittimità dei provvedimenti impugnati, mediante reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'Ordinanza Presidenziale n. 4908/2008 di accoglimento della richiesta di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 10, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, con sospensione della stipulazione del contratto;

Vista l'Ordinanza Collegiale n. 5055/2008 adottata ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 bis, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, con cui è stata fissata l'udienza di discussione della causa e, in accoglimento dell'istanza cautelare, è stata inibita la stipula del contratto;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla Pubblica Udienza del 10 dicembre 2008, l'Avv. *Enzo Robaldo* per la parte ricorrente, l'Avv. dello Stato *Vittorio Cesaroni* per l'Amministrazione della Difesa resistente e l'Avv. *Antonio Manca Graziadei* per la controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL - Giudice relatore il Consigliere Elena Stanizzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Quale premessa dell'analisi dei fatti e delle illegittimità denunciate, espone la società ricorrente di aver presentato domanda di partecipazione - corredata dalle dichiarazioni e documentazione richieste dal bando - alla gara a procedura ristretta accelerata per la fornitura di combustibile navale F-76 per adeguamento dotazione e rispettive scorte di carburante navale per i depositi della Marina Militare (POL Nazionali e NATO) di Taranto, La Spezia ed Augusta e/o rifornimento diretto alle Unità Navali presso le suddette sedi - di cui al bando del Ministero della Difesa, Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, pubblicato in data 27 giugno 2008 sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - di importo contrattuale di euro 20.350.000,00, con criterio di aggiudicazione al prezzo più basso da determinarsi sulla base della più bassa media degli oneri accessori ponderati secondo i quantitativi percentuali di prodotto previsto per le singole destinazioni.

Nella domanda di partecipazione della società ricorrente, a firma del suo legale rappresentante, viene dichiarata in via generale - quanto ai requisiti morali - l'insussistenza di cause ostative, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni degli appalti di lavori, forniture e servizi, con successiva precisazione, "in particolare", delle lettere del citato articolo 38 cui la dichiarata insussistenza delle cause ostative si riferisce, e con omissione della indicazione della lettera *l*) di tale articolo che, nel richiamare la legge

n. 68 del 1999, sanziona con l'esclusione gli operatori economici non in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili.

La Commissione di gara, nella seduta del 14 luglio 2008, esaminate le domande di partecipazione pervenute, ha dichiarato l'idoneità delle tre ditte che hanno fatto richiesta di partecipazione in quanto in possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara, proponendo di procedere all'invito delle stesse alla gara.

Con nota del 16 luglio 2008 è stata, dunque, inoltrata alla società ricorrente lettera di invito a partecipare alla gara a procedura ristretta in ambito UE/WTO stante la regolarità della documentazione dalla stessa trasmessa in sede di preselezione, con prescrizione di attenersi alle norme di cui all'allegato 1 della lettera di invito, recante – tra le altre - l'indicazione dei documenti necessari per partecipare alla gara, ivi compresa la dichiarazione inerente l'ottemperanza alle prescrizioni contenute nella legge n. 68 del 1999 sul collocamento dei disabili.

Nella seduta del seggio di gara del 30 luglio 2008, la società ricorrente è stata esclusa dalla gara stante la mancanza, nella busta contenente i documenti posti a corredo dell'offerta, della dichiarazione circa il rispetto delle disposizioni di cui alla legge n. 68 del 1999, previa verifica da parte della Commissione della mancanza di tale dichiarazione anche nella domanda di partecipazione, e la fornitura è stata aggiudicata, in via provvisoria, alla PDL TOLL, unica concorrente rimasta in gara a seguito della rinuncia a presentare l'offerta da parte della terza ditta invitata.

Con nota datata 1 agosto 2008 è stata data formale comunicazione alla società ricorrente della sua esclusione dalla gara.

Avverso tale esclusione, nonché avverso tutti gli atti come in epigrafe indicati, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di censura:

- Violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, in particolare del principio di massima partecipazione – Violazione del principio di collaborazione della pubblica amministrazione con i cittadini – Violazione di legge (articoli 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, 6 della legge n. 241 del 1990 e 97 della Costituzione) – Erronea e falsa applicazione della disciplina di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza e illogicità manifesta – Eccesso di potere per travisamento e per ingiusto aggravamento del procedimento.

Nel premettere l'avvenuto adempimento di tutte le obbligazioni discendenti dalla legge n. 68 del 1999, assume parte ricorrente, a sostegno della proposta censura, come l'omessa dichiarazione, sia nella domanda di partecipazione alla gara, sia nella documentazione posta a corredo dell'offerta, circa il rispetto delle prescrizioni di cui alla citata legge sul collocamento al lavoro dei disabili, posta a fondamento della disposta esclusione dalla gara, sia imputabile a mero errore materiale, configurandosi pertanto quale irregolarità puramente formale suscettibile di regolarizzazione o di integrazione documentale. E ciò anche nella considerazione dell'avvenuta dichiarazione da parte della ricorrente, resa in via generale, circa l'insussistenza di tutte le

cause ostative di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, la quale dichiarazione deve dunque ritenersi comprensiva anche della lettera *l*) seppure non specificamente richiamata nella successiva elencazione 'in particolare' di tali cause, in relazione alla quali è dichiarata l'insussistenza.

Regolarizzazione che, oltre che rispondente ai principi del *favor participationis* e del giusto procedimento – nella specie asseritamente violati – e non in contrasto con il principio della *par condicio*, troverebbe fondamento nel cd. dovere di soccorso consacrato nell'art. 6, lett. *b*) della legge n. 241 del 1990, di cui la società ricorrente assume l'intervenuta violazione, precisando come venga in questione un requisito di tipo storico, e non un elemento dell'offerta, per l'effetto configurandosi in capo all'Amministrazione procedente uno specifico obbligo di procedere alla richiesta di regolarizzazione, stante altresì la dichiarazione resa in via generale circa l'insussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38 citato, da ritenersi comprensiva dunque anche di quella ritenuta mancante.

A fronte, inoltre, dell'avvenuta delibazione da parte della Commissione, in sede di prequalificazione, circa la sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara previa verifica della regolarità della documentazione trasmessa, l'esclusione della ricorrente per mancata dichiarazione della insussistenza della causa ostativa di cui alla lettera *l*) dell'art. 38 avrebbe potuto essere disposta solo in esito ad un

puntuale accertamento sulla situazione della ricorrente, da svolgersi in contraddittorio con la stessa.

Nell'evidenziare, inoltre, la discutibile tecnica con cui è stata predisposta la lettera di invito – nella quale viene richiesta una nuova allegazione della dichiarazione di insussistenza di solo talune delle cause di esclusione previste dalla comma 1 dell'art. 38 citato, impugnata parte ricorrente anche le previsioni ivi contenute nella parte in cui sanciscono, in modo eccessivo e sproporzionato, la generica comminatoria dell'esclusione dalla gara per qualsiasi carenza nelle dichiarazioni sostitutive, senza previsione alcuna della possibilità di regolarizzazione laddove la *par condicio* non venga alterata.

- Violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche. Violazione di legge (articoli 38 e 47 del D.Lgs. n. 2003 (*rectius*: 163) del 2006, articoli 1 e 3 della legge n. 241 del 1990 e 97 della Costituzione). Erronea e falsa applicazione della disciplina di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza e illogicità manifesta.

Per l'ipotesi in cui si ritenesse legittima la disposta esclusione della ricorrente dalla gara, viene censurato, in via subordinata, il provvedimento di aggiudicazione in via provvisoria della fornitura a favore della PDL TOLL, la quale, secondo parte ricorrente, avrebbe dovuto essere anch'essa esclusa dalla gara in corretta applicazione dell'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006 per non potervi partecipare a condizioni di reciprocità, per non aver correttamente dichiarato il

possesso dei requisiti di partecipazione fissati dalla *lex specialis*, e per non aver dimostrato l'effettivo possesso degli stessi.

Nel precisare la sussistenza del proprio interesse, nella specie di interesse strumentale, alla contestazione *de qua*, trattandosi di gara limitata a due soli concorrenti, al fine di ottenere, quale risultato utile, la rinnovazione della gara, sostiene in particolare parte ricorrente la mancata legittimazione in capo alla controinteressata PDL TOLL a partecipare alla gara non avendo l'Australia, in cui la controinteressata ha sede, mai sottoscritto l'allegato 4 dell'Accordo W.T.O., né stipulato alcun accordo bilaterale riguardante gli appalti pubblici con l'Unione Europea o con l'Italia, come richiesto dall'art. 47 del codice sui contratti pubblici, con la conseguenza che tale impresa non avrebbe potuto partecipare alla gara in condizioni di reciprocità, denunciando altresì come l'Amministrazione della Difesa abbia ommesso qualsivoglia attività istruttoria sul punto, consentendo ad una impresa extracomunitaria di partecipare alle stesse condizioni di un concorrente comunitario presentando delle mere dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione, pur non essendo la stazione appaltante in condizione di verificare la veridicità di tali dichiarazioni stante l'assenza di un qualsiasi obbligo di cooperazione con l'Italia o l'U.E. da parte dell'Australia volto a garantire la corretta applicazione della direttiva 2004/18/CEE.

Impugna, altresì, parte ricorrente, la lettera di invito e l'allegato disciplinare di gara nella parte in cui si fa riferimento ad una gara a

procedura ristretta in ambito UE/WTO, e ciò difformemente da quanto previsto dal bando, il quale non prevede la possibilità di partecipazione alla gara da parte di concorrenti extracomunitari appartenenti al WTO.

- Violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche. Violazione di legge (articoli 38, 41, 42, 47, 48, 49, 55, 62, 75 e 118 del D.Lgs. 2003 (*rectius*: 163) del 2006, articoli 1 e 3 della legge n. 241 del 1990 e 97 della Costituzione). Erronea e falsa applicazione della disciplina di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza e illogicità manifesta.

In via ulteriormente gradata e per l'ipotesi in cui si dovesse ritenere che la PDL TOLL potesse partecipare alla gara in condizioni di reciprocità, deduce parte ricorrente l'omessa dimostrazione da parte della controinteressata del possesso di taluni requisiti di partecipazione fissati dal bando di gara.

Segnatamente, quanto ai requisiti di capacità economica e finanziaria, la controinteressata ha dichiarato il fatturato globale della società controllante TOLL HOLDINGS LIMITED, senza allegazione né della dichiarazione inerente la volontà di far ricorso all'istituto dell'avvalimento, né della dichiarazione di impegno della società avvalsa, entrambe poste a garanzia della stazione appaltante.

