

Esclusione dalle gare pubbliche per avvalimento con imprese extra-UE non firmatarie dell'AAP: il Consiglio di Stato ribadisce la necessità di una previsione espressa nella lex specialis

di Riccardo Renzi

Data di pubblicazione: 9-5-2025

Se è vero che un operatore economico – ovvero il suo ausiliario – ubicato in un Paese non firmatario dell'AAP può certamente essere escluso dalla singola stazione appaltante, ciò non può avvenire, a differenza di quanto affermato dal giudice di primo grado, in virtù di una norma di carattere generale né di fonte unionale, né di fonte nazionale.

L'accesso di 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 tali imprese dalla gara.

L'impresa ausiliaria non può essere considerata un 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, cosicché tale impegno finisce per costituire presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione (art. 104, comma 7, D. Lgs. 36/2023).

L'esclusione dalla gara basata sulla mancanza dei requisiti per essere vietata la partecipazione, anche in veste di ausiliaria, di un'impresa avente sede nella Repubblica Popolare Cinese, non firmataria dell'AAP, non è legittima.

È contrario ai principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, nonché di trasparenza e del clare loqui, affermare in giudizio una motivazione di esclusione fondata su una presunta inapplicabilità dell'AAP alla gara in assenza di una chiara previsione negli atti di gara.

L'annullamento dell'esclusione per difetto di motivazione non conferisce il bene della vita richiesto tramite aggiudicazione, ma consente alla stazione appaltante di rideterminarsi sull'esclusione alla luce dei principi enunciati nella presente decisione.

Guida alla lettura

La sentenza n. 3721/2025 del Consiglio di Stato (Sez. V) affronta una delicata questione di diritto amministrativo e diritto europeo in tema di **partecipazione alle gare pubbliche da**

parte di operatori economici stabiliti in Paesi terzi non firmatari dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), contenuto nell'allegato IV all'Accordo istitutivo del WTO, focalizzandosi sull'**avvalimento con soggetti non appartenenti all'UE**. Accogliendo l'appello della società Sitcar Mobility Vehicles, il Consiglio di Stato ha annullato l'esclusione dalla gara, affermando che il divieto di partecipazione di imprese di Paesi terzi deve essere espressamente previsto nei documenti di gara e non può derivare automaticamente da una presunta eterointegrazione normativa fondata sull'art. 69 del d.lgs. n. 36/2023. La sentenza si fonda su recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE (in particolare sentenze della Corte di Giustizia dell'UE nelle cause C-266/22 e C-652/22, che chiariscono i limiti e le condizioni di accesso ai mercati degli appalti pubblici dell'Unione per soggetti extra-UE) e riafferma i principi di legalità, trasparenza e tutela dell'affidamento, escludendo che l'esclusione possa fondarsi su argomentazioni postume o generiche limitazioni di carattere internazionale.

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha **riformato la sentenza di primo grado del TAR Campania**, affermando che **l'esclusione della ricorrente – basata sull'avvalimento con una società cinese – è avvenuta in assenza di una valida previsione nella *lex specialis* e in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione** (art. 10 d.lgs. n. 36/2023). La Corte ha **escluso che possa operare un meccanismo di eterointegrazione automatica dell'art. 69 del Codice dei Contratti**, chiarendo che, in assenza di un atto dell'Unione o di un'esplicita clausola nella disciplina di gara, l'accesso agli appalti pubblici da parte di imprese di Paesi terzi non firmatari dell'AAP non è vietato *ex lege*, ma solo facoltativamente limitabile.

La decisione richiama ampiamente le recenti **sentenze della CGUE che delineano il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale nel settore degli appalti pubblici**. In particolare, si afferma che:

- **solo l'Unione può stabilire un divieto generale di partecipazione per operatori economici di Paesi non firmatari dell'AAP;**
- **in mancanza di tale disciplina unionale, la stazione appaltante può escludere tali operatori solo se ciò sia chiaramente indicato nei documenti di gara;**
- **il mancato rispetto dei principi di certezza del diritto, trasparenza e affidamento (cd. *clare loqui*) comporta l'illegittimità di esclusioni fondate su motivazioni sopravvenute o ambigue.**

Questi principi rendono non condivisibile la tesi del TAR, che aveva ritenuto legittima l'esclusione basandosi su interpretazioni giurisprudenziali anteriori e su una lettura restrittiva dell'art. 69 del d.lgs. n. 36/2023.

Un ulteriore elemento di novità della sentenza consiste nel **riconoscimento della piena rilevanza dell'impresa ausiliaria nel sistema dell'avvalimento**. Richiamando l'**art. 104, comma 7, del nuovo Codice**, il Consiglio di Stato sottolinea che **anche il soggetto ausiliario assume obblighi diretti verso la stazione appaltante, e pertanto la sua ammissibilità deve essere verificata alla luce della *lex specialis***. Tuttavia, in assenza di una clausola espressa, non è possibile escluderlo automaticamente sulla base della sua nazionalità.

La sentenza si pone in netta antitesi rispetto alla tesi secondo cui l'art. 69 del d.lgs. n. 36/2023 introdurrebbe un divieto implicito di partecipazione per le imprese di Paesi terzi non firmatari dell'AAP. Tale interpretazione viene smentita alla luce della giurisprudenza della CGUE, secondo cui la disciplina di gara non può essere completata o modificata *ex post*, né può fondarsi su un presunto divieto generale. È necessaria un'esplicita indicazione nei documenti di gara circa l'intenzione di escludere operatori economici di Paesi terzi.

Quanto alla domanda risarcitoria, il Consiglio di Stato la respinge in quanto la sola illegittimità dell'esclusione non determina automaticamente il diritto al risarcimento in assenza della prova dell'aggiudicazione virtuale. Si richiama, in tal senso, la consolidata giurisprudenza secondo cui l'annullamento dell'esclusione comporta un obbligo di riesame e non attribuisce *ipso iure* il bene della vita.

La sentenza rafforza - dunque - una linea interpretativa che **valorizza il principio di legalità e quello di trasparenza nelle procedure di evidenza pubblica**, evitando automatismi fondati su presunte norme generali sovranazionali. Essa riafferma che **il diritto dell'Unione non impone un divieto di partecipazione alle imprese dei Paesi non firmatari dell'AAP, ma lascia ai singoli enti aggiudicatori il potere (non l'obbligo) di porre limiti, purché questi siano espressi chiaramente nella *lex specialis***. Questa pronuncia è destinata ad avere rilevanti ripercussioni pratiche, imponendo alle stazioni appaltanti di essere estremamente precise nella redazione dei documenti di gara, specie in contesti di avvalimento internazionale o di partecipazione extra-UE.

Publicato il 02/05/2025

N. 03721/2025REG.PROV.COLL.

N. 08632/2024 REG.RIC.

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 8632 del 2024, proposto dalla società Sitcar Mobility

Vehicles a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B2B9231C80, rappresentata e difesa dall'avvocato Giulio Guidarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Agencia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti- ACaMIR, 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;

la società Pagliani Service a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

nei confronti

Powerbus s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sezione prima) n. 5876, pubblicata il 4 novembre 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agencia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti e della società Pagliani Service a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2025 il consigliere Marina Perrelli e uditi per le parti gli avvocati Giulio Guidarelli, Alberto De Chiara e Carlo Contaldi La Grotteria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società appellante chiede la riforma della sentenza in forma semplificata indicata in epigrafe con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso la sua esclusione dalla gara europea, a procedura telematica aperta ex art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, indetta con determinazione n. 395 del 2024, per l'aggiudicazione, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di un accordo quadro con un unico operatore economico per la fornitura in acquisto, suddivisa in 5 lotti, di 141 autobus nuovi di fabbrica, da utilizzare per i servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania, per un importo complessivo per tutti i 5

lotti, comprensivo degli oneri da interferenze, pari a euro 52.349.218,53, oltre IVA.

1.2. La società appellante, premesso di avere partecipato al lotto 1 dichiarando di avvalersi dell'ausiliaria Higer Bus Company LTD con sede nella Repubblica Popolare Cinese, deduce l'illegittimità della sua esclusione e l'erroneità della sentenza di primo grado:

1) per falso ed erroneo presupposto in fatto, per violazione del bando e del disciplinare di gara e, segnatamente, degli artt. 6.2 lett. a) e b), 6.3 lett. a) e 7, per motivazione contraddittoria.

Ad avviso dell'appellante il giudice di primo grado avrebbe ritenuto legittima la sua esclusione sulla base di una motivazione diversa da quella originariamente adottata dalla stazione appaltante ed introdotta solo nel corso del giudizio. Secondo la prospettazione della Sitcar la stazione appaltante nel provvedimento di esclusione avrebbe ritenuto preclusivo alla sua partecipazione alla gara il fatto che l'ausiliaria avesse sede nella Repubblica Popolare Cinese, paese terzo non firmatario dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), contenuto nell'allegato IV all'Accordo istitutivo del WTO, mentre in sede di giudizio avrebbe motivato l'esclusione per essere la gara in questione riservata, *ab origine*, ai soli operatori aventi sede nell'UE, in considerazione della fornitura oggetto dell'appalto - autoveicoli adibiti al trasporto di dieci o più persone, compreso il conducente, come descritta dalla Nomenclatura Combinata di cui all'allegato 2 dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP. Di qui la conclusione del giudice di primo grado secondo cui *"neanche agli operatori economici di paesi terzi firmatari dell'AAP è 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"*, decisione che secondo l'appellante sarebbe erronea perché:

a) diversa da quella contenuta nel provvedimento di esclusione e frutto di un'inammissibile integrazione postuma;

b) violativa delle previsioni del bando e del disciplinare che non solo non conterrebbero alcuna riserva a favore dei soli operatori economici dell'Unione europea, ma anzi consentirebbero la partecipazione di operatori economici provenienti da Paesi extra UE, escludendo espressamente l'applicazione all'appalto in questione dell'AAP;

c) in contrasto con la stessa risposta al chiarimento n. 24 concernente l'ammissibilità dell'avvalimento con imprese cinesi laddove, richiamando le conclusioni dell'avvocato generale della Corte di Giustizia UE nella causa C 266-22, si fa presente che un'impresa cinese, anche in veste di ausiliaria, non può partecipare ad una gara pubblica in Italia, non avendo la Repubblica Popolare Cinese sottoscritto l'AAP, contenuto nell'allegato IV all'Accordo istitutivo del WTO.

Né, infine, ad avviso dell'appellante sarebbe condivisibile desumere dall'inapplicabilità dell'AAP alle forniture di autoveicoli adibiti al trasporto di dieci o più persone, compreso il conducente, disposta dall'allegato 2 dell'appendice 1 dell'Unione europea, il divieto di partecipazione a carico di imprese extra UE;

2) per travisamento dei fatti, per violazione degli artt. 65, comma 1, e 69 del d.lgs. n. 36/2023,

nonché degli artt. 10, 71, 87, 100, 104, 141, 153, 167, comma 1 lett. g), del citato d.lgs., per sviamento, per violazione del principio di proporzionalità, per illogicità, ingiustizia manifesta ed erroneità dei presupposti.

