

Esclusione da gara per avvalimento con impresa extra-UE e limiti dell'automatismo espulsivo

di Riccardo Renzi

Data di pubblicazione: 23-7-2025

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.

[L]’intervenuto annullamento dell’esclusione per difetto di motivazione [...] 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.

In nessun caso [...] può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Guida alla lettura

La sentenza n. 4695/2025 del TAR Campania affronta una complessa vicenda procedimentale nell'ambito di una gara per la fornitura di autobus, nella quale l'esclusione di un concorrente era stata motivata sull'assunto che l'impresa ausiliaria, con sede in Cina, non potesse partecipare per mancata adesione dello Stato di appartenenza all'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP). Il TAR prende atto della pronuncia del **Consiglio di Stato (n. 3721/2025)**, si rinvia al commento a firma di Riccardo Renzi visionabile al seguente link: <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5601>) che ha chiarito **l'illegittimità di esclusioni automatiche fondate su tale presupposto normativo generale**. Viene così **annullata l'aggiudicazione intervenuta in pendenza del ricorso e fondata su un'esclusione a monte ormai caducata**. Rilevante anche il rigetto del ricorso incidentale, che si confronta con i limiti dell'azione amministrativa non ancora esercitata e con il principio di non sindacabilità giurisdizionale di attività future. La decisione offre spunti sistemici su diritto UE, discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza.

La sentenza si colloca all'interno di un contenzioso complesso, sviluppatosi su più gradi di giudizio, relativo all'esclusione della società Sitcar Mobility Vehicles S.r.l. da una gara europea per l'aggiudicazione di un accordo quadro per la fornitura di autobus. L'esclusione era stata motivata dalla stazione appaltante (ACaMIR) sul presupposto che l'impresa ausiliaria Higer, con sede nella Repubblica Popolare Cinese, non potesse essere legittimamente coinvolta nella procedura, trattandosi di operatore di Paese non aderente all'AAP (Accordo sugli Appalti Pubblici) di cui all'allegato IV all'Accordo istitutivo del WTO.

L'aggiudicazione impugnata è intervenuta nonostante la riammissione provvisoria della Sitcar,

in esecuzione di provvedimenti cautelari del Consiglio di Stato, che successivamente – con la sentenza n. 3721/2025 – ha annullato l'esclusione.

Il principio di non automatismo espulsivo e la prevalenza del diritto UE

Elemento centrale della decisione è il riconoscimento, da parte del TAR, dell'autorità del precedente del Consiglio di Stato, che aveva dichiarato illegittima l'esclusione automatica di operatori economici extra-UE sulla base di previsioni di carattere generale. Richiamando le sentenze della **Corte di Giustizia UE** (nelle cause **C-652/22** e **C-266/22**), la pronuncia ribadisce che: *i) l'esclusione degli operatori extra-UE non aderenti all'AAP non è automatica; ii) può avvenire solo sulla base di una valutazione caso per caso da parte della stazione appaltante, con motivazione specifica; iii) l'art. 69 del d.lgs. 36/2023 non introduce un divieto assoluto, ma riconosce un potere selettivo.*

Questa impostazione si fonda su un principio già consolidato in giurisprudenza: **le stazioni appaltanti possono limitare l'accesso di operatori economici extra-UE solo in presenza di motivazioni concrete e proporzionate**, in ossequio ai **principi** di diritto europeo (**non discriminazione, proporzionalità, trasparenza**).

Il sindacato sul provvedimento di aggiudicazione e l'illegittimità derivata

Con una motivazione lineare, il TAR riconosce che l'aggiudicazione impugnata dalla Sitcar è **illegittima in via derivata**, in quanto fondata su un presupposto esclusivo (l'estromissione della ricorrente dalla procedura) già annullato. Pertanto, la Stazione Appaltante dovrà **riesaminare la posizione della concorrente**, tenendo conto del *dictum* del Consiglio di Stato e senza applicare meccanismi espulsivi generalizzati. Il giudice non impone l'aggiudicazione in favore della ricorrente, ma rimette la decisione all'amministrazione, riaffermando la **centralità del principio di autoresponsabilità e di discrezionalità tecnica**, che però non può mai esercitarsi in contrasto con i principi eurounitari.

