

Apertura (anche “indiretta”) al mercato extra europeo ma con onere motivazionale aggravato per i casi di affidamento

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 28-11-2024

L'accesso di tali imprese estere (operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo) al mercato unionale degli appalti pubblici, lungi dall'essere vietato dalla legge, è ammesso, ma non è garantito, cosicché la stazione appaltante ben può, motivando, escludere l'impresa di tal fatta dalla gara...non solo nei casi di partecipazione diretta dell'impresa extraunionale agli appalti indetti nell'area UE, ma anche nell'ipotesi di partecipazione indiretta agli stessi, che si realizza tramite l'istituto dell'avvalimento.

La norma in questione (art. 170, d.lgs. n. 36/2023) costituisce attuazione del principio di derivazione comunitaria del cd. “comply or explain”, “cosicché la scelta di non escludere un produttore di un Paese terzo che non soddisfi i requisiti previsti dalla disposizione, fungendo da eccezione rispetto alla suddetta esclusione, deve essere accompagnata da una motivazione espressa.

Pubblicato il 26/11/2024

N. 21202/2024 REG.PROV.COLL.

N. 11053/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60, 74 e 120, comma 5, cod. proc. amm.;;
sul ricorso numero di registro generale 11053 del 2024, proposto da Karsan Europe S.r.l., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Andrea
Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Francigena S.r.l. a socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avvocato Maria Cristina Pieretti, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sitcar Mobility Vehicles S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita
in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dei relativi effetti,

della determina d'aggiudicazione del 23 settembre 2024, con cui la stazione appaltante ha
affidato la fornitura del lotto 2 (CIG B1A12E1A6D) della gara a procedura aperta suddivisa in
lotti per la fornitura di autobus urbani ad alimentazione elettrica mini/corti plug-in ed autobus
suburbani alimentati a gasolio euro VI in favore dell'aggiudicatrice.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Francigena S.r.l. a socio unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2024 il Dott. Christian Corbi e uditi
per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 24 ottobre 2024, depositato in data 28 ottobre 2024, Karsan
Europe S.r.l. (di seguito *breviter* anche "Karsan") adiva l'intestato Tribunale nei confronti di
Francigena S.r.l. a S.U. (di seguito *breviter* anche "Francigena"), in qualità di parte resistente
(stazione appaltante), e di Sitcar Mobility Vehicles S.r.l. (di seguito *breviter* anche "Sitcar"), in

qualità di controinteressato (aggiudicatrice), per ivi sentir, previa sospensione dei relativi effetti, annullare la determina d'aggiudicazione del 23 settembre 2024, con cui la stazione appaltante ha affidato la fornitura del lotto 2 (CIG B1A12E1A6D) della gara a procedura aperta suddivisa in lotti per la fornitura di autobus urbani ad alimentazione elettrica mini/corti plug-in ed autobus suburbani alimentati a gasolio euro VI in favore dell'aggiudicatrice.

A sostegno del ricorso, Karsan ha allegato i motivi di seguito meglio esaminati.

2. In data 8.11.2024, parte resistente si costituiva in giudizio con memoria depositata in data 8.11.2024 insistendo, in via pregiudiziale di rito, nell'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse del ricorrente, in relazione alla seconda doglianza e nell'infondatezza, nel merito, della prima doglianza.

3. Benchè ritualmente resa edotta della pendenza della lite, la controinteressata non si costituiva in giudizio.

4. Alla camera di consiglio del 11.11.2024, il Collegio dava avviso alle parti della possibile definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 5, c.p.a.

5. Tanto premesso, il combinato disposto degli artt. 39 e 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., così come interpretato dal CDS, A.P., n. 5/2015, impone, in via prioritaria, l'esame delle questioni pregiudiziale di rito (presupposti processuali e condizioni dell'azione) rispetto a quelle preliminari di merito e al merito stesso.

6. In tale ottica, deve dapprima essere vagliata l'eccezione sollevata dalla resistente, avente a oggetto l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente in relazione alla seconda doglianza, in quanto l'offerta di Karsan, al pari di quella dell'aggiudicataria, avrebbe comunque a oggetto beni prodotti all'estero per oltre il 50%.

L'eccezione è infondata.

Infatti, anche ove risultasse fondato il secondo motivo di ricorso, siffatto accoglimento, come meglio si dirà in seguito, non determinerebbe l'automatica esclusione dell'offerta della controinteressata-aggiudicataria dalla gara, ma farebbe salvo il potere della stazione appaltante, ove quest'ultima ritenesse di non ritirare in autotutela gli atti di gara, di rideterminarsi sull'aggiudicazione nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 170 D. Lgs. 36/2023. Con la conseguenza per la quale l'eccezione in esame risulta priva di qualsivoglia capacità "paralizzante" del ricorso introduttivo del giudizio.

7. Nel merito, il ricorso risulta parzialmente fondato.

7.1. Con il primo motivo di ricorso, Karsan ha dedotto la violazione degli artt. 65, 69, 91 e 104 D. Lgs. 36/2023, in quanto l'impresa ausiliata, poi risultata aggiudicataria della gara, si sarebbe avvalsa di un'impresa ausiliaria – che, in quanto tale, dovrebbe essere considerata, al pari della prima, operatore economico ex all'allegato I.1. lett. l) – avente sede al di fuori di

uno degli Stati membri (*in specie*, nella Repubblica popolare cinese), cosicchè l'avvalimento sarebbe inoperante. E ciò in quanto l'art. 69 D. Lgs. 36/2023 consentirebbe la partecipazione di operatori economici alle gare in ambito UE solo se "*contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 delle note generali dell'Appendice 1 dell'UE dell'Accordo sugli Appalti Pubblici e dagli accordi internazionali cui l'Unione è vincolata*". Ebbene la Repubblica cinese non avrebbe stipulato alcun accordo di tal fatta.

Tale doglianza è infondata.

Come chiarito dalla giurisprudenza (TAR Piemonte, n. 1110/2021) - ma il principio è evincibile anche dalle linee guida della Commissione europea sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti della UE - "*gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi*" (Comunicazione del 24.7.2019).

Da quanto precede si ricava che l'accesso di tali imprese estere al mercato unionale degli appalti pubblici, lungi dall'essere vietato dalla legge, è ammesso, ma non è garantito, cosicchè la stazione appaltante ben può, motivando, escludere l'impresa di tal fatta dalla gara.

Il postulato appena enucleato trova applicazione non solo nei casi di partecipazione diretta dell'impresa extraunionale agli appalti indetti nell'area UE, ma anche nell'ipotesi di partecipazione indiretta agli stessi, che si realizza tramite l'istituto dell'avvalimento.

Del resto, l'impresa ausiliaria non può essere considerata mero soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare non soltanto nei confronti dell'impresa ausiliata, ma anche nei confronti della stazione appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui esso sia carente, cosicchè tale impegno finisce per costituire presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione (per identità di *ratio* cfr. TAR Lazio - Roma, Sez. I *bis*, n. 5896/2007). Di qui la responsabilità solidale dell'ausiliaria e dell'ausiliata nei confronti della stazione appaltante (art. 104, comma 7, D. Lgs. 36/2023).

Nel caso di specie, l'avvalimento dell'impresa aggiudicatrice deve quindi ritenersi valido ed efficace.

7.2. Con il secondo motivo di ricorso, Karsan ha dedotto che, in ogni caso, sussisterebbe la violazione dell'art. 170 D. Lgs. 36/2023 in quanto, vertendosi nell'ambito dei settori speciali, la stazione appaltante avrebbe omesso di motivare le ragioni per le quali essa ha ritenuto di non escludere l'offerta tecnica avente a oggetto un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extraunionale.

La doglianza è fondata.

L'art. 170 D. Lgs. 36/2023 (di seguito anche "*nuovo codice*"), in perfetta corrispondenza con il previgente art. 137 del D. Lgs. 50/2016, pone, in capo alla stazione appaltante, l'onere motivazionale aggravato in caso di mancato respingimento dell'offerta tecnica avente a

oggetto un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extraunionale.

Come chiarito sul punto dalla Relazione al nuovo codice (p. 201), la norma costituisce attuazione del principio di derivazione comunitaria del c.d. “*comply or explain*”, cosicché la scelta di non escludere un produttore di un Paese terzo che non soddisfi i requisiti previsti dalla norma, fungendo da eccezione rispetto alla suddetta esclusione, deve essere accompagnata da una motivazione espressa (TAR Catania n. 2809/2023).

