

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10445 del 2014, proposto da:

M.C.P. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Felice Laudadio, Luca Parrella e Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Laudadio in Roma, G. G. Belli , 39;

contro

ABC Napoli - Azienda Speciale, rappresentata e difesa dagli avv. Bartolomeo Della Morte e Manlio Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Recchia in Roma, corso Trieste, 88;

nei confronti di

Società M. Spa, P. Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 04695/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di materiale acquedottistico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ABC Napoli - Azienda Speciale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Felice Laudadio, Pierfrancesco Romanelli e Manlio Romano in proprio e su delega dell'avv. Bartolomeo della Morte.

Svolgimento del processo

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. V, con la sentenza 3 settembre 2014, n. 4695, ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto il ricorso integrato da motivi aggiunti proposto dall'attuale appellante per l'annullamento: del provvedimento del Presidente del CdA di ABC di Napoli Azienda Speciale del 17.3.2014 di cui è stata data notizia al ricorrente con nota del 20.3.2014 recante revoca dell'aggiudicazione della gara a oggetto l'affidamento della fornitura di materiale acquedottistico disposta con nota del 23.12.2013 e contestuale aggiudicazione definitiva in favore di altra ditta (M. S.p.a); della nota del 20.3.2014 a firma del responsabile procuratore dell'ABC di Napoli, recante richiesta di escusione della cauzione provvisoria costituita dalla ricorrente; degli atti costituenti la lex specialis di gara (bando, CSA, specifiche tecniche, richiesta d'ordine e di offerta); dei verbali di gara tutti, ivi compreso quello di ammissione e/o conferma alla procedura dell'offerta della controinteressata M. S.p.a; del rigetto opposto dall'ente sull'istanza ex art. [243-bis D.Lgs. n. 163 del 2006](#) del 7.04.2014, con nota comunicata il 16.4.2014; del provvedimento del Presidente del CdA di ABC di Napoli Azienda Speciale del 30.4.2014, di cui è stata data notizia alla ricorrente con nota del 5.5.2014, recante revoca dell'aggiudicazione della gara, disposta con nota del 21.3.2014 alla M. S.p.a. e contestuale nuova aggiudicazione definitiva in favore di altra ditta (P. S.r.l.); della nota del 29.4.2014, con la quale il responsabile procurement dell'ABC Napoli comunica alla ricorrente l'inoltro all'AVCP dell'atto espulsivo comminato in suo danno; della nota del 20.3.2014 a firma del responsabile procuratore dell'ABC di Napoli, recante richiesta di escusione della cauzione provvisoria costituita dalla ricorrente; dei verbali di gara tutti, ivi compreso quello di ammissione e/o conferma alla procedura dell'offerta della controinteressata P. S.r.l.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che, con riferimento alle offerte contenenti prodotti originari di P.T., i principi di libera concorrenza nell'ambito di un unico mercato non operano automaticamente: la "ratio" della previsione di una disciplina speciale, circoscritta ai soli appalti di forniture, siano esse di merci o prodotti (con esclusione, quindi, delle sole attività di servizi e lavori), risiede nell'esigenza di garantire che l'apertura del mercato degli appalti comunitari a tali P.T. avvenga nel rispetto della condizione di reciprocità. L'obiettivo di garantire a tutti gli operatori economici un trattamento uniforme e discriminatorio, favorendo l'ingresso di nuovi soggetti alle commesse pubbliche, viene, pertanto contemperato con l'esigenza di assicurare condizioni minime di tutela della "par condicio" per le imprese comunitarie che partecipano alle procedure di gara. Ciò spiega l'introduzione, su impulso comunitario, di una disciplina speciale che si fonda sulla stipulazione o meno tra CE e i suddetti P.T. di accordi che garantiscano un accesso comparabile ed effettivo delle imprese comunitarie agli appalti indetti anche in tali Paesi.

Per il TAR, se è vero che la Repubblica Popolare Cinese ha aderito nel 2001 al W.T.O. ("World Trade Organization"), la stessa non ha, poi, sottoscritto anche l'Accordo sugli appalti pubblici (G.P.A. - "General Procurement Agreement"), che risulta nell'allegato 4 dell'Accordo istitutivo. Invero, nell'ottica della finalità volta a liberalizzare ed espandere il commercio globale ma in un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici, deve ritenersi che solo l'adesione a tale ultimo Accordo sulle commesse pubbliche, nel caso all'esame, come detto, assente, sia in grado di consentire l'apertura del proprio mercato degli appalti pubblici con piena reciprocità e dignità giuridica nei confronti delle imprese U.E., come richiesta dall'art. [234 del D.Lgs. n. 163 del 2006](#).