Ancora, la PDL TOLL non avrebbe fornito l'elenco delle forniture analoghe a quella oggetto di gara relative all'ultimo triennio, limitandosi in proposito a dichiarare l'ammontare relativo a contratti

identici e l'ammontare relativo a contratti simili riferiti alla controllante, ed ha fornito unicamente l'iscrizione della controllante al Dipartimento degli affari esteri e commercio australiano, con la conseguenza che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto un certificato in corso di validità comprovante la sua iscrizione presso il registro della C.C.I.A.A. o registro equivalente.

Altro profilo che avrebbe dovuto comportare l'esclusione della concorrente PDL TOLL dalla gara, viene dalla ricorrente ricondotto alla mancata allegazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture riferite agli ultimi tre anni, come richiesto dall'art. 42 del codice sui contratti pubblici, precisando in proposito come le generiche indicazioni contenute nella manifestazione di interesse alla prequalificazione, presentata dalla PDL TOLL, non siano rese nella forma di autocertificazione, non contengano l'indicazione delle date delle forniture, effettuate peraltro per quantitativi irrisori, e non siano provate da certificati vistati dalle amministrazioni verso le quali sono state effettuati.

Ulteriore profilo di dedotta illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa controinteressata si ricollega alla asserita mancata allegazione di documentazione descrittiva delle attrezzature tecniche da utilizzare per l'effettuazione della fornitura, nonché di dichiarazione circa la provenienza del carburante e le modalità di approvvigionamento, idonee ad attestare la conformità dei beni o dei

cicli di lavorazione, come richiesto dal bando, così integrandosi peraltro un'ipotesi di grave disparità di trattamento nei riguardi della ricorrente in quanto esclusa dalla gara per irregolarità meramente formale della documentazione allegata alla propria domanda.

Né ad attestare la – richiesta dal bando - conformità del bene oggetto dell'appalto sarebbe idoneo, secondo parte ricorrente, il certificato AS/NW ISO 9001:2000 prodotto dalla PDL TOLL, il quale si riferirebbe genericamente ad attività di supporto logistico.

Certificato, peraltro, che in quanto differente dalla certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI EN ISO 9000, sarebbe asseritamente del tutto inidoneo a consentire alla controinteressata di beneficiare della possibilità del dimezzamento al 50% della cauzione, con conseguente necessità della sua esclusione, anche per tale aspetto, dalla gara.

Invoca ancora parte ricorrente, a sostegno della asserita illegittima ammissione della controinteressata alla gara, la mancata allegazione da parte della stessa, in sede di predisposizione della documentazione allegata all'offerta, della dichiarazione concernente il rispetto delle disposizioni relative al diritto al lavoro dei disabili, come richiesto dalla lettera di invito, il che la porrebbe in posizione analoga a quella della ricorrente, che invece per tale motivo è stata estromessa dalla gara.

Ulteriore motivo che avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad escludere la controinteressata dalla gara risiederebbe nella

circostanza della mancata indicazione, nella dichiarazione relativa alla volontà di procedere al subappalto a terzi di parti di fornitura, delle specifiche parti oggetto di subappalto, indicazione espressamente richiesta dalla lettera di invito.

In via subordinata, parte ricorrente deduce l'illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte relativa alle modalità di presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, stante la sua genericità in ordine ai requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, avuto particolare riguardo al fatturato minimo posseduto, così consentendosi una indiscriminata partecipazione alla gara da parte di concorrenti non adeguatamente qualificati, attribuendo alla stazione appaltante il potere arbitrario di individuazione del contraente, in violazione della *par condicio*.

Avanza, infine, parte ricorrente, domanda di risarcimento del danno sotto il profilo del lucro cessante e del danno emergente.

Si è costituita in resistenza l'intimata Amministrazione della Difesa sostenendo, con articolate controdeduzioni, la piena legittimità e conformità alla disciplina, anche quella speciale di gara, della disposta esclusione dalla gara della società ricorrente.

Quanto alle censure dalla ricorrente proposte avverso l'ammissione alla gara della PDL TOLL, ne eccepisce l'Amministrazione l'inammissibilità per mancanza di interesse stante la legittimità della disposta esclusione della ricorrente dalla gara, non senza soffermarsi, nel merito delle stesse, sulla piena legittimazione della PDL TOLL a

partecipare alla procedura di gara di cui è questione, di cui evidenzia l'apertura anche ad operatori extracomunitari conformemente alla disciplina di riferimento.

Si è costituita in giudizio anche la HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per difetto di notifica all'unica controinteressata, significando in proposito come il ricorso sia stato notificato a società diversa, la Società Mercantile Italo Britannica – che ha seguito le procedure di gara in qualità di *advisor* della PDL TOLL - ad un indirizzo che non costituisce, né ha mai costituito, la sede legale né effettiva della controinteressata, la quale non ha mai eletto un indirizzo differente dalla sua sede australiana, con conseguente inesistenza della notifica, non sanabile, né sanata dall'avvenuta costituzione in giudizio della controinteressata.

Eccepisce, altresì, la società controinteressata l'improcedibilità del ricorso per intervenuto superamento dei termini perentori previsti a pena di decadenza dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, non potendo valere in proposito la sospensione dei termini processuali prevista durante il periodo feriale.

Quanto al merito del ricorso, sostiene la controinteressata, con articolate controdeduzioni, la piena legittimità della disposta esclusione dalla gara della società ricorrente, contestando puntualmente le argomentazioni invocate dalla ricorrente a sostegno delle proposte censure.

Sulla base della asserita legittimità del gravato provvedimento di esclusione della ricorrente, eccepisce, dunque, la controinteressata, con riferimento alle censure ricorsuali volte a contestare, sotto molteplici profili, la legittimità della ammissione della stessa alla gara, la loro inammissibilità per carenza di interesse in capo alla ricorrente, non essendo ravvisabile in capo alla stessa alcun interesse giuridicamente protetto a sollevare doglianze avverso le fasi della procedura di gara successive alla sua esclusione.

In subordine, e per l'ipotesi in cui si ravvisi l'interesse della ricorrente a sindacare vizi attinenti la posizione della controinteressata, ne deduce questa, con puntuali e diffuse argomentazioni, l'infondatezza sia con riferimento alla legittimazione alla partecipazione alla gara da parte di concorrenti extracomunitari, sia con riferimento alla piena conformità della propria offerta e della documentazione presentata alle disposizioni dettate dalla disciplina di gara.

Con Ordinanza Collegiale n. 5055/2008, adottata ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 *bis*, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, è stata fissata l'udienza di discussione della causa e, in accoglimento dell'istanza cautelare, è stata inibita la stipula del contratto.

Con memorie successivamente depositate, la società ricorrente, l'Amministrazione della Difesa e la controinteressata hanno insistito nelle proprie deduzioni, ulteriormente e diffusamente sviluppandole e controdeducendo a quanto *ex adverso* sostenuto.

Alla Pubblica Udienza del 10 dicembre 2008, la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

Con il ricorso in esame è proposta, in via principale, azione impugnatoria avverso la disposta esclusione – di cui ai provvedimenti meglio in epigrafe indicati - della società REPSOL ITALIA S.p.a., odierna ricorrente, dalla gara a procedura ristretta accelerata indetta dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, avente ad oggetto *“l’approvvigionamento di combustibile navale F-76 per adeguamento dotazione e rispettive scorte di carburante navale per i depositi della Marina Militare (POL Nazionali e NATO) di Taranto, La Spezia ed Augusta e/o rifornimento diretto alle Unità Navali presso le suddette sedi – Unico Lotto. C.I.G. 0174412953”*, il cui bando è stato pubblicato in data 27 giugno 2008 sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, avente importo contrattuale di euro 20.350.000,00 e criterio di aggiudicazione al prezzo più basso da determinarsi sulla base della più bassa media degli oneri accessori ponderati secondo i quantitativi percentuali di prodotto previsto per le singole destinazioni.

Esclusione disposta per mancata produzione da parte della ricorrente, in sede di presentazione della documentazione richiesta a

pena di esclusione, dell'attestazione o certificazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

In via subordinata, per l'ipotesi di non accoglimento delle censure proposte avverso tale esclusione - il cui riscontro in termini di fondatezza soddisferebbe appieno l'interesse della ricorrente alla quale spetterebbe, conseguentemente, l'aggiudicazione della gara stante l'avvenuta partecipazione alla stessa di due sole concorrenti ed essendo l'offerta presentata dalla ricorrente più vantaggiosa rispetto a quella della controinteressata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria - censura la società ricorrente, sotto numerosi e diversi profili in parte narrativa più diffusamente illustrati, l'aggiudicazione della gara alla controinteressata PDL TOLL, lamentando l'illegittimità della partecipazione della stessa alla gara *de qua*.

Tale essendo, in estrema sintesi, l'oggetto della proposta azione impugnatoria, il Collegio, nella gradata elaborazione logica delle questioni e delle censure dalle parti sollevate nella controversia in esame, è chiamato in via pregiudiziale a pronunciarsi sull'eccezione, sollevata dalla controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD - PDL TOLL, di inammissibilità del ricorso per difetto della notifica che alla stessa doveva essere diretta.

In proposito, significando di essere l'unica controinteressata e di avere sede legale ed effettiva in Australia, come risultante dagli atti di gara, precisa che il ricorso è stato notificato a soggetto diverso, ovvero alla Società Mercantile Italo Britannica - la quale si è limitata a

seguire le procedure di gara in qualità di *advisor* della PDL TOLL - presso un indirizzo dunque che non costituisce, né ha mai costituito, la sede legale o effettiva della controinteressata, la quale non ha, inoltre, mai eletto un indirizzo differente dalla sua sede australiana.

Ne conseguirebbe l'inesistenza della notifica, come tale non sanabile, nè sanata dall'avvenuta costituzione in giudizio della controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL.

L'eccezione non è meritevole di accoglimento, dovendo ritenersi la sussistenza di un collegamento sostanziale tra la società cui il ricorso è stato notificato – la Società Mercantile Italo Britannica – e la controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL, collegamento che rende la notifica del ricorso, effettuata dalla ricorrente, integrante non un'ipotesi di inesistenza della notifica, ma di nullità, e quindi sanabile e sanata per effetto dell'avvenuta costituzione in giudizio della controinteressata.

Ed invero, come risultante dalla documentazione versata al fascicolo di causa, la Società Mercantile Italo Britannica, con nota allegata alla manifestazione di interesse della controinteressata, ha richiesto alla Commissione di gara, in qualità di *advisor* della PDL TOLL, l'invio delle comunicazioni inerenti la gara.