Del resto, la logica “escludente” in parola – per la quale l’esclusione dell’offerta di un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extraunionale costituisce la regola, mentre l’opposta ammissione l’eccezione – ben si evince dall’art. 170, comma 3, del nuovo codice (attuativo a sua volta dell’art. 85 della Direttiva 2014/25/UE), in quanto tale ultima norma prevede che, in caso di equivalenza tra due offerte, è preferita quella che non può essere respinta.

8. Applicando tali principi al caso di specie, deve ritenersi che l’aggiudicazione in questa sede gravata non contenga alcuna motivazione circa la non esclusione dell’offerta tecnica poi aggiudicata, cosicché il provvedimento in esame deve essere annullato. Con la conseguenza per la quale, impregiudicato il potere della resistente di ritirare in autotutela gli atti di gara, quest’ultima è tenuta, in caso contrario, a rideterminarsi sull’aggiudicazione nei limiti e ai fini di cui all’art. 170 D. Lgs 36/2023.

9. Quanto alle diverse domande spiegate dalla ricorrente, aventi a oggetto il subentro della stessa nel contratto d’appalto per cui è causa ovvero, in via subordinata, al risarcimento dei danni da essa patiti (in ottica di danno emergente e lucro cessante) per non aver potuto eseguire il predetto contratto, le stesse sono infondate.

9.1. L’intervenuto annullamento dell’aggiudicazione per difetto di motivazione, lungi dal conferire al ricorrente il bene della vita richiesto (da conseguirsi tramite aggiudicazione e quindi stipula del contratto), non pregiudica, di contro, il potere della stazione appaltante di rideterminarsi sull’aggiudicazione nel modo in cui si è già determinata, previo espletamento dell’onere motivazionale nel rispetto dell’art. 170 del nuovo codice.

9.2. Le medesime considerazioni e gli stessi argomenti valgono, *a fortiori*, con riferimento alla domanda risarcitoria spiegata dal ricorrente, cui si aggiunga che difetta in atti la prova che la stazione appaltante abbia effettivamente stipulato il contratto per cui è causa con l’impresa risultata aggiudicataria nella gara.

10. Per il principio di soccombenza, s’impone la condanna di parte resistente alla rifusione delle spese di lite del presente giudizio, liquidate come in dispositivo, in favore di parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Roma, Sezione II *bis*), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna parte resistente alla rifusione delle spese di lite del presente giudizio in favore di parte ricorrente che liquida in € 2.500,00, per compensi, oltre R.S.G. (15%), C.P.A. (4%) e I.V.A. (22%), salvo e impregiudicato il diritto al rimborso al contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Giuseppe Licheri, Referendario

Christian Corbi, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con la pronuncia **n. 21202** dello scorso **26 novembre**, la Sezione *II-bis* del TAR Lazio, Roma, si è soffermata su due profili di grandissimo e vivo interesse involgenti la **partecipazione alla gara** - in specie **sotto forma di impresa ausiliaria** - da **parte di operatori economici di Paesi extra UE** nonché la **possibile (*rectius* legittima) aggiudicazione di un'offerta avente a oggetto un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extra UE**.

Procediamo con ordine.

Prima ancora di affrontare le questioni innanzi indicate e afferenti al merito del ricorso, i Giudici capitolini hanno esaminato l'eccezione sollevata da parte resistente, avente a oggetto l'**improcedibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente in relazione alla seconda doglianza**, trattandosi di **questione pregiudiziale di rito**.

L'eccezione è stata ritenuta infondata, considerando che anche a ritenere fondato il secondo motivo di ricorso (cosa, in concreto, avvenuta, per la cui analisi si rinvia a quanto di seguito meglio argomentato), tale accoglimento **non** determinerebbe l'**automatica esclusione dell'offerta della controinteressata aggiudicataria della gara** (a procedura aperta e suddivisa in lotti) oggetto di giudizio, esclusivamente obbligando la stazione appaltante a **rideterminarsi sull'aggiudicazione nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 170, d.lgs. n. 36/2023** e fatto salvo l'esercizio del potere di autotutela degli atti della procedura.

Tanto premesso, e passando al merito del ricorso, il TAR si è interrogato in merito alla **possibilità per un operatore economico extra UE di partecipare ad una gara pubblica, in specie nelle vesti di impresa ausiliaria**.