Tale ultima norma, ha osservato il TAR, riguarda non già le offerte presentate da operatori economici di P.T., ma quelle presentate da operatori economici appartenenti alla Comunità Europea, o a essi equiparati in base ad accordi internazionali, che però contengono prodotti di P.T. non legati alla Comunità Europea da accordi e mira a garantire non tanto la qualità dei prodotti quanto parità di accesso ("par condicio") alle imprese che producono in ambito comunitario rispetto alle imprese che producono, delocalizzando, in territori non compresi nell'Unione Europea, che non garantiscono determinate condizioni (es. rispetto degli "standards" in termini di sicurezza e tutela dei lavoratori).

Per il TAR, dunque, ciò che rileva è il riferimento testuale dell'articolo 234, comma 2, ai prodotti "originari di P.T., ai sensi del Regolamento (CEE) n. 2913-92 del Consiglio del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario". La valutazione dell'origine dei prodotti che compongono l'offerta deve, dunque, essere accertata ai sensi del suddetto regolamento che istituisce il codice doganale dell'U.E. Il predetto Regolamento, in particolare, stabilisce, all'articolo 23, che "sono originarie di un paese le merci interamente ottenute in tale paese" e, ancora, all'art. 24, che "una merce alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi è originaria del paese in cui è avvenuta l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale, economicamente giustificata ed effettuata in un'impresa attrezzata a tale scopo, che si sia conclusa con la fabbricazione di un prodotto nuovo od abbia rappresentato una fase importante del processo di fabbricazione".

In conclusione, per il TAR, il presupposto per l'applicazione della disciplina speciale non è costituito dalla nazionalità delle imprese offerenti, determinata dal luogo ove è ubicata la sede legale e amministrativa (nel caso di specie, italiana ma con delocalizzazione integrale della produzione), quanto, piuttosto, dall'origine dei prodotti provenienti da P.T. e, nel caso all'esame, i prodotti offerti (chiusini in ghisa, materialmente fusi, cioè, interamente prodotti, nella Repubblica Popolare Cinese) costituiscono, ai fini della fonte doganale presa in considerazione dalla norma in esame, prodotti originari di P.T., e, come tali, soggetti al campo di applicazione del codice doganale comunitario.

Pertanto, ha deciso il TAR, risulta esente dai profili d'illegittimità censurati il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione della gara alla società, M. S.p.a. nella parte in cui l'Azienda speciale intimata ha ritenuto che i prodotti originari di P.T. superassero il 50% del valore totale di quelli offerti (erano, infatti, il 100%) e, conseguentemente, ha esercitato la facoltà, riservatasi nella disciplina di gara, di respingere l'offerta.

L'appellante contestava la sentenza del TAR riproponendo, nella sostanza, le censure già dedotte in primo grado.

Con l'appello in esame, si chiedeva pertanto l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'Amministrazione appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 24 marzo 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Il Collegio rileva che la vicenda oggetto del giudizio riguarda una procedura di gara per l'acquisizione di forniture acquedottistiche, indetta dall'ABC Napoli, Azienda Speciale, che gestisce il servizio di captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua per il territorio del Comune di Napoli e Provincia.

Nel presente giudizio si controverte circa l'applicazione nei confronti della M. SpA, attuale appellante, della norma di cui al punto 5.1. delle Specifiche Tecniche indicate al Capitolato Speciale d'Appalto, che richiama la disposizione contenuta nell'art. [234 D.Lgs. n. 163 del 2006](#), che traspone la disciplina prevista dall'art. 58 della Direttiva 17/2004/CE, com'è noto relativa agli appalti nei cd. "settori speciali", come quello in oggetto.

La norma in esame (il comma 2, in specifico) consente alle Stazioni Appaltanti la facoltà di respingere qualsiasi offerta, senza distinzione alcuna in ordine alla provenienza dell'offerta medesima, qualora la parte dei prodotti originari di P.T. superi il 50% dei prodotti offerti.

Il Collegio rileva immediatamente, a sostegno della legittimità di tale scelta normativa, che è evidente che la stessa sia orientata alla tutela dei fattori produttivi comunitari.

La norma assume, infatti, una funzione di tutela della produzione comunitaria e, in primo luogo a tutela dell'occupazione nell'UE, che può subire compromissioni per effetto dei meccanismi della cd. globalizzazione dell'economia; essa è, dunque, posta a protezione di valori fondamentali, quali la tutela dei lavoratori Europei e dei loro standard di occupazione, sicurezza e retribuzione che, se violati, con conseguente maggiore convenienza dei prodotti aventi costi di produzione inferiore, costituiscono forme di concorrenza sleale compromettenti valori fondamentali della persona, inammissibili nel nostro sistema Europeo. L'ABC nella procedura aperta in oggetto ha aderito alla facoltà riconosciuta dalla norma in commento, dandone espressamente conto nelle specifiche tecniche indicate al CSA (punto 3 delle Specifiche tecniche indicate al CSA).