Ad avviso dell'appellante la sentenza sarebbe erronea anche laddove afferma che sarebbe preclusiva alla sua partecipazione la circostanza che l'ausiliata *“abbia sede in uno stato terzo non firmatario dell'AAP”* poiché *“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”*. Secondo la Sitcar non esisterebbe né nelle direttive UE, né nella normativa nazionale un divieto assoluto di partecipazione a gare pubbliche da parte di imprese aventi sede in Paesi non firmatari dell'AAP, né esisterebbe un divieto di avvalimento con dette imprese, come emergerebbe anche dalla giurisprudenza della GCUE e, segnatamente, dalla sentenza del 22 ottobre 2024 nella causa C-652/22, *Kolin In?aat Turizm Sanayi ve Ticaret*. Né tale divieto, ad avviso dell'appellante, potrebbe desumersi dalla normativa nazionale e, segnatamente, dagli artt. 65 e 69 del d.lgs. n. 36/2023. Pertanto, in assenza di una espressa previsione della *lex* di gara la stazione appaltante avrebbe violato anche l'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione, senza che operi per le ragioni suesposte alcun meccanismo di eterointegrazione del bando. Infine, ad avviso dell'appellante, il giudice di primo grado avrebbe debitamente valutato che l'impresa italiana o comunque appartenente ad uno Stato membro dell'UE integrerebbe nella propria azienda le risorse e le competenze necessarie dell'ausiliaria, eseguendo in proprio le prestazioni oggetto di appalto;

3) per violazione dell'art. 112 c.p.c., degli artt. 30 c.p.a. e 2043 c.c. poiché il giudice di primo grado non si sarebbe pronunciato sulla domanda di risarcimento dei danni patiti a causa dell'attività illegittima della stazione appaltante sull'erroneo presupposto dell'insussistenza di qualunque danno ingiusto.

2. L'Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti -ACa-MIR si è costituita in giudizio ed ha concluso per il rigetto dell'appello.

3. La controinteressata società Pagliani Service a r.l. si è costituita in giudizio, concludendo per la reiezione dell'appello, evidenziando come la stazione appaltante abbia deciso di riservare la partecipazione alla gara in esame alle sole imprese dell'Unione europea e come, anche in ipotesi di annullamento della risposta al quesito 24, l'unico effetto possibile sarebbe la riedizione della gara.

3.1. Laddove il giudice di appello non accedesse alla tesi secondo la quale l'esclusione delle imprese con sede nei Paesi extra-UE è stata prevista dagli atti di gara e specificata nel chiarimento 24, la controinteressata ha chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea sui seguenti quesiti: *“a) se gli artt. 43 e 86 della Dir. 2014/15 ostano a una interpretazione secondo la quale la Stazione appaltante è obbligata a indicare nel bando di gara se gli operatori economici dei Paesi terzi che non hanno sottoscritto accordi di reciprocità siano ammessi oppure no alla procedura; b) se gli artt. 43 e 86 della Dir. 2014/15 ostano a una interpretazione secondo la quale nel caso in cui la Stazione appaltante non abbia*

specificato nel bando se gli operatori economici dei Paesi terzi che non hanno sottoscritto accordi di reciprocità siano ammessi oppure no alla procedura sia da intendersi nel senso della ammissione di tali operatori economici; c) se gli artt. 43 e 86 della Dir. 2014/15 ostano a una interpretazione secondo la quale la Stazione appaltante, una volta ammessi alla gara gli operatori economici dei Paesi terzi che non hanno sottoscritto accordi di reciprocità, perde il potere di escluderli; d) se gli artt. 43 e 86 della Dir. 2014/15 ostano a una interpretazione secondo la quale gli operatori economici dei Paesi terzi che non hanno sottoscritto accordi di reciprocità una volta ammessi alla gara acquisiscono il diritto di invocare i benefici della direttiva, tra i quali quello della motivazione del provvedimento di esclusione; e) se gli artt. 43 e 86 della Dir. 2014/15 ostano a una interpretazione secondo la quale la limitazione della partecipazione alle gare delle imprese di Paesi terzi opera esclusivamente nei confronti del concorrente e non anche dell'impresa ausiliaria”.

4. Con decreto presidenziale n. 4390 del 20 novembre 2024 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza, *“nelle more della definizione collegiale dell'incidente cautelare, ai soli fini dell'inibizione della stipulazione del contratto e della declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato”.*

4.1. All'udienza camerale del 5 dicembre 2024 la causa è stata rinviata, su concorde assenso delle parti, all'udienza fissata per la discussione del merito.

5. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

6. All'udienza pubblica del 27 marzo 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello è fondato e va accolto nei seguenti termini.

8. Oggetto di controversia è l'esclusione dalla gara della società appellante, ai sensi art. 90, comma 1 lett. d), del d. lgs. n. 36/2023, dal lotto 1 relativo alla 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 a base di gara pari ad euro 8.592.687,55, *“per 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”.*

8.1. I fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia possono essere così sintetizzati:

- l'art. 6.2 del disciplinare di gara prevede i requisiti di capacità economica e finanziaria, distinti in fatturato globale e fatturato specifico, e il successivo art. 6.3 prevede i requisiti di capacità tecnico professionale, ammettendo in entrambi casi la possibilità per i concorrenti di comprovarne il possesso mediante avalimento;

- l'art. 5.1.6 del bando stabilisce che l'appalto non è soggetto all'accordo sugli appalti pubblici

(AAP);

- con chiarimento n. 24 dell'11 settembre 2024, a fronte della specifica richiesta circa l'ammissibilità dell'avvalimento con aziende cinesi, la stazione appaltante ha affermato che *“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”*;

- nella seduta del 26 settembre 2024, come da verbale n. 1, il seggio di gara non ha ammesso la società Sitcar Mobility Vehicles a r.l. alla fase successiva per aver dichiarato di avvalersi dei requisiti della società HIGER BUS COMPANY LTD con sede nella Repubblica Popolare Cinese, richiamando espressamente il chiarimento reso in ordine al quesito n. 24.

8.2. Con la sentenza appellata il giudice di primo grado ha respinto il ricorso proposto dalla società appellante affermando 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”*, vale a dire l'AAP, richiamando la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dei precedenti codici dei contratti pubblici, secondo la quale *“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”*;

- il ragionamento seguito dalla richiamata giurisprudenza è estensibile anche al d.lgs. n. 36/2023, con la conseguenza che *“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”*, né a tal fine rileva in alcun modo la circostanza che sia l'ausiliaria ad avere sede nella Repubblica Popolare Cinese, atteso che *“il “possesso dei requisiti di ordine generale deve essere accertato non solo in capo all'impresa ausiliata, ma anche in capo a quella ausiliaria”*;

- anche la censura relativa alla violazione dell'art. 5.1.6 del bando di gara, laddove è stato previsto che l'appalto non è soggetto all'AAP, è infondata dovendo condividersi la prospettazione dell'amministrazione secondo la quale il suddetto articolo *“non va inteso nel senso di consentire la partecipazione alla gara anche a operatori economici di Paesi non firmatari dell'AAP”*, come chiarito nella risposta al quesito n. 24, poiché *“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", con la conseguenza che anche in assenza di un'espressa previsione della lex di gara in tal senso il bando deve ritenersi etero integrato "dall'illustrato effetto preclusivo ed escludente".

9. Il Collegio ritiene che non sia condivisibile la conclusione cui è giunto il giudice di primo grado secondo cui è legittima l'esclusione della società appellante per essersi avvalsa di una società con sede nella Repubblica Popolare Cinese poiché *"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".*

9.1. Al riguardo occorre richiamare i principi enunciati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 22 ottobre 2024, C?652/22, ribaditi e ulteriormente chiariti dalla sentenza del 13 marzo 2025, C – 266/22, vale a dire la causa cui afferiscono le conclusioni dell'Avvocato generale richiamate dalla stazione appaltante nel chiarimento n. 24.