Al riguardo la Corte, richiamando precedente giurisprudenza (TAR Piemonte n. 1110/2021) oltre che le linee guida della Commissione europea sulla partecipazione di offerenti e beni nei

Paesi terzi al mercato degli appalti dell'Unione europea, ha affermato che: **“L’accesso di tali imprese estere al mercato unionale degli appalti pubblici, lungi dall’essere vietato dalla legge, è ammesso, ma non è garantito, cosicché la stazione appaltante ben può, motivando, escludere l’impresa di tal fatta dalla gara”**.

L’assenza di accesso garantito, dunque, non equivale a divieto di accesso, questo il principio espresso dal Collegio, in modo del tutto logico, direi, considerando che le linee guida innanzi richiamate (Comunicazione del 24 luglio 2019) così “meramente” statuiscono: *“Gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l’apertura del mercato degli appalti dell’UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell’UE e possono essere esclusi”*. Dunque, sostenere, come fatto da parte ricorrente, che la partecipazione da parte di un operatore di un Paese extra UE, non dotato di alcun accordo con l’unione europea, risulti del tutto vietata rappresenta un non corretto salto logico e, invece, come insegnano grandi Maestri del diritto la tecnica dell’interpretazione e dell’argomentazione deve necessariamente basarsi sulla logica (su tutti si rimanda agli scritti del Prof. R. GUASTINI).

Quanto sopra trova piena applicazione *“non solo nei casi di partecipazione diretta dell’impresa extraunionale agli appalti indetti nell’area UE, ma anche nell’ipotesi di partecipazione indiretta agli stessi, che si realizza tramite l’istituto dell’avvalimento”*.

Del resto - ancora una volta - è la stessa lettera della legge a “parlar chiaro”: **la responsabilità solidale dell’operatore economico e dell’impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (ex art. 104, comma 7, d.lgs. n. 36/2023) estrinseca l’assenza di una “terzietà” dell’impresa ausiliaria nei confronti del contratto di appalto**, *“dovendosi essa impegnare non soltanto nei confronti dell’impresa ausiliata, ma anche nei confronti della stazione appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui esso sia carente, cosicché tale impegno finisce per costituire presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione (per identità di ratio cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. Ibis, n. 5896/2007)”*.

Quanto al secondo motivo di ricorso, invece, l’attenzione della Sezione si poggia sull’**art. 170 del d.lgs. n. 36/2023**, in materia di offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi.

Al riguardo i Giudici rilevano come l’indicata previsione pone in capo alla stazione appaltante un **onere motivazionale aggravato in caso di mancato respingimento dell’offerta tecnica avente a oggetto un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extraunionale**.

Si richiama quanto inserito nella Relazione al nuovo Codice (pag. 201), ove si afferma che la norma in questione costituisce attuazione del **principio** di derivazione comunitaria **del cd. “comply or explain”**, *“cosicché la scelta di non escludere un produttore di un Paese terzo che non soddisfi i requisiti previsti dalla disposizione, fungendo da eccezione rispetto alla suddetta esclusione, deve essere accompagnata da una motivazione espressa (TAR Catania n. 2809/2023)”*. Tale logica “escludente” - per la quale l’esclusione dell’offerta di un bene prodotto per oltre il 50% in un Paese extraunionale costituisce la regola, mentre l’opposta ammissione, l’eccezione -, sostiene la Corte, ben si evince dal **comma 3 dell’art. 170**, cit., ove

è previsto che in caso di equivalenza tra le due offerte è preferita quella che non può essere respinta a norma del comma 2.

Anche sotto tale profilo, dunque, logico, oltre che attento alla lettera e all'interpretazione sistematica delle norme, appare il ragionamento del Collegio: l'aggiudicazione a favore di un operatore di un Paese extra UE appare legittima ove supportata da un'ideonea (*i.e.* rafforzata) motivazione, per come previsto dalla stessa lettera del Codice.

In chiusura, poi, il TAR si sofferma sulle domande spiegate dalla ricorrente e aventi ad oggetto il **subentro** della stessa **nel contratto di appalto** oggetto di giudizio ovvero, **in via subordinata**, il **risarcimento dei danni da essa patiti**, sostenendone l'infondatezza. A sostegno la considerazione per cui **l'annullamento dell'aggiudicazione per difetto motivazionale** (per come meglio innanzi argomentato) **lascia impregiudicato il potere della stazione appaltante di rideterminarsi sull'aggiudicazione in modo del tutto identico a quanto già fatto, ovvero attribuendola al medesimo operatore economico, sebbene nel rispetto dell'onere motivazionale di cui art. 170, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.**