Orbene, conformemente ai principi giurisprudenziali consolidatisi sul punto (*ex plurimis*: Cons. Stato – Sez. IV – 3 novembre 2008 n. 5478; Sez. VI – 2 novembre 2007 n. 5690; T.A.R. Lazio – Roma –

Sez. I – 3 luglio 2007 n. 5910; Cass. Civ. – Sez I – 27 febbraio 2008 n. 5212; 15 gennaio 2007 n. 261; Sez. Lav. – 16 aprile 2008 n. 9989; 11 maggio 2005 n. 9892), deve essere ritenuta inesistente la notifica del ricorso giurisdizionale solo quando essa manchi del tutto ovvero sia stata effettuata con riguardo a soggetto che non abbia alcun riferimento con il destinatario necessario della notificazione stessa, mentre è affetta da nullità, sanabile con effetto *ex tunc*, ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., attraverso la costituzione della parte non intimata, quando, pur eseguita mediante consegna a persona o in luogo diversi da quelli stabiliti dalla legge, un collegamento risulti tuttavia ravvisabile, così da rendere possibile che l'atto, pervenuto a persona non del tutto estranea al processo, giunga a conoscenza del destinatario. Ciò nel pieno rispetto delle preclusioni derivanti dalle decadenze operanti nel processo amministrativo ove vige la regola – opposta a quella processuale civilistica che consente al giudice di ordinare la rinnovazione della notificazione in caso di convenuto contumace e di vizio della notifica - secondo la quale, al fine della regolare instaurazione del rapporto processuale, il ricorso deve essere ritualmente notificato all'Amministrazione resistente ed ad almeno un controinteressato, entro il prescritto termine di decadenza.

In coerenza con gli illustrati principi, l'inesistenza della notificazione si verifica, dunque, quando la difformità dal modulo legale è tale da renderla del tutto inidonea ad inserirsi nello sviluppo del processo, il che accade quando la consegna dell'atto sia avvenuta a

soggetti privi di legittimazione o a persona ed in luogo in nessun modo riferibili al destinatario, essendo in tali casi la notifica effettuata in modo assolutamente non conforme alla legge ed essendo, altresì, inidonea a realizzare lo schema tipico dell'istituto e lo scopo per cui è previsto.

In tali casi, gli effetti conseguenti all'inesistenza della notificazione non possono essere impediti invocando la sanatoria della nullità, in quanto percorribile solo con riferimento ad una notificazione irregolare, viziata o nulla, ma pur sempre esistente e realizzatasi come tale.

Il vizio di notificazione integra, invece, una nullità sanabile ai sensi del combinato disposto degli art. 160 e 156 c.p.c. quando, nonostante l'inosservanza delle formalità o delle disposizioni di legge, tra cui quelle concernenti la persona alla quale la notifica deve essere effettuata, la notifica è materialmente avvenuta mediante rilascio di copia nel luogo e a persona che possano avere un qualche riferimento con il vero destinatario della notifica medesima, in quanto non totalmente estraneo al destinatario e all'atto da notificare, dovendo ritenersi, in tali ipotesi che l'atto abbia raggiunto lo scopo cui è destinato.

In coerente applicazione dei suesposti principi alla fattispecie in esame, posto che può riconoscersi in capo alla società cui il ricorso è stato notificato un collegamento con la società controinteressata stante la sua affermata qualità di *advisor* della stessa, posta peraltro a

fondamento della sua indicazione quale destinataria delle comunicazioni inerenti la gara (come da nota allegata alla dichiarazione di interesse della PDL TOLL del 14 luglio 2008), la notifica deve ritenersi integrante un'ipotesi di nullità in quanto diretta a soggetto non privo di un concreto collegamento (dovendosi precisare che è sufficiente, a tal fine, anche un astratto collegamento) con il legittimo destinatario dell'atto, e come tale è suscettibile di sanatoria.

Sanatoria verificatasi per effetto dell'avvenuta costituzione in giudizio, sin dalla fase cautelare, della controinteressata cui la notifica doveva essere indirizzata, e ciò in omaggio al principio processuale del raggiungimento dello scopo, nella specie realizzato, senza che peraltro sia ravvisabile pregiudizio alcuno alla possibilità di svolgimento di attività difensiva.

Né l'effetto sanante dell'avvenuta costituzione in giudizio della controinteressata può ritenersi precluso anche a voler ritenere tale costituzione effettuata al solo fine di eccepire il vizio della notifica (il che non è, avendo essa, oltre che eccepito l'inesistenza della notifica, svolto ampia attività difensiva dando piena dimostrazione del raggiungimento dello scopo dell'atto), e ciò conformemente al consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la nullità della notifica è sempre suscettibile di sanatoria, per raggiungimento dello scopo da parte dell'atto, anche quando la parte si costituisca al solo fine di eccepire detta invalidità, e ciò alla stregua del principio in base

al quale la nullità della notificazione degli atti è sanata (e la sanatoria retroagisce al momento del compimento della notifica viziata) mediante la costituzione della parte alla quale la notifica era destinata (*ex plurimis*: Cons. Stato – Sez. VI – 28 agosto 2008 n. 4094; Cass. Civ. - Sez. III – 3 settembre 2007 n. 18529).

Pertanto, con riguardo all'eccezione sollevata dalla controinteressata di inammissibilità del ricorso per difetto di notifica, il Collegio, verificata la nullità – e non l'inesistenza - della *vocatio in ius* e riconosciuta l'efficacia sanante di tale nullità riconducibile all'avvenuta costituzione in giudizio della controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL, che consente di ritenere validamente e regolarmente instaurato il rapporto processuale nei prescritti termini di decadenza, rigetta l'eccezione di inammissibilità del ricorso articolata sulla base dell'assunto della inesistenza della sua notifica alla controinteressata.

Ad abundantiam, può inoltre in proposito rilevarsi che in data 17 novembre 2008 è stata effettuata la notifica del ricorso alla controinteressata presso le sedi di Melbourne e Sidney e che, ai sensi dell'art. 36 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 il termine per proporre impugnazione è aumentato di 90 giorni se le parti o alcune di esse, risiedono fuori d'Europa.

Così negativamente delibata l'esaminata eccezione, destituita di qualsivoglia fondamento risulta altresì l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso – sollevata dalla controinteressata

HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL – per asserita tardività della relativa proposizione.

Ciò in quanto, contrariamente a quanto dalla controinteressata in proposito dedotto, il termine perentorio di 60 giorni per l'impugnazione giurisdizionale (cui non si applica il dimezzamento dei termini di cui all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971) è soggetto all'applicazione ordinaria dell'istituto di carattere generale della sospensione dei termini durante il periodo feriale, dovendo riferirsi l'art. 5 della legge 7 ottobre 1969 n. 742 invocato dalla controinteressata – nella parte in cui esclude in materia amministrativa, nel procedimento per la sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, l'applicazione della sospensione di diritto dei termini processuali dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno di cui all'art. 1 – unicamente al termine per impugnare autonomamente l'ordinanza cautelare di primo grado ed al procedimento per la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato. Appare, conseguentemente pretestuosa e priva di fondamento la tesi volta ad estendere la portata di tale disposizione a tutti i ricorsi contenenti la proposizione di istanza cautelare.

Negativamente deliberate le eccezioni di inammissibilità del ricorso, di carattere pregiudiziale all'esame nel merito delle censure ricorsuali proposte, può procedersi, secondo l'ordine logico sotteso alle questioni prospettate, al vaglio di legittimità della esclusione dalla gara a procedura ristretta accelerata per la fornitura di carburante

navale, disposta nei confronti della società ricorrente, alla luce delle doglianze e dei vizi dalla stessa enucleati i quali – anticipando le conclusioni che, per le ragioni che si andranno ad esporre, il Collegio intende trarre – appaiono destituiti di fondamento, dovendosi per l'effetto confermare la gravata esclusione dalla gara della ricorrente, disposta – come da nota datata 1 agosto 2008 – per mancata produzione, in sede di presentazione della documentazione richiesta a pena di esclusione, dell'attestazione o certificazione di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

Al fine di più compiutamente comprendere i termini della questione di cui è controversia, giova brevemente richiamare, in via preliminare, gli elementi in fatto cui tale esclusione va ricondotta, parallelamente procedendosi al loro coordinamento con la normativa di riferimento, avuto particolare riguardo alle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara.

In proposito deve, dunque, rilevarsi che con riferimento a quanto prescritto dal bando di gara al punto III.2 relativamente alle condizioni di partecipazione alla gara, e segnatamente alle informazioni per valutare la conformità ai requisiti – tra gli altri – di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, la società odierna ricorrente, nella domanda di partecipazione a firma del suo legale rappresentante, ha dichiarato, in generale, quanto ai requisiti morali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006, l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento delle

concessioni degli appalti di lavori, forniture e servizi, precisando nel prosieguo della dichiarazione, “in particolare”, di non trovarsi nelle specifiche condizioni ostantive calendate nelle singole lettere del citato articolo 38, omettendo però, asseritamente per mero errore materiale, l’indicazione della lettera l), che nel fare riferimento alla legge n. 68 del 1999, comporta la sanzione dell’esclusione dalla gara degli operatori economici non in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili.

Successivamente alla fase di preselezione delle ditte, nel corso della quale, previo esame delle domande di partecipazione pervenute, la ricorrente è stata dichiarata idonea in quanto in possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara, la stessa è stata invitata alla gara a procedura ristretta in ambito UE/WTO.

Con la lettera di invito inviata alla ricorrente, in cui si afferma la regolarità della documentazione dalla stessa trasmessa in sede di preselezione, viene alla stessa richiesto di attenersi alle norme di cui all’allegato 1, recante – tra l’altro - l’indicazione dei documenti necessari per partecipare alla gara, tra cui la dichiarazione del legale rappresentante attestante l’ottemperanza alle prescrizioni contenute nella legge n. 68 del 1999 sul collocamento obbligatorio dei disabili.

La società ricorrente, nel corredare l’offerta con la richiesta documentazione, ha nuovamente omesso l’ espressa indicazione della mancanza della causa ostantiva inerente il rispetto delle prescrizioni sul collocamento obbligatorio dei disabili e, nel successivo seggio di gara,

è stata esclusa, previa verifica, da parte della Commissione, della mancanza di tale dichiarazione anche nella domanda di partecipazione precedente la lettera di invito.

Di tale esclusione parte ricorrente assume l'illegittimità sotto molteplici profili e con diverse prospettazioni, che il Collegio non ritiene di poter condividere.

Va, innanzitutto, rilevata l'avvenuta corretta applicazione da parte della stazione appaltante della disciplina di gara, posto che la lettera di invito espressamente richiede, a pena di esclusione dalla gara, la specifica dichiarazione inerente l'ottemperanza della normativa dettata in materia di collocamento obbligatorio dei disabili dalla legge n. 68 del 1999, e tale dichiarazione è stata del tutto omessa, in fase di presentazione dell'offerta, nella dichiarazione sostitutiva, datata 28 luglio 2008, a firma del legale rappresentante della società.