Coerentemente con l'adesione espressa a detta facoltà, il successivo punto 5.1. delle Specifiche Tecniche richiedeva tra i documenti da consegnare prima dell'inizio dell'attività e della stipula del contratto, apposita "Dichiarazione che, ai sensi dell'art. [234, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006](#) che recepisce il [Regolamento \(CEE\) n. 2913/92 del 12 ottobre 1992](#), i materiali forniti non sono originari di P.T. o, in alternativa, il valore della parte originaria di P.T. non supera il 50% del valore totale dei prodotti da approvvigionare".

L'attuale appellante M. SpA ha partecipato alla procedura di gara in oggetto offrendo il 100% di prodotti pacificamente originari di un P.T., ai sensi della normativa applicabile alla fattispecie, ovvero il Regolamento del Consiglio n. 2913/92 del 12.10.1992.

Conseguentemente, la stessa, già risultata aggiudicataria provvisoria dell'appalto, a seguito della verifica dei requisiti dichiarati e della documentazione tecnica esibita, è stata esclusa dalla gara in oggetto, mediante revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

Ritiene il Collegio che l'esclusione sia stata legittimamente disposta, poiché ciò che rileva è rappresentato dal riferimento testuale dell'art. 234 ai prodotti originari di P.T. ai sensi del Regolamento del Consiglio n. 2913/92 del 12.10.1992, che istituisce un codice doganale comunitario, nel cui art. 23 si stabilisce la nozione inequivocabile di "prodotto originario di P.T.": un prodotto è originario di un P.T. se sono originarie di un paese le merci interamente ottenute in quel paese, a prescindere, quindi, dall'origine soggettiva del produttore.

Nel caso in esame, i prodotti offerti dalla M. SpA in gara (chiusini in ghisa) materialmente fusi e interamente prodotti nella Repubblica Popolare Cinese costituiscono, ai fini della norma doganale richiamata, prodotti originari di P.T. e come tali sono soggetti al campo di applicazione del codice doganale comunitario.

Peraltro, anche l'art. 36 del nuovo Regolamento doganale Europeo n. 450-2008 conferma tale tesi stabilendo, infatti, che "le merci interamente ottenute in un unico paese o territorio sono considerate originarie di tale paese o territorio" e che "le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale".

La Repubblica Popolare Cinese, che pur avendo aderito al W.T.O., non ha sottoscritto l'accordo sugli appalti pubblici (cd. G.P.A.) è da considerarsi P.T., con conseguente necessaria applicazione della normativa appena richiamata.

I sopra detti rilievi conducono, quindi, a concludere che la natura di impresa comunitaria rivestita dall'appellante non la rende affatto esente dall'applicazione del richiamato art. 234 del codice dei contratti pubblici, trattandosi di merce interamente prodotta in Repubblica Popolare Cinese, a prescindere dunque, dalla qualificazione soggettiva, quale impresa comunitaria o meno, dell'offerente.

Nel caso di specie, dunque, la M. SpA ha offerto nella gara in esame più del 50% di chiusini in ghisa interamente prodotti nella Repubblica Popolare Cinese; la Repubblica Popolare Cinese non rientra tra i firmatari degli accordi, multilaterali o bilaterali, a garanzia di condizioni di reciprocità richiamati dagli articoli [234 D.Lgs. n. 163 del 2006](#) e 58 [Dir. 2004/17/CE](#) ed è, dunque, indubbiamente un P.T..

Peraltro, detti chiusini, per essere commercializzati nel territorio dell'Unione Europea, vengono sottoposti, come qualunque altra merce originariamente non comunitaria, all'applicazione dei dazi doganali dovuti (cd. immissione in libera pratica).

La M. SpA, si ribadisce, importa o produce (secondo quanto sostenuto dall'appellante medesimo) detti prodotti finiti nella Repubblica Popolare Cinese e non risulta abbia svolto alcuna attività produttiva in territorio comunitario, come si è ricavato anche dalla certificazione di prodotto esibita in gara, che non indica l'unità operativa dove i dispositivi vengono realizzati, con la conseguenza che la M. SpA è stata legittimamente esclusa dalla gara per cui è causa.

Si deve ulteriormente ribadire, infatti, che la normativa nazionale e comunitaria sopra richiamata ha riguardo esclusivamente alla provenienza oggettiva del prodotto e non alla provenienza soggettiva dell'impresa, a tutela di interessi del tutto divergenti da quelli relativi alla libertà di stabilimento ovvero alla tutela del marchio e legati, come detto, alla tutela dei fattori produttivi comunitari implicati nella creazione del prodotto finito.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in Euro 5.000,00, oltre accessori di legge in favore della parte appellata costituito in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere