

**È preclusivo della partecipazione ad una procedura di gara la circostanza che l'operatore economico abbia sede in uno Stato terzo non firmatario dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), in virtù del principio di qualificata reciprocità.**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 5-12-2024*

*È preclusivo della partecipazione ad una procedura di gara la circostanza che l'operatore economico abbia sede in uno stato terzo non firmatario dell'AAP.*

*In particolare, vi è apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza internazionale, purché venga rispettato il principio di qualificata reciprocità.*

Pubblicato il 04/11/2024

**N. 05876/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 04912/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 4912 del 2024, proposto da Sitcar Mobility Vehicles

S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B2B9231C80, rappresentata e difesa dall'avvocato Giulio Guidarelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vito Volterra 8;

***contro***

Acamir - Agenzia Campana per la Mobilità, le Infrastrutture e le Reti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto De Chiara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Pagliani Service S.r.l., Powerbus S.r.l., non costituite in giudizio;

***ricorso per l'annullamento, previa sospensione cautelare e/o concessione delle misure cautelari adeguate, anche con decreto inaudita altera parte:***

- della comunicazione esito documentazione amministrativa prot. 5690/2024, del 01.10.2024, trasmessa alla ricorrente in pari data, recante comunicazione di esclusione ex art. 90, comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 della ricorrente Sitcar Mobility Vehicles Srl dalla Gara europea, a procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023, indetta con Determinazione Direttoriale n. 395/2024 avente ad oggetto l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di un Accordo Quadro con un unico operatore economico, per la fornitura in acquisto, suddivisa in cinque lotti, di n. 141 autobus nuovi di fabbrica, da utilizzare per i servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania, a valere sui finanziamenti del PR FESR 2021-2027, Asse 2bis\_O.S. 2.8\_Azione 2.8.1\_ex DGR n. 227 del 27.04.2023 (CUP: B29I23001520009) e sui finanziamenti del DM 81/20 ex DGR n. 470 del 28.10.2020 Annualità 2021-2023 (CUP: B20A20000040001) LOTTO 1 CIG B2B9231C80;

- del verbale n. 1 del Seggio di Gara della seduta pubblica del 26.09.2024, (richiamato nella comunicazione di cui al punto precedente e allo stato non conosciuto), nel corso del quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara ai sensi art. 90, comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, per il Lotto 1, per presunta mancanza dei requisiti di partecipazione di cui al punto 6.2 lettera a) e b) e al punto 6.3 lettera a) del disciplinare di gara per le motivazioni indicate nel verbale citato;

- del riscontro ai chiarimenti al 11.09.2024 (pubblicato il 11.09.2024) e, in particolare, della risposta ivi data dalla Stazione Appaltante al quesito n. 24, come richiamato nella comunicazione di esclusione e nel verbale di cui ai punti precedenti;

- della determinazione del Direttore Generale di ACaMIR n. 467 del 10.10.24, comunicata alla ricorrente con nota prot. n. 5938/2024 del 10.10.2024, recante ammissione/esclusione dei concorrenti all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali e con la quale sono state approvate le risultanze dei verbali del Seggio di gara e si è preso atto dell'ammissione ed esclusione dei concorrenti all'esito delle valutazioni

dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico-professionali ed è stata, fra l'altro, disposta la non ammissione alla successiva fase di valutazione delle offerte tecnico-economiche per il concorrente Sitcar Mobility Vehicles SRL;

- dei verbali di gara e/o delle determinazioni (anche allo stato non conosciuti) che hanno disposto in merito all'esclusione di Sitcar Mobility Vehicles Srl, degli atti di gara e delle risultanze a seguito dei lavori svolti dal RUP e dalla Commissione di gara nella procedura di cui sopra ignoti atti ed estremi;

- del bando di gara pubblicato in data 08.08.2024, del disciplinare di gara, delle norme tecniche e relativi allegati, degli ulteriori chiarimenti nonché in ogni caso di tutti i documenti e gli atti di gara e di tutti i verbali di gara di seduta pubblica e di seduta riservata, anche non conosciuti, in parte qua che hanno determinato e/o legittimato l'esclusione della società Sitcar Mobility Vehicles Srl dalla gara con CIG B2B9231C80;