Né tale attestazione può essere rinvenuta – contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente – nella dichiarazione presentata dalla Repsol Italia ai fini della preselezione, non potendo attribuirsi un rilievo ed un significato tali da far ritenere soddisfatto il richiesto onere dichiarativo, sotto assunzione di specifica responsabilità a norma di legge, alla generica e generale dichiarazione circa l'insussistenza in capo alla società delle cause ostative alla partecipazione alla gara di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Anzi, a voler applicare il criterio ermeneutico compendiato nella formula *ubi voluit dixit*, la concreta modalità di redazione di tale

dichiarazione, in quanto comprensiva, nel 'particolare', di tutte le ipotesi di cui alle lettere enucleate dal citato articolo 38, fatta eccezione per quella ricadente sotto la lettera l), potrebbe anche intendersi come volta ad espressamente escludere il riferimento alla stessa, con conseguente possibilità di ravvisare in essa una intenzionale mancata attestazione circa il possesso del richiesto requisito morale.

A legittimare la disposta esclusione della società ricorrente dalla gara - e a rendere altresì immune dai denunciati vizi la lettera di invito - oltre che l'espressa disciplina della *lex specialis* contenuta nella lettera di invito, nella specie violata, soccorre la normativa generale, dovendo ritenersi che la dichiarazione relativa al rispetto della normativa posta a tutela del lavoro dei disabili rivesta contenuto di requisito indispensabile di partecipazione, richiesto dalla legge in via generale stante la forza cogente della disciplina di tutela di cui alla legge n. 68 del 1999.

La fonte primaria di riferimento in tema di requisiti di ordine generale è contenuta nell'art. 38 del D.Lgs n. 163 del 2006, che reca una disciplina unitaria circa le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi.

Quanto alla lettera l) del citato art. 38 - in base al quale i concorrenti, ai fini dell'ammissione alle procedure concorsuali finalizzate all'affidamento di pubblici appalti, debbano presentare la

certificazione, o la corrispondente dichiarazione sostitutiva, di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999 n. 68, concernente il rispetto della normativa a tutela dei disabili - che sanziona con l'esclusione dalla partecipazione alla gara i concorrenti che omettano la relativa dichiarazione, la stessa costituisce il punto di approdo normativo di un consolidato orientamento giurisprudenziale, maturato nel previgente sistema, in base al quale l'attestazione del rispetto della disciplina di tutela del lavoro dei disabili è da ritenersi condizione di partecipazione alla gara necessaria anche in mancanza di una espressa previsione in tal senso nella disciplina di gara, e ciò stante il carattere imperativo della norma di cui all'art. 17 della legge n. 68, il quale obbliga tutte le imprese partecipanti e gare per appalti pubblici, o che intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con la pubblica amministrazione, a presentare preventivamente una dichiarazione del legale rappresentante che attesti la regolarità dell'impresa sotto il profilo del rispetto delle norme contenute nella medesima legge in materia di avviamento al lavoro dei soggetti disabili.

Dichiarazione che, nell'applicazione giurisprudenziale anche successiva alla entrata in vigore del codice sui contratti pubblici, deve essere resa anche dai soggetti esonerati per legge dal rispetto della normativa *de qua*, costituendo, in tema di gara per l'affidamento di appalti pubblici, la dichiarazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999 n. 68 in materia di rispetto della normativa sul lavoro dei disabili, requisito di partecipazione alla gara, sicché l'omissione di

detta dichiarazione costituisce causa di esclusione, per la forza cogente ed imperativa propria della legge, anche se non richiamata dalla *lex specialis*

In altri termini, l'art. 38 comma 1, lett. l), del D.Lg. 12 aprile 2006 n. 163, prevede un obbligo generale, che comporta, anche per le imprese esonerate dall'osservanza della normativa di salvaguardia dei soggetti svantaggiati, l'onere di produrre, unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, una dichiarazione che attesti l'inapplicabilità nei loro confronti della normativa in questione.

Tale dichiarazione, inerente il rispetto delle norme che tutelano il diritto al lavoro dei disabili, va dunque considerata ed è normativamente delineata quale necessario requisito di partecipazione, e non di aggiudicazione, dovendosi per l'effetto produrre in sede di gara nella fase anteriore all'apertura delle offerte ed a pena di esclusione, servendo a far conoscere immediatamente la posizione dei concorrenti rispetto alla normativa sui disabili.

A fronte del delineato quadro, sia normativo che applicativo, atto ad evidenziare la rilevanza e la portata, in termini di imperatività e di cogenza, della disciplina dettata a tutela dei disabili in materia di collocamento al lavoro, e dei correlati riflessi in materia di partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, perdono rilievo le censure spese da parte ricorrente circa l'illegittimità della lettera di invito nella parte in cui commina la sanzione dell'esclusione dalla gara in modo generico ed indifferenziato per tutte

le violazioni agli oneri di allegazione documentale dalla stessa imposti, discendendo l'esclusione dalla gara, per l'omessa dichiarazione in materia di lavoro dei disabili, direttamente dalla legge primaria, anche in mancanza di un espresso richiamo nella *lex specialis*, che nella fattispecie è, oltre che esistente, statuito in modo chiaro ed inequivocabile nell'allegato alla lettera di invito, cui questa fa espresso rinvio quanto alle modalità di presentazione dell'offerta e alla documentazione da allegare alla stessa.

Ne discende che, sotto l'esaminato profilo, la lettera di invito non appare affetta dai denunciati vizi nella parte in cui richiede nuovamente l'allegazione della dichiarazione di insussistenza di solo talune delle cause di esclusione previste dalla comma 1 dell'art. 38 citato, non apparendo tale previsione né eccessiva né sproporzionata (che anzi, il richiamo espresso alla necessità di allegazione della dichiarazione in questione si risolve in un vantaggio per le imprese nella fase di predisposizione della documentazione).

Né la lettera di invito appare viziata nella parte in cui reca la comminatoria dell'esclusione dalla gara con riferimento alla omissione della dichiarazione di che trattasi (irrilevante essendo, per quanto è causa, la comminatoria per le altre e diverse ipotesi).

Sempre nelle precedenti considerazioni risiede l'irrilevanza dell'avvenuta dichiarazione, da parte della Commissione di gara, circa l'idoneità della ricorrente a partecipare alla gara in quanto in possesso dei prescritti requisiti (come riportato nel verbale di preselezione del

14 luglio 2008) e circa la regolarità della documentazione trasmessa dalla ricorrente ai fini della preselezione (come riportato nella lettera di invito del 16 luglio 2008) posto che nessun consolidamento della posizione della ricorrente circa la regolarità della documentazione presentata può discendere dall'esito della fase di preselezione e di prequalifica, che comunque non consuma il potere della stazione appaltante di valutare anche in sede di gara il possesso dei richiesti requisiti di partecipazione, e posto che, con la lettera di invito, è stata nuovamente ed espressamente richiesta l'allegazione della dichiarazione inerente il collocamento al lavoro dei disabili, che nella specie è stata del tutto omessa.

Dovendo ulteriormente precisarsi che, sulla base delle inequivocabili previsioni di cui alla lettera di invito, il cui carattere vincolante ed il cui rispetto si pone a garanzia della *par condicio* dei concorrenti, non sarebbe comunque bastata l'allegazione di siffatta dichiarazione (peraltro mancante) nella fase di preselezione, che dunque non sarebbe stata idonea a sanare l'omissione nella dichiarazione resa nella fase di presentazione dell'offerta.

Dalle considerazioni sin qui svolte emergono chiaramente le coordinate di riferimento che devono indirizzare il vaglio delle argomentazioni spese da parte ricorrente a sostegno dell'invocata possibilità di integrazione o di regolarizzazione documentale, nel ritenuto presupposto che si versi in una ipotesi di irregolarità puramente formale. Regolarizzazione che, secondo parte ricorrente,

sarebbe stata illegittimamente negata da parte dell'Amministrazione, in asserita violazione dei principi del giusto procedimento e del *favor participationis* alle gare pubbliche, nonché in violazione dell'art. 6, lett. *b)* della legge n. 241 del 1990, ai sensi del quale l'Amministrazione può chiedere l'integrazione di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, nell'ambito di quello che viene definito il cd. dovere di soccorso.

Se parte ricorrente affida il denunciato profilo di illegittimità della gravata esclusione dalla gara, disposta nei suoi confronti, alla mancata richiesta da parte dell'Amministrazione di provvedere all'integrazione o regolarizzazione della documentazione prodotta, sull'assunto dell'avvenuta dichiarazione circa il possesso del requisito in questione resa in via generale in fase di prequalificazione, tale assunto va disatteso alla luce delle considerazioni già sopra svolte circa la cogenza ed imperatività della disciplina inerente il lavoro dei disabili e della dichiarazione circa il suo rispetto, che costituisce imprescindibile requisito di partecipazione alle gare pubbliche, nonché sulla base del chiaro tenore della lettera di invito, le cui disposizioni vanno interpretate ed applicate coerentemente con l'esigenza di salvaguardia della *par condicio* tra i concorrenti, garantita dal rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis*.

Ancora, il dovere di soccorso consacrato nell'art. 6, lett. *b)* della legge n. 241 del 1990, non può trovare automatica applicazione nelle ipotesi in cui incomba sull'interessato un preciso onere, cui non

corrisponde alcun dovere di svolgimento di attività istruttoria da parte dell'Amministrazione, ma solo una facoltà, da valutarsi caso per caso in relazione alle peculiarità delle fattispecie in questione.

Orbene, nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici, il rigore formale alle stesse impresso e l'imposizione di severi regimi sanzionatori e di decadenza, rispondono all'esigenza di garantire la *par condicio* tra i concorrenti, che non può certo assumere carattere recessivo rispetto al – spesso configgente – principio del *favor participationis* dei concorrenti.

Ed infatti, occorre in proposito ricordare come nelle procedure concorsuali pubbliche il formalismo sia preordinato alla tutela del principio della parità tra i concorrenti, i quali devono poter contare su regole stabili valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell'applicazione delle clausole di gara.

L'esigenza del rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* quale efficace presidio a garanzia della *par condicio* può bene essere oggetto di temperamenti, dovendosi scongiurare un'applicazione meccanica del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica

e dell'esigenza di favorire la massima partecipazione al fine di fruire dei benefici derivanti dalla competizione concorrenziale.