Nella citata sentenza C- 266/22 la Corte di Giustizia ha affermato che:

- *"l'Unione è vincolata, nei confronti di taluni paesi terzi, da accordi internazionali, segnatamente l'AAP, che garantiscono, in modo reciproco e paritario, l'accesso degli operatori economici dell'Unione agli appalti pubblici in tali paesi terzi e quello degli operatori economici di detti paesi terzi agli appalti pubblici nell'Unione";*

- *"l'articolo 25 della direttiva 2014/24 riflette tali impegni internazionali dell'Unione disponendo che, nella misura in cui sono contemplati dall'AAP e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, gli enti aggiudicatori degli Stati membri devono accordare agli operatori economici dei paesi terzi che sono parti di un siffatto accordo un trattamento non meno favorevole di quello concesso agli operatori economici dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2024, Kolin In?aat Turizm Sanayi ve Ticaret, C?652/22, EU:C:2024:910, punti 41 e 42);*

- *"la direttiva 2014/24 deve essere intesa nel senso che l'accesso degli operatori economici dei paesi terzi di cui al punto 57 - cioè quelli che non hanno sottoscritto l'AAP - della presente sentenza alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione non è garantito. Ciò implica che tali operatori possono o essere esclusi da tali procedure o esservi ammessi pur non potendo avvalersi di tale direttiva ed esigere pari trattamento della loro offerta rispetto a quelle presentate dagli offerenti degli Stati membri e dagli offerenti dei paesi terzi di cui all'articolo 25 di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2024, Kolin In?aat Turizm Sanayi ve Ticaret, C?652/22, EU:C:2024:910, punti 45 e 47);*

- *"solo l'Unione è competente ad adottare un atto di portata generale riguardante l'accesso, al suo interno, alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici degli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso con l'Unione un accordo internazionale che garantisca l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici, istituendo o un regime di accesso garantito*

a tali procedure in favore di detti operatori economici, o un regime che li escluda o che preveda un adeguamento del punteggio risultante dal confronto delle loro offerte con quelle presentate da altri operatori economici (sentenza del 22 ottobre 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, punto 61)”;

- “in assenza di atti adottati dall’Unione, spetta all’ente aggiudicatore valutare se debbano essere ammessi a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico gli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso con l’Unione un accordo internazionale tale da garantire l’accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici e, qualora ne decida l’ammissione, se si debba prevedere un adeguamento del punteggio risultante dal confronto tra le offerte presentate dagli operatori in parola e quelle presentate da altri operatori (sentenza del 22 ottobre 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, punto 63)”;

- “l’ente aggiudicatore ha la facoltà di indicare, nei documenti di gara, modalità di trattamento intese a riflettere la differenza oggettiva tra la situazione giuridica di detti operatori, da un lato, e quella degli operatori economici dell’Unione e dei paesi terzi che hanno concluso con l’Unione un siffatto accordo, ai sensi del citato articolo 25, dall’altro. Pur essendo concepibile che tali modalità di trattamento debbano essere conformi a taluni principi e requisiti, come quelli di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, un ricorso volto a denunciare la violazione di siffatti principi da parte dell’amministrazione aggiudicatrice può essere esaminato solo alla luce del diritto nazionale e non alla luce del diritto dell’Unione (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, punti 64 e 66)”;

9.2. Facendo applicazione dei principi enunciati dalle richiamate sentenze della Corte di Giustizia – che esimono il Collegio dal formulare l’ulteriore rinvio ex art. 267 TFUE richiesto dalla controinteressata - alla fattispecie in esame il Collegio ritiene che se è vero che un operatore economico – ovvero il suo ausiliario - ubicato in un Paese non firmatario dell’AAP può certamente essere escluso dalla singola stazione appaltante, ciò non può avvenire, a differenza di quanto affermato dal giudice di primo grado, in virtù di una norma di carattere generale né di fonte unionale, né di fonte nazionale.

Infatti, alla luce delle richiamate sentenze della Corte di Giustizia e del tenore letterale dell’art. 69 del d.lgs. n. 36/2023, ad avviso del Collegio, non si può interpretare, a differenza di quanto sostenuto dalla stazione appaltante e condiviso dal giudice di primo grado sulla base della giurisprudenza formatasi nella vigenza dei precedenti codici, la detta disposizione come volta a consentire la partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici extra UE, solo a condizione di reciprocità, nei limiti definiti “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” e limitatamente “agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi”.