Limiti del ricorso incidentale e preclusione per mancato esercizio del potere amministrativo

Il ricorso incidentale, promosso dall'aggiudicataria Pagliani Service s.r.l., è ritenuto in parte **inammissibile** in quanto volto a sindacare un'attività amministrativa (valutazione dell'idoneità del contratto di avvalimento) non ancora esercitata; inoltre, lo stesso, anticipa doglianze relative a profili istruttori che la S.A. non ha ancora preso in considerazione per effetto dell'immediata esclusione della concorrente.

Tale approccio si allinea alla giurisprudenza costante in materia di **divieto di sindacato giurisdizionale su atti non ancora adottati**, ex art. 34, comma 2, c.p.a.

Sulla *par condicio* e l'efficacia dei chiarimenti della stazione appaltante

Ulteriore profilo affrontato è quello dell'asserita violazione del principio di concorrenza, sollevata in via subordinata dalla controinteressata. Secondo quest'ultima, il chiarimento reso

dalla S.A. sull'avvalimento di imprese cinesi avrebbe falsato il confronto competitivo, inducendola a formulare un'offerta meno aggressiva. Il TAR, correttamente, respinge la doglianza rilevando che il chiarimento fornito era coerente con la *lex specialis* vigente; inoltre l'esclusione operata nei confronti di Sitcar è stata oggetto di contenzioso autonomo e non dipende da una condotta discriminatoria della S.A.; infine non vi è stato alcun "*favor*" verso chi ha violato le regole, trattandosi di effetto derivante da una pronuncia giurisdizionale che ha riformato l'originaria esclusione.

Effetti conformativi e tutela in forma specifica

Il dispositivo finale dispone **l'annullamento dell'aggiudicazione** e l'obbligo per ACAMIR di **rideterminarsi sull'esclusione**, escludendo ogni automatismo e tenendo conto dei principi eurounitari. Resta aperta la possibilità per la S.A. di adottare un nuovo provvedimento motivato, anche sfavorevole, ma fondato su un'istruttoria completa. Non viene invece accolta alcuna pretesa risarcitoria in forma specifica o per equivalente, coerentemente con l'assetto ancora aperto della procedura.

Conclusioni

La sentenza n. 4695/2025 del TAR Campania si segnala per l'approccio rigoroso e rispettoso del **principio di legalità sostanziale**, ponendo un **argine agli automatismi espulsivi in materia di appalti e avvalimento internazionale**. Essa: *i)* valorizza la giurisprudenza europea sul libero accesso al mercato degli appalti pubblici; *ii)* conferma il sindacato solo eventuale e successivo sull'idoneità delle ausiliarie; *iii)* sancisce l'obbligo per le amministrazioni di motivare espressamente ogni esclusione fondata sulla provenienza geografica del soggetto ausiliario.

In definitiva, si tratta di una pronuncia importante in tema di **rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, limiti del potere espulsivo** della stazione appaltante e **giustiziabilità degli atti di gara**, destinata ad avere ricadute anche su gare analoghe.

Publicato il 23/06/2025

N. 04695/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01150/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1150 del 2025, 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

Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e 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

Powerbus S.r.l., non costituito in giudizio;

Pagliani Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori, con domicilio eletto presso lo studio Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Lungotevere dei Mellini;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione del direttore generale ACaMIR n. 12 del 05.02.2025 recante approvazione delle risultanze di gara, presa d'atto delle verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale e di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale e aggiudicazione in favore del concorrente Pagliani Service s.r.l., ai sensi dell'art. 17, comma 5 del d.lgs. n. 36/2023, della gara europea, a procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023, 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);

- della relazione istruttoria del Responsabile della fase di affidamento, prot. n. 53/INT del 05.02.2025 così come richiamata nella determina n. 12/2025 sopra citata;

- della proposta del Responsabile Unico di Progetto, n. 55/INT del 05.02.2025 come risultante dai verbali della Commissione Giudicatrice, prot. INT n. 868/2024;
- della comunicazione prot. n. 675/2025 del 07.02.2025 indirizzata alla ricorrente recante comunicazione ai sensi dell'art. 90, comma 1 del d.lgs. n. 36/2023;
- della determinazione del direttore generale ACaMIR n. 510 del 04.11.2024 con la quale è stata sospesa l'efficacia della precedente determinazione n. 475 del 14.10.2024 (recante riammissione con riserva della ricorrente Sitcar Mobility Vehicles Srl alla fase di valutazione dell'offerta tecnica ed economica relativa al lotto di gara n. 1 CIG B2B9231C80 CUP B29I23001520009) ed è stata, per l'effetto, esclusa la ricorrente Sitcar Mobility Vehicles Srl dalla fase di valutazione dell'offerta tecnica ed economica relativa al lotto di gara n. 1 di cui sopra, ed è stato conseguentemente rimodulato, sempre relativamente al lotto di gara n. 1, il quadro degli operatori ammessi alla fase di valutazione dell'offerta tecnica ed economica;
- della nota prot. n. 6662/2024 del 06.11.2024 indirizzata alla ricorrente recante comunicazione esclusione gara ex art. 90, comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 e annullamento richiesta giustificazioni offerta anormalmente bassa presentata in sede di gara, riferimento nota prot. 6585/2024;
- del verbale della seduta pubblica della Commissione giudicatrice del 05.11.2024, recante Presa d'atto provvedimento TAR – nuova graduatoria, nella quale la Commissione ha proceduto, fra l'altro:
 - a) a modificare le risultanze di cui ai verbali numero 5, 6 e 7 nonché ad escludere dalla valutazione dell'offerta tecnica ed economica il concorrente Sitcar Mobility Vehicles S.r.l. ed a riparametrare le valutazioni rispetto ai due concorrenti Pagliani Service Srl e Powerbus Srl;
 - b) al ricalcolo della graduatoria finale, dando atto che trattandosi di soli due candidati non si procede al calcolo della soglia di anomalia;
 - c) a proporre l'aggiudicazione della gara a favore del concorrente "Pagliani Service s.r.l. nonché per quanto occorrer possa
- degli atti già in precedenza impugnati dinnanzi al suintestato TAR e tuttora sub iudice con procedimento pendente innanzi al Consiglio di Stato NRG 8632/2024-Sez. IV come di seguito elencati:
- 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 atti/verbali che abbiano disposto nelle more della presente impugnativa l'affidamento/esecuzione e/o stipulazione del contratto di appalto con la ditta aggiudicataria;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto;

nonché per il reinserimento:

- della società Sitcar Mobility Vehicles Srl al primo posto della graduatoria di gara per il Lotto n. 1 ed attribuzione del medesimo punteggio assegnato dalla Commissione giudicatrice in data 30.10.2024 e riprodotto nel relativo verbale di seduta, e per la conferma dei punteggi in quella sede assegnati ai concorrenti o, ancora, in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura di gara per illegittimità del bando di gara e del disciplinare di gara, delle 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 e dell'illegittima aggiudicazione a favore della controinteressata Pagliani Service s.r.l., ove in corso di causa la pretesa al conseguimento dell'aggiudicazione dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierna ricorrente;

nonché

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

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Pagliani Service s.r.l. il 24/3/2025:

per l'annullamento:

- del provvedimento con il quale la PA non ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento tra Sitcar e la Higer, non ha escluso la ricorrente per violazione degli artt. 11, 95, 98 e 102 del Codice, e per violazione dell'art. 6.1. del Disciplinare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pagliani Service S.r.l. e di Agenzia Campana Mobilità

Infratrutture e Reti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2025 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La ricorrente Sitcar Mobility Vehicles s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata Pagliani Service s.r.l. del lotto n. 1 della gara europea avente a oggetto la stipula 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.