Ne consegue che la regolarizzazione, pur essendo un istituto di carattere generale, volto ad evitare che l'esigenza di assicurare la massima partecipazione alla gara venga compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione, incontra tuttavia taluni limiti applicativi rappresentati, innanzitutto, dal rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, che comporta il divieto di ricorrere alla regolarizzazione per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara. Ancora, la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, a meno che gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'Amministrazione costituiscano ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato, ipotesi che nella fattispecie, per quanto sopra illustrato, non ricorre. Inoltre, la regolarizzazione è destinata ad operare solo quando si tratti di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando o nella normativa applicabile alla concreta fattispecie, laddove, nel caso in esame, non si verte in una ipotesi di mancata ottemperanza ad una clausola ambigua o di dubbio significato, non potendo, conseguentemente, farsi ricorso alla applicazione di un istituto che, sulla base dei parametri giurisprudenziali condivisi, non è utilizzabile per sopperire alla omessa produzione di un documento

richiesto a pena di esclusione dalla gara se non in violazione della *par condicio* tra i partecipanti, rivelandosi conseguentemente preclusa la percorribilità della invocata regolarizzazione documentale.

Né, d'altra parte, è consentito alla Commissione di gara, se non in violazione dei principi di concorrenza e *par condicio* che presidiano la materia degli appalti pubblici, utilizzare il potere di richiedere chiarimenti ed integrazioni al fine di sopperire ad una carenza che non sia meramente formale della documentazione di gara o che non riguardi dichiarazioni o documenti che non siano richiesti a pena di esclusione, risolvendosi, in caso contrario, l'esercizio del potere amministrativo in una palese violazione della *par condicio* rispetto a quelle imprese concorrenti che abbiano invece puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* di gara (in materia, *ex plurimis*: T.A.R. Lazio – Roma – Sez. I – 9 luglio 2008 n. 6518; T.A.R. Campania – Napoli – Sez. III – 6 agosto 2008 n. 9861; TAR Lomardia – Milano – Sez. III – 17 ottobre 2006 n. 2011; Cons. Stato – Sez. VI – 19 giugno 2006 n. 3660).

Inoltre, il principio del *favor participationis* non è un dovere assoluto ed incondizionato posto a carico della commissione di gara, poiché la possibilità, per essa, di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante, incontra i limiti applicativi derivanti, innanzitutto, dall'inderogabile necessità del rispetto della più volte ricordata *par condicio*, dall'essere la regolarizzazione preclusa per gli elementi essenziali, e dalla ambiguità

della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire.

Ne consegue, in coerente applicazione con i principi ed i parametri sopra illustrati, che a fronte dell'accertata mancata allegazione da parte della società ricorrente della dichiarazione di cui è questione, non poteva farsi luogo alla regolarizzazione documentale, venendo in rilievo un vizio non puramente formale, come asserito dalla ricorrente, ma concernente una dichiarazione richiesta espressamente a pena di esclusione, risultando del tutto preclusa per l'Amministrazione, in tale ipotesi, la possibilità di consentire una sanatoria od un'integrazione postuma, che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della *par condicio*.

Non può, dunque, trovare spazio alcuno il ricorso al cd. dovere di soccorso invocato dalla società ricorrente, posto che la regolarizzazione di una dichiarazione carente, ammissibile in via generale ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *b*), della legge 7 agosto 1990, n. 241, è consentita nell'ambito di procedure concorsuali a condizione che, e fino al punto in cui, il dovere di soccorso istruttorio non collida con il rispetto del principio di parità di trattamento tra i concorrenti

Il dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, codificato normativamente ed ispirato ai criteri della buona fede, non può, difatti, tradursi nella violazione del generalissimo principio che fa obbligo

alla stazione appaltante di garantire in ogni fase procedimentale la *par condicio* tra i concorrenti, restando conseguentemente precluso che la pur prevista possibilità di richiesta di chiarimenti ad una delle concorrenti in gara possa tradursi in un indebito assolvimento degli oneri di ordinaria diligenza esigibile da parte di tutti i partecipanti alla procedura selettiva.

Né, a diversamente ritenere, può invocarsi la generalmente riconosciuta possibilità per la stazione appaltante di chiedere integrazioni documentali relativamente ai requisiti di partecipazione cd. storici, in quanto attinenti a caratteri preesistenti dell'impresa, esclusa essendo tale possibilità con riferimento a quanto attiene alla gara nel suo farsi, cioè all'offerta e ai suoi elementi accessori, per cui gli altri concorrenti possono vantare pretese qualificate per far valere gli effetti della decadenza, posto che tale distinzione va completata con la considerazione che i requisiti storici possono essere richiesti dalla legge o dalla disciplina di gara quali elementi richiesti a pena di esclusione, con conseguente preclusione alla ammissibilità della regolarizzazione documentale relativamente ad essi.

La delineata ricostruzione dell'ambito di percorribilità della sanatoria, tramite regolarizzazione, delle carenze o irregolarità documentali nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici, che risulta dunque esclusa con riferimento alla fattispecie in esame, conduce a ritenere la disposta esclusione della società ricorrente dalla gara in questione immune da tutte le censure proposte,

con conseguente rigetto dell'azione impugnatoria avverso la stessa proposta.

Prima di poter procedere alla disamina degli ulteriori capi di domanda azionati da parte ricorrente, volti a censurare la legittimità della partecipazione alla gara della controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL e la legittimità della disposta aggiudicazione provvisoria a favore della stessa, il Collegio, nel rispetto delle regole di priorità logica e processuale che nel giudizio amministrativo tracciano l'ordine delle questioni da affrontare, è chiamato a preliminarmente procedere all'accertamento della sussistenza, in capo alla società ricorrente, dell'interesse all'impugnazione degli atti di gara da cui, per come dianzi delibato, è stata legittimamente estromessa, disamina peraltro sollecitata dalle puntuali eccezioni, sollevate sia dalla difesa di parte resistente che della controinteressata, che tale legittimazione all'impugnazione, sotto il profilo della carenza di interesse, contestano.

L'accertamento della sussistenza di una delle condizioni dell'azione, che deve permanere in capo all'istante sino alla decisione, quale l'interesse all'impugnazione che si deve manifestare quale attuale, specifico e concreto, sia con riferimento all'attualità della lesione, sia sotto il profilo dell'utilità che in concreto il partecipante alla gara può trarre dall'azione, rimanda al principio generale consolidatosi in giurisprudenza in base al quale, in materia di appalti pubblici, l'interesse al ricorso contro l'aggiudicazione va negato in

capo al soggetto che sia stato legittimamente escluso dalla procedura di gara, posto che questi non conseguirebbe alcun utile vantaggio dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Principio la cui applicazione conosce un limite – altrettanto pacifico in giurisprudenza - per l'ipotesi in cui alla gara abbiano partecipato solo due concorrenti, sicché l'annullamento dell'aggiudicazione imporrebbe alla stazione appaltante il rinnovo della gara cui potrebbe partecipare il soggetto escluso, in capo al quale sarebbe quindi possibile rintracciare un interesse strumentale, ma comunque concreto e personale, alla rimozione degli atti della procedura.

Con più diffuso argomentare, deve difatti ritenersi che l'interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente legittimamente escluso per mancanza dei requisiti di partecipazione o per inidoneità dell'offerta si configura, in genere, come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non potendo riscontrarsi in capo allo stesso una aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla contestata gara non abbia preso parte e che si riprometta, invece, di concorrere in fase di sua eventuale rinnovazione (*ex plurimis*: Cons. Stato - Sez. V – 28 novembre 2007 n. 6702; 21 novembre 2007 n. 5925; 9 ottobre 2007 n. 5261; 25 luglio 2006 n. 4657; 18 ottobre 2002 n. 5777; 6 giugno 2001 n. 3079).

Ciò in quanto la partecipazione alla gara di appalto costituisce il fatto di legittimazione che radica nell'impresa l'interesse

giuridicamente protetto all'impugnazione dell'aggiudicazione del contratto ad altro concorrente, con la conseguenza che l'estromissione dalla procedura concorsuale priva il soggetto escluso del titolo a dedurre vizi inerenti le ulteriori fasi della medesima procedura.

Ed infatti, il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non è portatore di alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l'avvenuta aggiudicazione ad altri, in quanto dall'annullamento della mancata esclusione dell'altro concorrente o dell'aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio.

Ciò in quanto l'esclusione del ricorrente, che in sede giurisdizionale venga riscontrata legittima, conclude per l'aspirante il procedimento di gara, e la sua posizione rispetto al bene della vita su cui verte la procedura non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica.

In proposito, va tuttavia rilevato che la regola in forza della quale l'impresa concorrente esclusa da una procedura selettiva non è legittimata a proporre censure riguardanti l'ulteriore svolgimento della gara, è valida solo con riferimento al caso in cui l'amministrazione non sia più tenuta a ripetere la gara.

Nell'ipotesi, invece, in cui ad una gara partecipino due soli concorrenti, deve ritenersi pienamente sussistente l'interesse di ciascuno, sia pure non nella condizione di conseguire

l'aggiudicazione, di vedere annullata l'aggiudicazione disposta in favore dell'altro concorrente, dato l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale egli può partecipare con la *chance* di aggiudicarsela.

Ed invero, la degradazione a mero interesse di fatto dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa va circoscritta al caso in cui il concorrente escluso non possa comunque rivestire la qualità di aggiudicatario stante la possibilità dell'amministrazione di aggiudicare validamente la gara agli altri concorrenti, il che avviene solo quando i concorrenti rimasti in gara siano più di due.

Nella diversa ipotesi in cui l'aggiudicazione si incardini in una gara con due soli concorrenti, va pertanto ritenuta la sussistenza dell'interesse del soggetto escluso ad impugnare l'aggiudicazione a favore dell'altro quando la decisione annullatoria degli atti contestati determini il rinnovo delle operazioni concorsuali, atteso il risultato utile che egli ottiene attraverso l'accoglimento della propria domanda, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'Amministrazione (*ex plurimis*: Cons. Stato – Sez. IV – 12 giugno 2007 n. 3097; Sez. V - 10 novembre 2005 n. 6285; 14 aprile 2006 n. 2095; 23 agosto 2004 n. 5583; 8 maggio 2002 n. 2468).

In materia di impugnazione di gare d'appalto, è difatti sufficiente che in capo al ricorrente sussista un interesse strumentale al rinnovo delle operazioni di gara, dato che da tale rinnovo discende una nuova possibilità di partecipazione e di vittoria.

In adesione a tale principio, il soggetto legittimamente escluso da una procedura concorsuale cui abbiano partecipato due soli concorrenti ha l'interesse strumentale a dolersi della mancata esclusione dell'altro concorrente ed all'annullamento dell'aggiudicazione, da cui discende la possibilità, per il concorrente escluso, di far valere le relative censure, comportando in tale ipotesi, l'eventuale esclusione anche dell'altro concorrente o l'annullamento dell'aggiudicazione, l'onere per la stazione appaltante di indire un nuovo confronto competitivo al quale il concorrente escluso può partecipare con la possibilità di aggiudicarsi il contratto.

In tale ipotesi, infatti, la fondatezza delle censure dedotte dal concorrente escluso avverso la partecipazione dell'altro concorrente o avverso l'intervenuta aggiudicazione a suo favore, nel comportare l'annullamento degli atti contestati e il rinnovo delle operazioni concorsuali, assicura la tutela del suo interesse strumentale alla ripetizione della gara, che costituisce l'utile vantaggio arrecato alla propria sfera giuridica dalla proposta azione.

In applicazione delle suesposte coordinate di giudizio alla fattispecie in esame, in cui la partecipazione alla gara si è limitata a due soli concorrenti, emerge con evidenza il carattere tutelabile dell'interesse che viene fatto valere dalla società ricorrente Repsol Italia S.p.a., che, sia pure legittimamente esclusa dalla gara, conserva la legittimazione a dolersi del segmento procedimentale successivo alla esclusione disposta nei suoi confronti, avuto riguardo al

perseguimento di utilità strumentali come discendenti dalla rinnovazione della procedura di gara, cui potrà partecipare, laddove dovesse ritenersi l'illegittimità, alla luce delle censure ricorsuali proposte, dell'ammissione alla gara della controinteressata HOLYMAN SHIPPING SERVICE PTY LTD – PDL TOLL o dell'aggiudicazione provvisoria disposta a suo favore.

Così positivamente deliberato in ordine alla sussistenza in capo alla società ricorrente dell'interesse a vedere esaminati, ed eventualmente accolti, i propri motivi di ricorso volti ad ottenere l'esclusione dalla gara della società aggiudicataria – unica controinteressata e partecipante alla gara una volta esclusa la ricorrente – e a conseguire, quindi, l'annullamento dell'aggiudicazione pronunciata in favore della medesima, in vista della ripetizione della gara da parte dell'Amministrazione, alla quale la ricorrente potrebbe nuovamente partecipare, dovendosi conseguentemente rigettare le corrispondenti eccezioni sollevate sia da parte della resistente Amministrazione che della controinteressata, il Collegio è investito della disamina della prima delle censure ricorsuali volte a contestare la legittimità della ammissione alla gara della società controinteressata PDL TOLL.

Deduce in proposito parte ricorrente, sotto un primo profilo – per la subordinata ipotesi di negativo riscontro delle censure proposte avverso la propria esclusione, del cui rigetto si è dato in precedenza atto – l'illegittimità della partecipazione alla gara (e della conseguente aggiudicazione provvisoria) della controinteressata PDL TOLL, in

capo alla quale mancherebbe la relativa legittimazione e che, dunque, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in corretta applicazione dell'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, di cui la ricorrente assume l'intervenuta violazione.

In particolare, sostiene parte ricorrente l'impossibilità per la controinteressata di partecipare alla gara in condizioni di reciprocità, come richiesto dall'art. 47 del codice sui contratti pubblici, avendo essa sede in Australia e non avendo tale Paese mai sottoscritto l'Allegato 4 dell'Accordo W.T.O., né stipulato alcun accordo bilaterale riguardante gli appalti pubblici con l'Unione Europea o con l'Italia.

La censura impone una previa disamina del contenuto e dell'ambito applicativo di cui all'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, il quale, rubricato "*Operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia*", dispone, al comma 1, che: "*Agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, nonché a quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, 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*" e al comma 2: "*Per gli operatori economici di cui al comma 1, la qualificazione di*

cui al presente codice non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara. Essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione degli operatori economici italiani alle gare. È salvo il disposto dell'articolo 38, comma 5”.

Tale disposizione, che consente ad imprese stabilite all'estero e, quindi, aventi sede legale in Paesi diversi dall'Italia, di partecipare, a determinate condizioni che di seguito saranno analizzate, alle gare pubbliche indette in ambito italiano, è solo in parte innovativa rispetto al previgente regime, riproducendo fedelmente quanto già previsto dall'art. 20 *septies* del D.Lgs. n. 190 del 2002 in relazione agli appalti per l'aggiudicazione di lavori relativi ad opere strategiche.

Trattasi di una disposizione volta a favorire la massima partecipazione alle gare da parte delle imprese dell'Unione Europea e, a determinate condizioni, di quelle extracomunitarie, assicurando, attraverso la regolamentazione della concorrenza, la più ampia libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione, al contempo stimolando la crescita economica e la competitività.

Il principio della massima apertura dei mercati, tutelato e perseguito dalla norma in esame, trova temperamento e risulta condizionato da un preciso limite di natura soggettiva, di natura invalicabile, costituito dalla necessaria appartenenza dell'operatore economico straniero che

intende partecipare agli appalti indetti in Italia, ad uno dei Paesi dalla stessa norma individuati.

Prima di procedere all'esame delle condizioni cui è subordinata la possibilità per le imprese aventi sede legale all'estero di partecipare alle gare indette in Italia – dalla cui ricorrenza, nel caso di specie, discende la legittimità della ammissione alla gara della società, avente sede in Australia, risultata aggiudicataria in via provvisoria della fornitura di cui è questione – giova soffermarsi sull'ambito oggettivo di applicazione del disposto di cui all'art. 47 del codice dei contratti al fine di accertare, ancor prima della verifica circa la sussistenza nel caso di specie delle condizioni richieste per la partecipazione della controinteressata alla gara, se tale norma può ritenersi applicabile alle gare aventi ad oggetto forniture, come quella in esame.

Trattasi di profilo che non è stato minimamente accennato dalle parti della presente controversia, le cui difese sul punto si sono concentrate sulla ricorrenza o meno, nella fattispecie in esame, di una delle fonti di legittimazione alla partecipazione richieste dalla norma.

Stante il tenore letterale della norma – e pur nel silenzio della stessa in ordine all'ambito oggettivo di sua applicazione – ritiene il Collegio che le disposizioni ivi recate vadano riferite esclusivamente ai soli appalti di lavori pubblici.

Ed invero, il comma 1 è diretto a disciplinare le modalità di qualificazione delle imprese straniere aventi i prescritti requisiti di partecipazione, qualificazione che viene “*consentita alle medesime*

condizioni richieste alle imprese italiane”, prevedendosi al comma 2 come per tali imprese *“la qualificazione di cui al presente codice non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara”* potendosi l’impresa qualificare producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi.

Orbene, stante l’espresso ed inequivoco riferimento della norma al sistema di qualificazione delle imprese - sancendo in tal modo il principio del mutuo riconoscimento del sistema di qualifiche nazionali - sembra indubitabile che tale norma si riferisca ai soli appalti di lavori, posto che solo con riferimento a tale tipologia di contratti pubblici, se di importo superiore a 150.000 euro, è previsto obbligatoriamente il possesso dell’attestato di qualificazione rilasciato da una S.O.A..

Interpretazione questa che, oltre a trovare avallo nel dato letterale della norma, è suggerita dalla disamina del quadro normativo previgente, ove disposizioni analoghe erano previste per il settore dei lavori pubblici.

Ci si riferisce innanzitutto, all’art. 8, comma 11 *bis*, della legge Merloni n. 109 del 1994, limitata però alle sole imprese appartenenti a Paesi membri dell’Unione Europea, in cui si fa riferimento alla necessità per le imprese di esibire documentazione attestante il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione delle imprese italiane, in base alla quale si è ritenuta la non necessità per tali imprese del possesso della certificazione di qualità.

Il Regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n. 34 del 2000 espressamente esclude, all'art. 3, comma 7, l'obbligo di possedere l'attestazione di qualificazione per le imprese stabilite nei Paesi dell'Unione Europea, mentre l'art. 20 *septies* del D.Lgs. n. 190 del 2002 – sopra già citato – estende, con riferimento agli appalti per l'aggiudicazione di lavori relativi ad opere strategiche, la deroga all'obbligo di qualificazione - oltre che ai beneficiari di cui alla legge Merloni ed al relativo Regolamento - anche alle imprese aventi sede legale nei Paesi firmatari dell'Accordo sugli appalti pubblici di cui all'Allegato 4 dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale o ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, consentono la partecipazione ad appalti pubblici a condizione di reciprocità.

Trattasi di disposizione – quest'ultima – del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 47 del codice dei contratti pubblici, che, come le precedenti, circoscrive l'allargamento della platea dei partecipanti alle gare pubbliche solo con riferimento agli appalti di lavori.

Avuto riguardo alle pubbliche forniture, precedentemente all'approvazione del codice sui contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, la partecipazione alle gare da parte di fornitori non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea era disciplinata dall'art. 21 *bis* del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358 – recante il Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture – in

base al quale tale accesso era riservato ai Paesi firmatari dell'Accordo O.M.C. o poteva essere consentito *“caso per caso, per esigenze tecniche o economiche, dalle amministrazioni aggiudicatrici che indicano le gare”*.

Stante l'intervenuta abrogazione del citato D.Lgs. n. 358 del 1992, per effetto dell'art. 256 del D.Lgs. n. 163 del 2006 dalla data di entrata in vigore dello stesso, non è dunque rinvenibile nell'ordinamento alcuna disciplina normativa che regoli la partecipazione alle gare per le pubbliche forniture da parte delle imprese aventi sede in Stati non aderenti all'Unione Europea.

A fronte di tale vuoto normativo, ritiene il Collegio come non sussista alcun ostacolo normativo o giuridico all'estensione, in via di interpretazione analogica, della previsione di cui all'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, anche alla diversa tipologia di appalti di fornitura, dovendosi altrimenti ritenere che il difetto di una espressa previsione che consenta anche per tali gare la partecipazione di imprese aventi sede al di fuori dell'Italia avrebbe valenza preclusiva di siffatta partecipazione, così creandosi regimi nettamente ed ingiustificatamente differenziati solo in ragione della tipologia dell'oggetto dell'appalto quanto alla possibilità di partecipazione alle gare da parte delle imprese aventi sede in Stati non aderenti all'Unione Europea, in violazione quindi dei criteri di ragionevolezza e del principio di parità di trattamento, con conseguente irragionevole diversa applicazione dei principi comunitari di massima apertura dei

mercati, di concorrenza, di non discriminazione, di libera di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione (vincolanti però solo per gli Stati aderenti).

Né alla possibilità di estensione – con i dovuti aggiustamenti - delle previsioni di cui all'art. 47 anche agli appalti di fornitura si frappone un qualche divieto contenuto nel codice dei contratti, ove non sono state riprodotte le previsioni limitative di cui al citato art. 21 *bis* del D.Lgs. n. 258 del 1992, abrogato dallo stesso codice dei contratti, in base al quale veniva consentita la partecipazione alle gare delle sole imprese appartenenti agli Stati sottoscrittori dell'Accordo O.M.C., mentre per le imprese appartenenti a Stati diversi, la previsione di eventuali deroghe al sostanziale divieto di partecipazione era rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice, da stabilirsi caso per caso, dovendo ritenersi preclusa tale possibilità laddove il bando non la prevedesse espressamente.

La suggerita interpretazione in via analogica della norma di cui al citato art. 47 anche agli appalti di fornitura, oltre che plausibile in base agli ordinari criteri ermeneutici che ne attestano la percorribilità in presenza della *eadem ratio*, nella specie ravvisabile, consentendo l'allargamento del relativo ambito di applicazione a fattispecie similari che, ivi non contemplate, si connotano per le medesime esigenze di allargamento della platea dei concorrenti sottese alla previsione stessa, così garantendo la tenuta dell'ordinamento e la sua conformità ai principi ispiratori che, a diversamente ritenere, risulterebbero

ingiustificatamente compressi con conseguente discriminazione tra i Paesi in ragione dell'oggetto dell'appalto, trova ulteriore conforto nel parere reso dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, resa in data 26 ottobre 2006, ove tale ipotesi interpretativa viene parimenti prospettata.

Ancora, realizzando la disposizione di cui all'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006 i principi, di derivazione comunitaria, del mutuo riconoscimento delle qualifiche nazionali e del libero accesso alle gare, nessuna ragione è ravvisabile alla preclusione di tale mutuo riconoscimento – volto a garantire la *par condicio* tra imprese italiane e straniere e a rimuovere gli ostacoli alla più ampia partecipazione alle gare - con riguardo a gare in cui, in ragione dell'oggetto, non sia richiesta la qualificazione in senso tecnico, ma deve comunque essere provata, mediante allegazione di documentazione di diversa natura, il possesso dei necessari requisiti, come avviene per gli appalti di forniture e di servizi.

Il che trova conferma nella *ratio* sottesa alle previsioni di cui al citato art. 47, il quale consente la partecipazione alle gare per la realizzazione di lavori pubblici alle imprese straniere che, indipendentemente dalla documentazione specificamente richiesta dalla normativa nazionale, siano in possesso dei requisiti richiesti, i quali possono essere dimostrati mediante presentazione dei documenti rilasciati dai Paesi di appartenenza, consentendosi anche la prova della loro sussistenza mediante dichiarazione giurata o altra dichiarazione

resa innanzi ad autorità competente a riceverla secondo le leggi del Paese di provenienza.

Ed infatti, il comma 2, del citato articolo, al fine di rimuovere ostacoli alla più ampia partecipazione alle gare, precisa che le imprese appartenenti ai Paesi di cui al comma 1 – su cui esame ci si soffermerà nel prosieguo – le quali non abbiano la certificazione di qualificazione come prevista e disciplinata dal codice dei contratti, possono provare la loro idoneità a partecipare alla gara attraverso la presentazione di documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi di origine, idonea a dimostrare il possesso di quegli stessi requisiti richiesti a tale scopo alle imprese italiane.

Per il caso in cui alcun documento o certificato sia rilasciato dallo Stato di appartenenza, il comma 2 consente alle imprese straniere di utilizzare come prova adeguata una dichiarazione giurata o un suo equipollente, dovendo, conseguentemente, le stazioni appaltanti ammettere alle gare indette per la realizzazione di lavori pubblici le imprese straniere appartenenti agli Stati, espressamente indicati, che siano in possesso dei requisiti richiesti, indipendentemente dalla documentazione specificamente richiesta dalla legislazione nazionale, potendo tali operatori economici stranieri dimostrare il possesso di tali requisiti e l'insussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 – pur sempre richiesta - con i documenti rilasciati dai Paesi di appartenenza, secondo le norme ivi in vigore,

consentendo in tal modo la partecipazione degli operatori stranieri alle medesime condizioni riconosciute alle imprese nazionali.

Se dunque, le previsioni di cui all'art. 47 del codice dei contratti possono e - secondo una lettura orientata al rispetto dei principi comunitari e volta a salvaguardare la complessiva tenuta dell'ordinamento in termini di compiutezza e completezza del quadro normativo di settore - devono essere applicate anche agli appalti di fornitura sulla base dell'allargamento, in via analogica, del relativo ambito oggettivo, tali previsioni costituiscono il parametro di riferimento per la disamina della fattispecie in esame, in cui viene contestata, alla luce delle previsioni di cui all'art. 47 del codice dei contratti, la legittimità della partecipazione alla gara di impresa avente sede in Australia.

In particolare, sotto un primo profilo, contesta parte ricorrente la stessa legittimazione della controinteressata a partecipare alla gara, non ricorrendo alcuna delle condizioni, indicate dall'art. 47 citato, che consentono la partecipazione di imprese extracomunitarie alle gare indette in Italia.

Come dianzi già anticipato, l'ambito soggettivo di applicazione della richiamata disposizione normativa è circoscritto agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, a quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'Allegato 4 dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, 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, consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità.

La condizione di reciprocità, cui è espressamente condizionata dalla norma di cui all'art. 47 la partecipazione alle gare da parte di imprese aventi sede all'estero, viene dalla stessa norma ritenuta sussistente – e dunque considerata garantita – solo in presenza di uno specifico obbligo vincolante per gli Stati di appartenenza delle imprese, come consacrato – oltre che dall'appartenenza all'Unione Europea - dalla firma dell'Allegato 4 dell'Accordo World Trade Organization (O.M.C. in italiano), di specifici accordi bilaterali o che trova fonte in altre norme di diritto internazionale.

Procedendo ad una breve analisi della *ratio* di tale previsione – funzionale alla disamina della controversia in esame – va precisato che la riconosciuta applicazione del regime di favore, oltre che alle imprese europee, alle sole imprese stabilite in uno dei Paesi firmatari dell'Allegato 4 dell'Accordo istitutivo del W.T.O., allegato che contiene l'accordo sugli appalti pubblici (nonché sul commercio di aeromobili civili), discende dalla circostanza che gli accordi e gli strumenti di cui a tale Allegato comportano diritti ed obblighi solo per gli Stati membri che li hanno sottoscritti ed accettati.

Ed infatti, l'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio - World Trade Organization, firmato a Marrakech il 15 aprile 1995, che incorpora i risultati dei negoziati commerciali

multilaterali dell'Uruguay Round, nel prevedere che tutti i membri sono tenuti a garantire nei confronti di tutti gli altri membri dell'Organizzazione lo status di *most favourite nation*, definisce le regole che sovrintendono il funzionamento dell'Organizzazione, senza recare alcuna disciplina di dettaglio sul commercio internazionale, invece dettata dagli accordi multilaterali allegati al trattato.

Mentre gli Allegati 1, 2 e 3 – denominati accordi commerciali multilaterali - sono parte integrante del Trattato e sono vincolanti per tutti gli Stati facenti parte dell'Organizzazione, gli accordi e gli strumenti di cui all'Allegato 4, denominati accordi commerciali plurilaterali, comprensivi di quelli sugli appalti pubblici, pur facendo parte del Trattato, sono vincolanti unicamente per gli Stati firmatari dello stesso e sono stati firmati solo da alcuni dei Paesi aderenti all'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Analogo vincolo giuridicamente necessitato al rispetto della condizione di reciprocità da parte degli Stati esteri (non appartenenti alla U.E.), che sola consente la partecipazione alle gare italiane delle imprese che ivi hanno sede, viene dall'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006 espressamente ricondotto anche alla firma di accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia, o alla ricorrenza di norme di diritto internazionale che tale reciprocità garantiscano.

Sembra, dunque, indubitabile che il tenore della norma in esame postuli un concetto di reciprocità da intendersi in senso strettamente giuridico, e non fattuale, quale vincolo normativo e giuridico per i

Paesi esteri di appartenenza delle imprese straniere che intendono partecipare alle gare italiane, di garantire e riconoscere un trattamento analogo a quello di cui si intende beneficiare in Italia, dovendo per l'effetto tale reciprocità essere sicura e garantita, in quanto basata su precise fonti normative vincolanti gli ordinamenti statali.

Non sembra, invece, che possano trovare ingresso, quali fonti della richiesta reciprocità, elementi di mero fatto probanti una pratica applicazione di tale principio, e ciò alla luce della tassativa elencazione delle condizioni richieste per l'applicazione del regime di favore di cui all'art. 47 del codice dei contratti, che altrimenti non avrebbe ragion d'essere.

Ciò coerentemente con la finalità cui la norma in esame è rivolta, consistente nella garanzia della *par condicio* tra imprese italiane e straniere attraverso la previa indicazione dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto ed attraverso il reciproco riconoscimento dei requisiti richiesti.

Alla luce delle considerazioni sin qui rassegnate, che costituiscono il quadro di riferimento cui parametrare l'accertamento della conformità alle disposizioni di cui all'art. 47 del codice dei contratti della partecipazione della controinteressata alla gara d'appalto di cui trattasi, va innanzitutto precisato che risulta pacifico che l'Australia, nel cui territorio la controinteressata ha la propria sede, non ha sottoscritto l'Allegato 4 all'Accordo del W.T.O. pur facendo parte di

tale organizzazione, come anche risultante dalla documentazione versata al fascicolo di causa.

Altrettanto pacificamente risulta che l'Australia non abbia mai sottoscritto accordi bilaterali con l'Unione Europea o con l'Italia.

Al fine di dimostrare l'insussistenza di ostacoli alla propria partecipazione alla gara d'appalto per la fornitura di che trattasi, afferma la controinteressata PDL TOLL il pieno rispetto del dettato normativo di cui all'art. 47 del codice dei contratti, per consentire l'Australia (il cui nome ufficiale è 'Commonwealth of Australia') la qualificazione delle imprese italiane alle medesime condizioni di quelle australiane, secondo i principi di reciprocità e di non discriminazione, richiamando in proposito, innanzitutto, il Paragrafo 5.2 del Commonwealth Procurement Guidelines, attualmente in vigore, in cui si afferma che il Governo australiano attua una politica non discriminatoria in materia di appalti, assicurando a tutti i potenziali fornitori le stesse opportunità di competere ed un trattamento equo. Allega, altresì, la controinteressata, a riprova della affermata reciprocità, i risultati di gare d'appalto bandite dal Governo australiano nel settore della difesa, anche di rilevante entità, aggiudicati ad imprese europee, anche italiane.