- del disciplinare di gara, con particolare riferimento ai requisiti di cui ai punti 6.2 lettera a) e b) e 6.3, lettera a) e 7, se ed in quanto interpretati quali clausole aventi valore escludente della ricorrente dalla procedura de qua ed anche con disapplicazione delle stesse e/o di ogni altra clausola di gara lesiva della ricorrente per i motivi di diritto di cui appresso;

- per quanto occorrer possa, di tutti i verbali del Seggio di Gara e, in particolare, del verbale n. 1 della seduta del 26.09.2024, all'esito del quale Sitcar Mobility Vehicles Srl non è stata ammessa alle successive fasi di gara, nonché dei verbali n. 2 del 27.09.2024, n. 3 del 30.09.2024 e n. 4 del 07.10.2024,

nonché, per quanto occorrer possa:

- di ogni altro collegato, connesso o presupposto e/o comunque consequenziale che sia lesivo in relazione ai motivi di impugnazione, anche allo stato non conosciuto e, in particolare:

- degli eventuali verbali che abbiano disposto nelle more della presente impugnativa l'apertura dell'offerta tecnica e/o economica degli altri concorrenti ammessi alla procedura, la graduatoria dei concorrenti e/o l'aggiudicazione e/o l'affidamento/esecuzione in via d'urgenza dell'appalto disposta in favore di uno di detti concorrenti e dei connessi provvedimenti di aggiudicazione e/o di esecuzione d'urgenza dell'appalto;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto;

nonché per la riammissione, da disporsi anche con decreto cautelare monocratico

della società Sitcar Mobility Vehicles Srl alla procedura di gara, per il Lotto n. 1, con conseguente ammissione alla fase di apertura delle buste tecniche ed esame dell'offerta tecnica di Sitcar e/o con conseguente riconvocazione (ove già riunitasi) della Commissione Giudicatrice al fine di valutare l'offerta tecnica (ed eventualmente anche economica) di Sitcar Mobility Vehicles Srl e con rinnovazione delle valutazioni da parte della Commissione

Giudicatrice e della graduatoria della gara o, ancora, in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura di gara per illegittimità del bando di gara e del disciplinare di gara, della risposte ai chiarimenti date dalla Stazione Appaltante, per i profili di cui al presente ricorso, o ancora, in estremo subordine,

- per l'accoglimento della richiesta di risarcimento ex art. 30 c.p.a. per equivalente di tutti i danni patiti e patendi dalla ricorrente in conseguenza e per l'effetto dell'illegittima esclusione comminata con i provvedimenti impugnati;

nonché

- per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acamir - Agenzia Campana per la Mobilità, le Infrastrutture e le Reti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 il dott. Fabio Di Lorenzo 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 ritualmente notificato e depositato Sitcar Mobility Vehicles S.r.l. ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, la comunicazione di esclusione ex art. 90, comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 dalla Gara europea, a procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023, indetta con Determinazione Direttoriale n. 395/2024 avente ad oggetto l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di un Accordo Quadro con un unico operatore economico, per la fornitura in acquisto, suddivisa in cinque lotti, di n. 141 autobus nuovi di fabbrica, da utilizzare per i servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania.

La ricorrente ha dedotto quanto segue:

- con bando pubblicato in data 08.08.2024 l'Agenzia Campana per la Mobilità, le Infrastrutture e le Reti - ACaMIR (d'ora innanzi per brevità ACaMIR) ha avviato la Gara europea, a

procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, indetta con determinazione direttoriale n. 395/2024, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di un Accordo Quadro con un unico operatore economico, per la fornitura in acquisto, suddivisa in n. 5 lotti, di n. 141 autobus nuovi di fabbrica, da utilizzare per i servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania, per un importo complessivo dell'Accordo Quadro per tutti i cinque lotti, comprensivo degli oneri da interferenze, pari a euro 52.349.218,53 + IVA;

- nel caso di specie rileva il Lotto n. 1 per la fornitura in acquisto di autobus nuovi di fabbrica categoria M3, classe I, ad alimentazione elettrica di lunghezza inferiore a 7 metri (CUP B29I23001520009 – CIG B2B9231C80), per un importo complessivo dell'Accordo Quadro per il Lotto n. 1 a base di gara pari ad euro 8.592.687,55;