2. – L'aggiudicazione disposta dalla resistente ACAMIR (Agenzia Campana per la Mobilità, le Infrastrutture e le Reti), sarebbe illegittima, in sintesi, secondo quanto dedotto dalla Sitcar s.r.l.:

- siccome *“intervenuta in pendenza di gravame avverso la sentenza avente ad oggetto la declaratoria di illegittimità dell'esclusione della ricorrente Sitcar dalla gara e, per giunta, dopo che la ricorrente era stata riammessa dalla stessa S.A. (in esecuzione dei decreti cautelari emessi dal Giudice di primo grado e dello stesso Consiglio di Stato), classificandosi addirittura al primo posto della graduatoria”* (motivo sub I);

- in via derivata, propagandosi alla delibera di aggiudicazione i vizi che affliggono l'esclusione, impugnata in altro giudizio, all'epoca pendente innanzi alla Sezione IV del Consiglio di Stato (NRG 8632/2024) (motivo sub II).

3. – Si sono costituite in giudizio ACAMIR, in resistenza, e Pagliani Service s.r.l., entrambe chiedendo la reiezione del ricorso.

La controinteressata ha spiegato ricorso incidentale, depositato il 24 marzo 2025, impugnando il provvedimento con il quale la P.A. non ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento tra Sitcar e la Higer (I motivo) e non ha escluso la ricorrente per violazione degli artt. 11, 95, 98 e 102 del Codice (II motivo); ha inoltre dedotto violazione dell'art. 6.1. del Disciplinare (III motivo) chiedendo, in via subordinata, l'annullamento dell'intera gara (IV motivo).

4. – In vista dell'udienza pubblica del 7 maggio 2025 ACAMIR ha depositato memoria, concludendo per la reiezione del ricorso introduttivo e del ricorso incidentale; la società ricorrente ha depositato la decisione del Consiglio di Stato (Sez. V, 2 maggio 2025, n. 3721) con la quale è stata riformata la sentenza in forma semplificata resa da questo T.A.R. (sez. I,

n. 5876/2024) di reiezione del ricorso proposto dalla Sitcar s.r.l. avverso l'esclusione dalla procedura per cui si controverte.

5. – Pare evidente, dunque, ai fini del decidere, la necessità di prendere le mosse dalla disamina della suddetta sentenza del Consiglio di Stato (n. 3721/205), che ha dichiarato illegittima la motivazione della presupposta esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara per cui si controverte, *“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”* (Accordo sugli Appalti Pubblici contenuto nell’allegato IV all’Accordo istitutivo del W.T.O.).

5.1. – Il Giudice d’Appello, premesso che la società ricorrente ha partecipato al *cit.* lotto 1 dichiarando di avvalersi dell’ausiliaria Higer Bus Company LTD con sede nella Repubblica Popolare Cinese, ha fondato la sua decisione sulla *“applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nella sentenza del 22 ottobre 2024, C652/22, ribaditi e ulteriormente chiariti dalla sentenza del 13 marzo 2025, C – 266/22”*, deducendone 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”* (p. 11).

È stata disattesa, altresì, la 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”*.

5.2. – L’esclusione della odierna ricorrente 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, deve, dunque, considerarsi illegittima, posto 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”* (p. 12).

5.3. – Ne deriva, per quanto di interesse, l’illegittimità, in via derivata, dell’aggiudicazione impugnata con l’odierno ricorso principale, la quale riposa e presuppone un provvedimento di esclusione della ricorrente viziato nei sensi chiariti dalla *cit.* pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale, peraltro, si trova puntualizzato che *“[L]’intervenuto annullamento dell’esclusione per difetto di motivazione [...] 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" (Cons. Stato, n. 3721/2025, cit.).

6. – Vanno ora indagate le censure formulate dalla controinteressata con il ricorso incidentale.

7. – I primi tre motivi, appuntandosi sulle descritte criticità del contratto di avvalimento stipulato dalla ricorrente Sitcar s.r.l. – irrisorietà del corrispettivo (*sub I*), non “credibilità” del contratto giacché non consentirebbe l’applicazione dell’indicato C.C.N.L. ai lavoratori cinesi (*sub II*) – e sul *deficit* di requisiti dell’ausiliaria cinese poiché non iscritta alla CCIAA (né in registro equivalente: *sub III*), come condivisibilmente eccepito dalla difesa di ACAMIR, devono ritenersi inammissibili in quanto volte a contestare la legittimità di un’attività procedimentale al cui esercizio l’Amministrazione non è ancora pervenuta, con conseguente preclusione in capo al G.A. il quale, come risaputo, “*in nessun caso [...] può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*” da parte della P.A. (art. 34, comma 2, c.p.a.).

7.1. – La S.A., infatti, si è di fatto arrestata all’individuazione della causa di esclusione su cui si fonda l’avversata determinazione del D.G. n. 467 del 10.10.2024, essendo mancata, nel prosieguo, la possibilità di approfondire, sul piano istruttorio, la posizione della società ricorrente giacché, a seguito del decreto cautelare n. 1986/2024 di questo T.A.R., è intervenuta la sentenza breve di rigetto del ricorso introduttivo del presupposto giudizio N.R.G. 4912/2024. L’asserita mancata valutazione della legittimità del contratto di avvalimento afferisce ad un momento procedimentale cui il seggio di gara non è prevenuto, essendo intervenuta la immediata esclusione determinata dalla appartenenza dell’ausiliaria ad uno Stato non rientrante nell’Unione europea (e per giunta non firmatario dell’AAP), deliberata 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. – Priva di fondamento, da ultimo, la doglianza, subordinata, con la quale la ricorrente in via incidentale deduce che il “*confronto competitivo risulta, quindi, irrimediabilmente alterato*” per effetto di un chiarimento reso dalla S.A. (n. 24, riguardante l’esclusione dell’ausiliaria avente sede nella Repubblica Popolare Cinese, Paese non firmatario dell’AAP), per adeguarsi al quale sarebbe stata costretta “*a formulare un’offerta meno competitiva rispetto a quella che avrebbe fatto ove avesse utilizzato anch’essa l’avvalimento di un’impresa cinese*”.

8.1. – Nessun *vulnus* ai principi di concorrenza e *par condicio* è dato riscontrare, all’opposto, nel caso in esame, attesa la chiarezza della riposta resa dalla S.A. e, soprattutto, la coerente condotta da quest’ultima serbata – avendo ACAMIR escluso l’operatore economico che ha partecipato mediante avvalimento in violazione delle regole della *lex specialis*, con la conseguenza che il contestato “*vantaggio dell’unico concorrente che ha deciso di violare le chiare indicazioni date dalla SA*” non deriva da determinazioni della P.A. (essendo ascrivibile agli esiti del contenzioso avviato dalla ricorrente esclusa in prima battuta).

9. – Per le ragioni di cui si è dato sinteticamente conto sopra, il ricorso principale è fondato e va accolto nei sensi chiariti, da tanto conseguendo, sul piano conformativo, che la S.A. dovrà “*rideterminarsi sull’esclusione*” della società ricorrente evitando illegittimi automatismi espulsivi

e tenendo conto dei principi enunciati nella pronuncia del Giudice d'Appello.

Il ricorso incidentale, invece, è in parte inammissibile e in parte infondato.

10. – Le spese, attese le peculiarità della controversia e la complessità delle questioni toccate, possono essere compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così dispone:

- accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnata aggiudicazione di cui alla determinazione del D.G. di ACaMIR n. 12 del 05.02.2025, disponendo che la S.A. si ridetermini, secondo quanto indicato, sull'esclusione della società ricorrente;

- in parte dichiara inammissibile e in parte rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

Fabio Di Lorenzo, Primo Referendario