Nell'affermare quindi, come il principio di reciprocità, oltre che affermato, trovi effettiva e concreta attuazione in Australia quanto a procedure standard, consuetudine e prassi amministrativa – come attestato dalla dichiarazione dell'Ambasciatrice australiana del 28

ottobre 2008 - assume ancora la controinteressata che, non essendo l'ordinamento comunitario in materia di appalti pubblici chiuso e protezionistico e non essendo rinvenibile alcuna disposizione nell'ordinamento comunitario o italiano che vieti alle Amministrazioni di esercitare la facoltà di ammissione alle gare di imprese non firmatarie dell'Allegato 4 del W.T.O. o di altri accordi bilaterali, rientrerebbe nel potere dello Stato contraente concedere di volta in volta l'accesso alle gare alle imprese straniere, con conseguente asserita piena legittimità della propria partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi, anche alla luce degli ulteriori elementi – avvaloranti tale legittimazione - individuati negli accordi intercorsi tra i Ministeri della Difesa italiano ed australiano firmati il 27 aprile 1995 a Roma, e nella consuetudine, che rientrerebbe tra le 'altre fonti di diritto internazionale' richiamate dall'art. 47 del codice dei contratti pubblici..

Ciò posto il Collegio, nel ribadire quanto precedentemente già anticipato circa il carattere tassativo delle condizioni che, nell'assicurare il rispetto della condizione di reciprocità, delimitano l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ritiene che la partecipazione della controinteressata PDL TOLL alla gara in questione sia da intendersi illegittimamente avvenuta, in quanto disposta in contrasto con il citato articolo.

Ed invero, una volta escluso che tale legittimazione possa discendere dalla firma dell'Allegato 4 al Trattato W.T.O., non può

condividersi la tesi della controinteressata secondo cui sarebbe in facoltà dell'Amministrazione contraente concedere di volta in volta l'accesso alle gare alle imprese straniere extracomunitarie.

Ciò in quanto il chiaro disposto letterale dell'art. 47 del codice dei contratti subordina la possibilità di sua applicazione alla ricorrenza di determinate condizioni soggettive, inerenti i Paesi di appartenenza delle imprese estere, specificamente individuate e volte a garantire il rispetto delle condizioni di reciprocità, non lasciando spazio alcuno alle Amministrazioni di procedere, discrezionalmente, all'apertura delle gare ad operatori esteri laddove tali condizioni non ricorrano.

Siffatto meccanismo discrezionale, precedentemente previsto per gli appalti di fornitura dall'art. 21 *bis* del D.Lgs. n. 358 del 1992 (di cui anche sopra si è fatto cenno), non può più trovare applicazione stante l'intervenuta abrogazione di tale decreto e l'introduzione di un nuovo corpo normativo recante una disciplina unitaria ed omnicomprensiva della materia dei contratti pubblici, dovendo conseguentemente farsi unicamente riferimento alla nuova disciplina come introdotta dal codice dei contratti.

Nessun rilievo può, inoltre, attribuirsi alla intervenuta firma di Memorandum of Understanding tra i Ministeri della Difesa australiani ed italiani, rivestendo tali atti natura radicalmente diversa da quella degli accordi bilaterali, richiesti dall'art. 47 del codice.

Ed infatti, il riferimento, per i Paesi diversi da quelli aderenti all'Unione Europea, al loro essere firmatari di accordi bilaterali con la

U.E. o con l'Italia, va inteso in senso tecnico, venendo dunque in rilievo accordi internazionali bilaterali stipulati liberamente dagli Stati che si impegnano a rispettarne le disposizioni e che costituiscono fonti del diritto internazionale convenzionale oltre che interno – dovendo ricordarsi che tali accordi, con riguardo all'Italia, vengono ratificati con legge ed acquistano forza di legge - dovendo il principio di reciprocità trovare garanzia in fonti giuridiche vincolanti in modo obbligatorio i rispettivi Stati.

Non può, per le medesime ragioni, ritenersi integrata la condizione di reciprocità – che dalla legge viene espressamente e tassativamente ritenuta garantita dall'appartenenza all'Unione Europea, dalla firma del citato Allegato 4 o di accordi bilaterali o dalla sussistenza di altre norme di diritto internazionale – per effetto del contenuto del Commonwealth Procurement Guidelines, richiamato da parte controinteressata, che costituisce un atto interno che impegna unicamente il Governo australiano, e che – in disparte la sua portata vincolante o meno, posta in discussione da parte ricorrente - oltre a non essere immune da eventuali modificazioni nel tempo, nessun preciso vincolo fa scaturire in capo al Governo australiano nei confronti dell'Italia, con la conseguenza che non può essere annoverato tra le fonti che l'art. 47 riconosce quali idonee a garantire il rispetto – in termini di certezza, di obbligatorietà e vincolatività giuridica, oltre che di effettività - delle condizioni di reciprocità, che

costituiscono il presupposto per l'allargamento delle gare ad imprese appartenenti a Paesi stranieri extracomunitari.

Né il pur suggestivo richiamo alla consuetudine quale fonte di diritto internazionale, da farsi rientrare nella residuale formula di cui all'art. 47 del codice di contratti relativa alle 'altre norme di diritto internazionale', consente di ritenere realizzata la condizione di legittimazione alla partecipazione alla gara da parte della controinteressata.

Ed invero, non sembrano nella specie ricorrere i presupposti che consentono di ritenere la sussistenza di siffatta fonte del diritto internazionale.

In disparte la considerazione che la consuetudine internazionale non opera con riferimento all'ambito commerciale, tale fonte primaria del diritto internazionale generale, che vincola tutti gli Stati, si caratterizza ed esiste in presenza della *diuturnitas*, ovvero dalla ripetizione del comportamento nel tempo, e della *opinio iuris ac necessitatis*, ovvero dalla convinzione della obbligatorietà di tale comportamento.

Dal che risulta, del tutto evidentemente, come nessuna consuetudine, nella sua accezione tecnica, sia nella specie ravvisabile, non essendo gli elementi addotti dalla controinteressata, come sopra esaminati, idonei a provarne l'esistenza.

Non può, inoltre, assumere alcun utile rilievo, ai fini che qui interessano, la circostanza, dedotta dalla controinteressata, della

concreta ed effettiva attuazione del principio di reciprocità da parte dell'Australia.

Per come dianzi già illustrato, alla luce della norma di cui al più volte citato art. 47, deve riconoscersi la sussistenza di una effettiva garanzia del mutuo riconoscimento o di reciprocità – cui è subordinata la possibilità di applicazione di tale norma - solo in presenza di condizioni soggettive degli Stati espressamente e chiaramente indicate, che rinviano a fonti giuridiche di obblighi comportanti un preciso vincolo in capo agli Stati.

Ne discende che non può trovare ingresso – ai fini dell'allargamento del campo di applicazione della norma in esame – una attuazione meramente fattuale del principio di reciprocità, svincolato da un preciso vincolo giuridico nei confronti dell'Italia che, invece, poteva trovare un qualche spazio nel periodo anteriore all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, ostandovi ora la chiara disciplina ivi prevista (per il periodo antecedente: T.A.R. Lazio – Roma – Sez. III *bis* – 28 marzo 2007 n. 2671).

Non ritiene, inoltre, il Collegio, contrariamente agli assunti della controinteressata PDL TOLL, che tale interpretazione delle condizioni di legittimazione alla partecipazione di imprese estere alle gare d'appalto italiane e della valenza da assegnarsi al principio di reciprocità, contrasti con i principi dell'ordinamento comunitario, ed in particolare con quelli di cui al Trattato istitutivo ed alla Direttiva 2004/18/UE.

Ed invero, il Trattato e la richiamata Direttiva 2004/18/UE - nonché i principi comunitari posti a presidio del valore della libera concorrenza per l'aggiudicazione di pubblici appalti - hanno come destinatari gli Stati membri dell'Unione Europea e pongono un vincolo tra gli stessi, mentre non rivestono carattere vincolante nei confronti di Stati diversi.

Per tale ragione l'art. 47 del codice dei contratti, mentre opera automaticamente per le imprese appartenenti a Stati aderenti all'Unione Europea, richiede per gli Stati diversi la sussistenza di ulteriori vincoli idonei a garantire il rispetto della condizione di reciprocità, in tal modo salvaguardando una corretta apertura dei mercati alla concorrenza in condizioni di parità, anche a tutela dell'intera comunità europea.

Dovendosi in proposito ulteriormente precisarsi che i principi comunitari posti a presidio del valore della libera concorrenza vanno contemperati e coordinati con quello, di pari valenza, della *par condicio* degli operatori economici, non imponendo in alcun modo un allargamento acritico della base di partecipazione alle gare (in senso analogo: TAR Lazio – Roma – Sez. I *bis* – 27 giugno 2007 n. 5896) a favore di imprese di Stati esteri che non diano giuridica garanzia del rispetto del principio di reciprocità, secondo i parametri innanzi enucleati

Discende, da quanto sin qui illustrato, che deve ritenersi illegittima la partecipazione della PDL TOLL alla gara d'appalto per la fornitura

di combustibile navale di cui è causa, in quanto disposta in violazione del dettato di cui all'art. 47 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che non consente ad impresa extracomunitaria appartenente a Paese non ricompreso nelle ipotesi di cui al comma 1, di partecipare agli appalti pubblici comunitari, dovendosi per l'effetto, in accoglimento della corrispondente censura ricorsuale, disporsi l'annullamento degli atti che tale partecipazione hanno consentito.

L'accoglimento di tale motivo di censura consente l'assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità denunciati e non esaminati.

Quanto alla ulteriore decisione sollecitata da parte ricorrente mediante azione volta ad ottenere il risarcimento del danno subito, tale domanda, stante l'accertata legittimità della gravata esclusione della società ricorrente dalla gara d'appalto, deve essere rigettata per mancanza dei presupposti causativi del danno.

Ed invero, non è configurabile la causazione di un danno ingiusto alla sfera giuridica della società ricorrente come conseguenza di attività illegittima, avendo l'Amministrazione correttamente disposto l'esclusione della stessa dalla gara, rivelandosi, per l'effetto, la richiesta volta ad ottenere il relativo risarcimento, del tutto infondata.

Il tenore della decisione, la novità e complessità delle questioni trattate e la parziale soccombenza di parte ricorrente, suggeriscono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Roma -Sezione Prima bis-

Pronunciando sul ricorso N. 9404/2008 R.G., come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei limiti e nel senso di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 10 dicembre 2008.

Elia ORCIUOLO

(Presidente)

Elena STANIZZI

(Giudice Relatore Estensore)