- il disciplinare di gara ha stabilito i requisiti di partecipazione alla gara, indicando all'art. 6.2 i requisiti di capacità economica e finanziaria (distinti in fatturato globale e fatturato specifico) e all'art. 6.3 i requisiti di capacità tecnico professionale, prevedendo in entrambi casi la possibilità per i concorrenti di comprovarne il possesso mediante avalimento;

- nel bando e nel disciplinare non vi sarebbe alcuna limitazione circa l'ubicazione della sede dell'impresa ausiliaria o la necessità che questa debba essere stabilita in un paese UE, ed anzi, lo stesso bando avrebbe espressamente inteso consentire la partecipazione anche ad imprese stabilite in Paesi Terzi con cui l'UE non ha concluso accordi inerenti la reciprocità di accesso alle gare pubbliche dei Paesi firmatari), dichiarando espressamente non applicabile alla gara de qua l'accordo sugli appalti pubblici (AAP);

- la ricorrente, con sede a Rastignano (Bologna), ha partecipato alla suddetta procedura, presentando offerta per il lotto n. 1 nei termini e secondo le modalità di cui al disciplinare di gara e, in particolare, dichiarando di avvalersi dell'ausiliaria Higer Bus Company LTD stabilita in Cina;

- tuttavia, nella prima seduta pubblica del 26.09.2024, il Seggio di gara, a seguito della disamina della documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti, ha deciso di escludere la ricorrente sulla base della seguente motivazione: *«il concorrente, in merito alla mancanza di requisiti di natura economico finanziaria e tecnica, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti della società Higer Bus Company LTD che ha sede nella Repubblica Popolare Cinese. A tal proposito il Seggio di gara prende atto e fa propria la risposta al quesito 24, che recita come segue: “Dalle verifiche eseguite, anche alla luce di quanto si evince dalle conclusioni dell'avvocato generale della Corte di giustizia Ue, Athanasios Rantos, l'11 maggio 2023 nella causa C-266/22, risulta che la Repubblica Popolare Cinese non ha sottoscritto l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) contenuto nell'Allegato n. IV all'Accordo istitutivo del WTO, e, pertanto, è vietata la partecipazione di un'impresa cinese per l'assegnazione delle gare pubbliche in Italia, se pur in veste di ausiliaria. Invero, anche il rapporto di avalimento con una impresa cinese è considerato non ammissibile in quanto concreterebbe di fatto una partecipazione, seppur indiretta, alla gara d'appalto, vietata”»;*

- tale esclusione violerebbe il tenore testuale di bando e disciplinare di gara, che non

porrebbero limitazioni alla possibilità di ricorrere all'avvalimento con imprese aventi sede nella Repubblica Popolare Cinese (o altri Paesi terzi) e tanto meno comminerebbero, per tale ipotesi, l'esclusione dalla gara.

Si è costituita l'amministrazione intimata ACAMIR deducendo l'infondatezza del ricorso.

Non si sono costituite le controinteressate Pagliani Service S.r.L. e Powerbus S.R.L.

La causa è stata inserita nel ruolo della camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 per la decisione sull'istanza cautelare.

Al termine della discussione, il Collegio, ravvisando la sussistenza dei presupposti di legge, ha trattenuto la causa per definirla con sentenza in forma semplificata, previo avviso reso alle parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

2. Con il primo motivo parte ricorrente ha lamentato che nessuna previsione limitativa sarebbe stata inserita nel bando e nel disciplinare di gara circa l'ubicazione della sede dell'impresa ausiliaria o la necessità che questa debba essere stabilita in un paese UE, ed anzi, lo stesso bando avrebbe espressamente inteso consentire la partecipazione anche ad imprese stabilite in Paesi Terzi con cui l'UE non ha concluso accordi inerenti la reciprocità di accesso alle gare pubbliche dei Paesi firmatari, dichiarando espressamente, nel punto 5.1.6., non applicabile alla gara *de qua* l'accordo sugli appalti pubblici (AAP) specificando che «*L'appalto è soggetto all'accordo sugli appalti pubblici (AAP): no*».

L'amministrazione resistente ha replicato quanto segue:

- non sussiste alcuna violazione del principio di tassatività dei casi di esclusione, in quanto l'ausiliaria della ricorrente, avente sede in Cina, paese non firmatario dell'AAP, difetta dei requisiti generali di partecipazione;
- i requisiti generali di partecipazione devono essere posseduti non solo dall'operatore economico partecipante, ma anche dall'impresa ausiliaria.

In ordine poi alla censura secondo cui il bando avrebbe escluso l'applicazione dell'AAP, l'amministrazione resistente ha osservato quanto segue:

- parte ricorrente avrebbe erroneamente inteso il significato di siffatto punto del bando di gara, che, invece significherebbe, al contrario, che neanche agli operatori economici di paesi terzi firmatari dell'AAP sarebbe consentita la partecipazione alla procedura di gara di cui alla presente controversia, e ciò in forza della espressa esclusione contemplata dall'allegato 2 del medesimo AAP;
- premesso che ai sensi dell'art. 69 del D.lgs. n. 36/2023 la partecipazione alle gare pubbliche in Italia è ammessa con riguardo «*ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari*» «*a condizione che siano «contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e*

*dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata», l'allegato 2 dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP espressamente prevede che, con riguardo agli appalti degli Enti governativi sub-centrali, tra i quali rientrano tutte le autorità contraenti regionali e locali, sono considerati appalti non coperti dall'accordo, tra gli altri, quelli relativi ai veicoli come descritti in alcuni capitoli della Nomenclatura Combinata (NC) ivi espressamente specificati, e, tra questi ultimi, quelli relativi agli autoveicoli adibiti al trasporto di dieci o più persone, compreso il conducente, di cui al capitolo 8702 della Nomenclatura;*

- insomma il punto 5.1.6. del bando di gara invocato da parte ricorrente, lungi dal significare che la procedura di gara di cui è controversia sarebbe sottratta alla disciplina di cui all'art. 69 D.lgs. n. 32/2023 e pertanto ne sarebbe ammessa la partecipazione degli operatori economici dei paesi terzi, segnalerebbe, invece, al contrario, che la procedura di gara in questione, in virtù della illustrata previsione dell'allegato all'AAP, essendo tra quelle per le quali è espressamente prevista la mancata copertura dell'accordo, non godrebbe della relativa tutela, e conseguentemente sarebbe sottratta al vincolo di parità di trattamento derivante dall'art. 69 del D.lgs. n. 32/2023, financo nei confronti degli operatori economici aventi sede nei paesi terzi firmatari dell'AAP (ed a maggior ragione nei riguardi di quelli non firmatari).

2.1. Il Collegio, condividendo la ricostruzione dell'amministrazione resistente, ritiene che il motivo di ricorso sia infondato.

2.2. Occorre richiamare l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), integrante un accordo internazionale multilaterale stipulato il 15.04.1994, e rinegoziato nel 2012, con il quale gli aderenti hanno inteso pattuire un quadro comune in tema di appalti pubblici. Tale AAP è stato approvato dalla dapprima dalla Comunità Europea con la Decisione n. 94/800/UE, e poi, con riguardo al protocollo di modifica del 2012, dall'Unione Europea con la Decisione n. 2014/115/UE; inoltre il contenuto dell'AAP è stato anche recepito con le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. In particolare, gli artt. 25 della Direttiva 2014/24/UE e 43 della Direttiva 2014/25/UE, rubricati «*Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali*», statuiscono che «*Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione*». Conformemente a tale quadro regolativo, l'art. 69 del D.lgs. n. 36/2023 prevede che «*Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice*».

A fronte di tale assetto regolativo, la giurisprudenza ha ritenuto preclusivo della partecipazione la circostanza che l'operatore economico abbia sede in uno stato terzo non firmatario dell'AAP. Affermando principi validi non solo nei previgenti codici dei contratti pubblici ma anche in quello attuale, la giurisprudenza ha affermato che «*Come già l'articolo 47 del d.lgs. 163/2006, anche l'articolo 49 d.lgs. 50/2016 - che in termini più chiari fa riferimento alla*

*partecipazione alle procedure d'appalto e non alla sola qualificazione delle imprese nell'ambito degli appalti di lavori pubblici come la previgente disciplina - delinea infatti "il principio di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza internazionale, subordinatamente al rispetto del principio di qualificata reciprocità. (...) La "condizione di reciprocità" è un concetto definito dalla giurisprudenza "vincolo normativo e giuridico" per i Paesi di appartenenza delle imprese straniere che intendono partecipare alle gare italiane, volto a garantire e a riconoscere anche alle imprese italiane un trattamento analogo a quello di cui si intende beneficiare in Italia» (T.A.R. Lombardia - Brescia, n. 552 del 2020); In tale pronuncia il Tar Lombardia – Brescia, con un ragionamento estensibile anche all'attuale Codice dell'evidenza pubblica, ha affermato che l'art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016 «individua, quindi, i soggetti legittimati alla partecipazione agli appalti regolati dal codice negli operatori economici italiani e in quelli degli Stati membri, costituiti in conformità al rispettivo ordinamento», e che «Con una circoscritta estensione di tale previsione il successivo articolo 49 consente, poi, alle imprese di Paesi terzi che abbiano sottoscritto specifici accordi con la UE di partecipare alle medesime procedure a condizione di reciprocità», per cui «I Paesi terzi sono quindi ammessi alle procedure di appalto nei limiti in cui abbiano sottoscritto detti accordi e nei soli termini ivi previsti», precisandosi inoltre che «Né la mancanza, nel codice, di un espresso divieto per le imprese dei restanti Paesi può essere interpretata come possibilità di una loro partecipazione, stante il chiaro dispositivo delle norme richiamate, che delineano il campo di applicazione della normativa de qua». Analogamente, sotto il vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, con ragionamento applicabile anche al vigente Codice dell'Evidenza Pubblica, la giurisprudenza ha affermato che «La Repubblica popolare cinese, pur avendo aderito nel 2001 al WTO (Organizzazione mondiale del commercio), non ha, a tutt'oggi, sottoscritto anche l'accordo sugli appalti pubblici, che risulta nell'allegato 4 del citato Accordo istitutivo del WTO. Di conseguenza, non trova applicazione nei riguardi della Cina l'articolo 47, comma 1, del codice dei contratti pubblici, che consente alle imprese extracomunitarie la partecipazione agli appalti pubblici comunitari» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 02/07/2007, n. 5896); stessi principi sono stati applicati da questo Tribunale, secondo cui «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, solo l'adesione all'Accordo sugli appalti pubblici (G.P.A. "Generale Procurement Agreement") è 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, d.lgs. n. 163 del 2006» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 03/09/2014, n. 4695).*

Il d.lgs. n. 36 del 2023, sulla scia dei precedenti codici dell'evidenza pubblica e della giurisprudenza formatasi sotto di essi, prevede nell'art. 65 c, 1 che «Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri», e nell'art. 69 che «le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice» soltanto «Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata».

Tale soluzione non contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito



dall'art. 10 del D.lgs. n. 36/2023, in quanto l'esclusione discende direttamente dal citato quadro normativo sovranazionale e nazionale: art. 25 della Direttiva 2014/24/Ue; art. 43 della Direttiva 2014/25/UE; artt. 65, co. 1, e 69 del D.lgs. n. 36/2023. Ne consegue che non è dirimente che il disciplinare di gara non abbia espressamente previsto l'esclusione degli operatori economici di paesi terzi non firmatari del citato accordo internazionale.

2.3. Il difetto della condizione di reciprocità non è escluso dalla circostanza che sia l'ausiliaria, e non l'operatore economico ausiliato, ad avere sede in Cina. Infatti il possesso dei requisiti di ordine generale deve essere accertato non solo in capo all'impresa ausiliata, ma anche in capo a quella ausiliaria. Infatti la giurisprudenza ha affermato che sussistono i presupposti per l'esclusione dalla gara anche nel caso in cui un'impresa di uno Stato membro si avvalga dei requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria appartenente a Paesi che non abbiano stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia (TAR Bologna, sez. II, 15.02.2017, n. 126; Consiglio di Stato, sez. IV, 23.02.2012, n. 969).

Ne consegue che anche sotto tale profilo parte ricorrente legittimamente è stata esclusa per «*mancaza dei requisiti di partecipazione di cui al punto 6.2 lettera a) e b) e al punto 6.3 lettera a) del disciplinare di gara*», ovvero dei requisiti di capacità economico-finanziaria, di cui si era avvalsa attraverso un'ausiliaria cinese.

2.4. È infondata la doglianza con cui è lamentata la violazione del punto n. 5.1.6. del bando di gara, laddove è stato previsto che «*L'appalto è soggetto all'accordo sugli appalti pubblici (AAP): no*».

Il Collegio ritiene convincente l'argomentazione dell'amministrazione resistente secondo cui il citato punto 5.1.6 del bando non va inteso nel senso di consentire la partecipazione alla gara anche a operatori economici di Paesi non firmatari dell'AAP. Tale conclusione è avvalorata, nel senso di interpretazione chiarificatrice, dalla risposta al quesito 24, richiamata anche nel provvedimento impugnato, che recita come segue: «*Dalle verifiche eseguite, anche alla luce di quanto si evince dalle conclusioni dell'avvocato generale della Corte di giustizia Ue, Athanasios Rantos, l'11 maggio 2023 nella causa C-266/22, risulta che la Repubblica Popolare Cinese non ha sottoscritto l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) contenuto nell'Allegato n. IV all'Accordo istitutivo del WTO, e, pertanto, è vietata la partecipazione di un'impresa cinese per l'assegnazione delle gare pubbliche in Italia, se pur in veste di ausiliaria. Invero, anche il rapporto di avvalimento con una impresa cinese è considerato non ammissibile in quanto concreterebbe di fatto una partecipazione, seppur indiretta, alla gara d'appalto, vietata*». Peraltro, *ad abundantiam*, va rilevato che la sopra richiamata normativa sovranazionale e nazionale, secondo cui non è ammesso a partecipare l'operatore economico di Paese non firmatario dell'AAP, opererebbe comunque l'eterointegrazione del bando nel senso dell'illustrato effetto preclusivo ed escludente.

2.5. Alla luce di quanto sopra esposto, non è censurabile la motivazione del provvedimento impugnato nel punto in cui ha richiamato la citata risposta al quesito 24, avente natura di FAQ, cioè di interpretazione chiarificatrice della *lex specialis* di gara che la stazione appaltante effettua per orientare gli operatori economici in vista della partecipazione alla gara. Il

riferimento alla risposta al quesito n. 24 è quindi perfettamente pertinente rispetto alla fattispecie concreta per cui è causa.

3. Con il secondo motivo è censurata la motivazione del provvedimento impugnato nel punto in cui rinvia *per relationem* alle conclusioni dell'Avvocato Generale, le quali sarebbero state rese però in una vicenda processuale in cui avente sede in Cina è l'operatore economico concorrente, mentre nel caso in esame la ricorrente ha sede legale in Italia, mentre solo l'ausiliaria ha sede in Cina.

Il motivo è infondato, in quanto, come esposto sopra, il quadro normativo sovranazionale e nazionale, così come interpretato dalla giurisprudenza, è ostativo a che imprese dei paesi non firmatari dell'AAP partecipino alle gare pubbliche, sia direttamente che indirettamente tramite l'avvalimento con impresa ausiliaria di Paese non firmatario dell'AAP.

4. L'infondatezza delle censure avverso il provvedimento comporta l'insussistenza dei presupposti della domanda risarcitoria, non sussistendo alcun danno ingiusto.

5. Il ricorso è pertanto respinto.

6. Nel rapporto processuale tra parte ricorrente e l'amministrazione resistente le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Nel rapporto processuale tra parte ricorrente e le controinteressate non costituite non vi è luogo a provvedere sulle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania -Napoli- (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e condanna Sitcar Mobility Vehicles S.r.l. al pagamento delle spese di lite in favore di Acamir - Agenzia Campana per la Mobilità, le Infrastrutture e le Reti, liquidandole in euro 5.000,00, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

Nulla per le spese nel rapporto processuale tra parte ricorrente e le controinteressate non costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Fabio Di Lorenzo, Primo Referendario, Estensore

## Guida alla lettura

Ai sensi dell'art. 69 del D.lgs. n. 36/2023 la **partecipazione alle gare pubbliche in Italia è ammessa** con riguardo «ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari» «a condizione che siano contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata», **L'allegato 2 dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP** espressamente prevede che, con riguardo agli appalti degli Enti governativi sub-centrali, tra i quali rientrano tutte le autorità contraenti regionali e locali, sono considerati **appalti non coperti dall'accordo**, tra gli altri, quelli relativi ai veicoli come descritti in alcuni capitoli della Nomenclatura Combinata (NC) ivi espressamente specificati, e, tra questi ultimi, quelli relativi agli autoveicoli adibiti al trasporto di dieci o più persone, compreso il conducente, di cui al capitolo 8702 della Nomenclatura.

Tale premessa normativa è importante per comprendere la fattispecie sottoposta all'attenzione del Giudice amministrativo di primo grado.

In particolare, una S.A. ha indetto una procedura di gara aperta per l'aggiudicazione di un Accordo Quadro con un unico operatore economico, per la fornitura in acquisto, suddivisa in cinque lotti, di n. 141 autobus nuovi di fabbrica, da utilizzare per i servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania. Durante la fase procedurale, la S.A. ha ritenuto di escludere un operatore economico all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, in ottemperanza a quanto previsto dal disciplinare di gara.

In particolare, quest'ultimo prevedeva i requisiti di partecipazione alla gara, indicando all'art. 6.2 i requisiti di capacità economica e finanziaria (distinti in fatturato globale e fatturato specifico) e all'art. 6.3 i requisiti di capacità tecnico professionale, stabilendo per entrambi i requisiti la possibilità per i concorrenti di comprovarne il possesso mediante avalimento.

In sede di verifica della documentazione amministrativa depositata da un Operatore economico, la S.A. ha verificato che tale O.e., dichiarando di avvalersi di una impresa ausiliaria stabilita in Cina.

L'esclusione decisa dal seggio di gara derivava dalla seguente motivazione: *“Il concorrente, in merito alla mancanza di requisiti di natura economico finanziaria e tecnica, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti della società Higer Bus Company LTD che ha sede nella Repubblica Popolare Cinese. A tal proposito il Seggio di gara prende atto e fa propria la risposta al quesito 24, che recita come segue: “Dalle verifiche eseguite, anche alla luce di quanto si evince dalle conclusioni dell'avvocato generale della Corte di giustizia Ue, Athanasios Rantos, l'11 maggio 2023 nella causa C-266/22, risulta che la Repubblica Popolare Cinese non ha sottoscritto l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) contenuto nell'Allegato n. IV all'Accordo istitutivo del WTO”, e, pertanto, è vietata la partecipazione di un'impresa cinese per l'assegnazione delle gare pubbliche in Italia, se pur in veste di ausiliaria. Invero, anche il rapporto di avalimento*

*con una impresa cinese è considerato non ammissibile in quanto concreterebbe di fatto una partecipazione, seppur indiretta, alla gara d'appalto, vietata".*

In sede di giudizio, per come si evince dalla lettura della sentenza in commento, è emerso che parte ricorrente avesse lamentato, tra l'altro e in particolare, che nessuna previsione limitativa sarebbe stata inserita nel bando e nel disciplinare di gara circa l'ubicazione della sede dell'impresa ausiliaria o la necessità che questa debba essere stabilita in un paese UE.

Il Giudice amministrativo di primo grado, in proposito, ha proposto il quadro normativo di riferimento e precisamente ha chiarito che **con l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), integrante un accordo internazionale multilaterale stipulato il 15.04.1994, e rinegoziato nel 2012, gli aderenti hanno inteso pattuire un quadro comune in tema di appalti pubblici.** Tale AAP è stato approvato dapprima dalla Comunità Europea con la Decisione n. 94/800/UE, e poi, con riguardo al protocollo di modifica del 2012, dall'Unione Europea con la Decisione n. 2014/115/UE; inoltre il contenuto dell'AAP è stato anche recepito con le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. In particolare, gli artt. 25 della Direttiva 2014/24/UE e 43 della Direttiva 2014/25/UE, rubricati «*Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali*», statuiscono che: «*Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione*». Conformemente a tale quadro regolativo, l'art. 69 del D.lgs. n. 36/2023 prevede che «*Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice*».

Con riferimento alla fattispecie in esame e stante la sopra riportata ricostruzione normativa, il G.A. ha confermato legittimo l'operato della S.A., precisando che è preclusivo della partecipazione ad una procedura di gara la circostanza che l'operatore economico abbia sede in uno stato terzo non firmatario dell'AAP.

In particolare, **vi è apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza internazionale**, purchè venga **rispettato il principio di qualificata reciprocità**. La "**condizione di reciprocità**" è un concetto definito dalla giurisprudenza quale "**vincolo normativo e giuridico**" per i Paesi di appartenenza delle imprese straniere che intendono partecipare alle gare italiane, volto a garantire e a riconoscere anche alle imprese italiane un trattamento analogo a quello di cui si intende beneficiare in Italia.