Il principio evincibile dalla citata disposizione e desumibile dalle linee guida della Commissione europea sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti della UE, nonché dalle citate sentenze della Corte di Giustizia, è 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 tali imprese dalla gara.

Né sulla detta conclusione rileva il fatto che si tratti dell'impresa ausiliaria e non di quella ausiliata, atteso che la prima non può essere considerata un 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, cosicché tale impegno finisce per costituire presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione (art. 104, comma 7, D. Lgs. 36/2023).

9.3. Da tutte le esposte ragioni discende che l'esclusione della società appellante dalla procedura, basata sulla mancanza dei requisiti ex art. 6.2 e 6.3 per essere vietata la partecipazione, anche in veste di ausiliaria, di un'impresa avente sede nella Repubblica Popolare Cinese, non firmataria dell'AAP, non è legittima.

9.4. Infine, ad avviso del Collegio, non può accedersi alla prospettazione esplicitata dalla stazione appaltante in sede di giudizio e condivisa dal giudice di primo grado, secondo la quale, atteso che l'allegato 2 dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP - relativo agli appalti degli enti governativi sub-centrali, tra i quali rientrano tutte le autorità contraenti regionali e locali - prevede che sono considerati appalti non coperti dall'accordo quelli relativi ai veicoli a motore ivi indicati, come descritti in alcuni capitoli della Nomenclatura Combinata-NC, ed in particolare quelli relativi agli autoveicoli adibiti al trasporto di dieci o più persone, compreso il conducente di cui al capitolo 8702, dalla previsione dell'art. 5.1.6 del bando discenderebbe che per l'appalto in questione non vigerebbe l'obbligo per la stazione appaltante, previsto dall'art. 69 del d.lgs. n. 36/2023, di applicare "agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice".

9.5. A prescindere dal fatto che tale motivazione è stata articolata esclusivamente in sede giudiziale e che non trova alcun riscontro nel provvedimento di esclusione, la stessa appare in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, nonché, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza C-652/22, di trasparenza e del *clare loqui*, posto che dal tenore letterale del bando e del disciplinare di gara non emerge che la procedura in questione sarebbe sottratta anche all'operatività del principio di reciprocità ex art. 69 del d.lgs. n. 36/2023, pure nell'ipotesi in cui l'operatore economico abbia sede in Paese extra UE sottoscrittore dell'AAP. Né tanto meno tale motivazione risulta esplicitata nel provvedimento di esclusione ovvero desumibile dal chiarimento n. 24.

10. Per le esposte considerazioni, pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso con conseguente annullamento della esclusione della società appellante e di non ammissione alla successiva fase di valutazione delle offerte tecnico-economiche.

L'intervenuto annullamento dell'esclusione per difetto di motivazione, non potendosi la stessa

fondare sul divieto normativamente previsto di partecipazione alla gara di un'impresa anche ausiliaria con sede in Paese extra UE non firmatario dell'AAP, lungi dal conferire alla società appellante 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'esclusione alla luce dei principi enunciati nella presente decisione.

11. L'annullamento dell'esclusione dalla gara, di per sé solo, non dà luogo al risarcimento del danno, atteso il necessario rinnovo delle operazioni di gara e la mancata dimostrazione allo stato da parte dell'appellante di avere in astratto titolo all'aggiudicazione. Né a tal fine assumono rilevanza i fatti intervenuti successivamente alla riammissione con riserva alla procedura dell'appellante, all'esito del decreto presidenziale monocratico adottato in primo grado, di cui la stessa Sitcar dà conto in sede di ricorso in appello senza inferirne alcuna incidenza sul presente giudizio.

12. Attesa la complessità della questione controversa, nonché l'esito differente dei giudizi in primo e secondo grado, sussistono giusti motivi per compensare le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla società appellante nei termini di cui in motivazione

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere