

# La partecipazione alle procedure pubbliche di appalto e di concessione soggetti al Codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii. da parte di operatori economici ubicati al di fuori dell'Unione Europea alla luce della sentenza CGUE, sez. I

di Roberto Damonte, Marco Bersi

Data di pubblicazione: 1-4-2025

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La Comunicazione della Commissione Europea «*Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di Paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE*» (2019/C 271/02). – 3. I precedenti della CGUE. – 4. La Corte di Giustizia Europea, Sez. IV 13.3.2025 in causa C-266/22. – 5. Qualche dubbio in merito all'irreprensibilità dell'approccio ermeneutico della Corte di Giustizia UE. – 6. La giurisprudenza italiana in materia. – 6.1 L'art. 47 del d.lgs. n. 163/2006 e il principio di reciprocità. - 6.2. L'art. 49 del d.lgs. n. 50/2016 e il principio di reciprocità e per gli appalti di fornitura la rilevanza del luogo di provenienza dei beni. L'obbligo di motivazione ex art. 137 del medesimo decreto legislativo. – 6.3. Appalti di Paesi non UE e cenni alla disciplina in materia di misure restrittive imposte dalle Istituzioni unionali a Paesi, persone giuridiche o persone fisiche straniere. – 6.4. L'art. 69 d.lgs. n. 36/2023. – 7. Conclusioni e spunti di riflessione.

## 1. Premessa

Il problema dell'ammissibilità di offerte provenienti da operatori economici ubicati in nazioni non appartenenti all'UE è certamente risalente.

Per approssimazione possiamo partire dalla **Decisione del Consiglio 22.12.1994, n. 94/800/CE** con la quale l'Unione ha approvato gli accordi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio scaturiti dall'Uruguay Round (1986-1994). Tra i vari accordi colà stipulati troviamo l'accordo sugli appalti pubblici detto («AAP») che è stato successivamente modificato e poi reso vincolante per parte europea dalla **Decisione del Consiglio 2.12.2013, n. 2014/115/UE**.

In particolare, se ci limitiamo alla **Direttiva 24/14/UE** rileviamo che:

- il **18° Considerando** precisa che: *“L'AAP si applica agli appalti che superano determinate soglie, stabilite nell'AAP stesso ed espresse in diritti speciali di prelievo. Le soglie stabilite nella presente direttiva dovrebbero essere allineate in modo da garantire che corrispondano al controvalore in euro delle soglie indicate nell'AAP. È altresì opportuno prevedere una revisione periodica delle soglie espresse in euro al*

*fine di adeguarle, attraverso un'operazione meramente matematica, alle eventuali variazioni del valore dell'euro rispetto a tali diritti speciali di prelievo. Oltre ai suddetti adeguamenti matematici periodici, durante il prossimo ciclo di negoziati si dovrebbe valutare se aumentare le soglie stabilite nell'AAP';*

- nel **98° Considerando** si trova il caveat secondo il quale i criteri di aggiudicazione “[...] non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'AAP o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali le tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva”;
- l'**art. 25** stabilisce 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'AAPe 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”.

**Quest'ultima previsione** – qui si anticipa – è **pressoché allineata a quanto statuito dall'art. 69 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 26**: “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”.

Analoghe previsioni sono contenute nella **Direttiva 2014/25/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle **procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali** rispettivamente ai **Considerando nn. 28, 103** e all'**art. 43**.

Per le **concessioni** di cui alla **Direttiva 25/2014/UE**, invece, la **disciplina** - ad avviso di chi scrive - è **meno puntuale**, sennonché **si può inferire che sia suscumbibile a quanto detto sopra in relazione agli appalti dalla lettura del Considerando n. 65**: “I criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione della concessione riguardanti aspetti sociali del processo di produzione dovrebbero essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare diretta mente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'accordo dell'Organizzazione mondiale del commercio sugli appalti pubblici («AAP») o degli accordi sul libero scambio a i quali l'Unione aderisce”.

## **2. La Comunicazione della Commissione Europea «Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di Paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE»**

**(2019/C 271/02)**

L'atto rubricato è intervenuto a seguito della Riunione del Consiglio europeo del 21 e 22 marzo 2019, EUCO 1/19 in esito della quale venne emessa la comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio avente titolo «UE-Cina – Una prospettiva strategica», che invitava ad un “*approccio proattivo per rafforzare la sua competitività economica e garantire condizioni di parità*”.

Al di là che i rapporti con la Cina si sono raffreddati e che i fondamenti delle relazioni politiche internazionali paiono essere radicalmente cangiati nell'arco dell'ultimo lustro, pur in assenza di identificabili rilevanti modificazioni sul piano del diritto pubblico internazionale, la Comunicazione 2019/C 271/02 contiene comunque utili indicazioni sulla partecipazione di imprese provenienti da Paesi extra UE ad appalti in Italia e, in più in generale, nell'Unione Europea.

La Commissione chiarisce, innanzitutto, che: “*Nel contesto internazionale, i trattati conclusi dall'UE definiscono i soggetti che hanno accesso garantito al mercato degli appalti dell'UE. Il principale trattato rilevante è l'accordo sugli appalti pubblici (AAP), che apre il mercato degli appalti dell'UE alle altre parti dell'accordo. Inoltre, diversi accordi di libero scambio (ALS) dell'UE contengono capitoli sugli appalti*” e precisava che: “*Attualmente, 20 paesi fanno parte dell'AAP: l'UE, per quanto concerne i suoi 28 Stati membri; Armenia; Australia; Canada; Taipei cinese; Hong Kong (Cina); Islanda; Israele; Giappone; Liechtenstein; Montenegro; Moldova; Norvegia; Nuova Zelanda; Corea del Sud; Singapore; Svizzera; Ucraina; Stati Uniti; e Paesi Bassi (con riferimento ad Aruba)*”<sup>[1]</sup>.

La Comunicazione espone, poi, che gli elementi connotanti l'AAP “*non si applicano automaticamente a tutti gli appalti pubblici delle parti*” e ciò tenendo conto che “*L'AAP e gli ALS sono composti da due parti:*

*a) un testo giuridico con norme sui principi e sulle procedure; e*

*b) gli impegni di copertura di ciascuna parte.*

*Gli impegni di copertura determinano quali enti pubblici sono tenuti a rispettare le norme concordate e in che misura i loro appalti di beni e servizi siano aperti alla partecipazione degli operatori economici delle altre parti dell'AAP o dei partner degli ALS (e ai loro beni e servizi).*

*Sono contemplati soltanto gli appalti che superano i valori soglia specifici indicati negli impegni di copertura di ciascuna parte.*

*I prospetti degli impegni di copertura del mercato dell'UE sono specificati negli allegati dell'appendice I dell'AAP e nei relativi allegati dei rispettivi ALS. Verificando tali fonti, un committente pubblico può determinare se un offerente (o i suoi beni e servizi) abbia accesso garantito ai propri appalti”.*

Fatta questa premessa sono enucleati i seguenti punti cardine della disciplina:

- I. per **tutte le tipologie di procedura di appalto** i *“committenti pubblici dovrebbero verificare se un offerente di un paese terzo sia contemplato dall'AAP o da un accordo bilaterale. Nel caso in cui non lo sia, non avrà un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE”*;
- II. per gli **appalti di forniture** *“I committenti pubblici dovrebbero verificare se oltre il 50 % dei prodotti offerti in un appalto di forniture sia originario di paesi terzi. Laddove tali paesi terzi non siano contemplati dall'AAP o da un accordo bilaterale, l'offerta può essere respinta”*;
- III. gli **appalti dei settori della difesa e della sicurezza** sono esclusi dall'AAP;
- IV. in **sede di verifica dell'anomalia dell'offerta** *“I committenti pubblici sono inoltre incoraggiati ad accertarsi se l'offerta rispetti gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro [...]”*.

### 3. I precedenti della CGUE

Un recente precedente rinvenuto è quello della **sentenza della CGUE, Sezione Grande, 22 ottobre 2024, C-652/22** relativa alla partecipazione di un'impresa turca ad un appalto indetto da una stazione appaltante croata in ambito ferroviario e, quindi, in applicazione della Direttiva 2014/25/UE.

In tale occasione, la Corte di Giustizia dell'Unione ha acclarato che **la partecipazione di operatori economici aventi sede in una Nazione che non ha stipulato l'AAP a gare indette da stazioni appaltanti di Paesi dell'Unione non è vietata dal diritto unionale, ma tale operatore economico, per contro, non può esigere, avvalendosi della direttiva medesima, che sia tenuto in suo favore un trattamento paritario rispetto a quello serbato per gli offerenti degli Stati membri e per gli offerenti dei Paesi terzi di cui all'articolo 43 della direttiva stessa. Diversamente interpretando – aggiunge la Corte – si avrebbe l'effetto di conferire agli operatori economici dei Paesi non firmatari dell'AAP *“un diritto a un trattamento non meno favorevole in violazione dell'articolo 43 della direttiva medesima, il quale limita il beneficio di tale diritto agli operatori economici di paesi terzi che abbiano concluso con l'Unione un accordo internazionale come quelli previsti da tale articolo”*.**

Quindi ***“il diritto riconosciuto dall'Unione a «qualsiasi operatore economico interessato» di presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara nell'ambito di una procedura aperta di aggiudicazione di un appalto pubblico nell'Unione non si estende agli operatori economici dei paesi terzi che non hanno concluso un siffatto accordo internazionale con l'Unione”***.

Ciò nonostante, uno Stato membro non ha la possibilità di prestabilire a livello generale la parità di trattamento di un operatore economico avente sede in uno Stato non firmatario dell'AAP con gli operatori economici avente sede nell'Unione perché **la politica commerciale**

**comune rientra nella competenza esclusiva delle istituzioni eurounitarie** in quanto *“qualsiasi atto di portata generale avente per obiettivo specifico di stabilire le modalità con le quali gli operatori economici di un paese terzo possono partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell’Unione è idoneo ad avere effetti diretti e immediati sugli scambi di merci e di servizi tra tale paese terzo e l’Unione, cosicché esso rientra nella competenza esclusiva dell’Unione”*.

Quindi spetta esclusivamente *“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”*, fermo restando che **residua comunque l’astratta possibilità da parte degli operatori di Paesi non firmatari dell’accordo e che hanno partecipato ad una procedura di gara unionale di dolersi delle modalità di trattamento per violazione di norme poste a presidio di “*taluni requisiti, come quelli di trasparenza o di proporzionalità*”**, ma solo se concernono la violazione di norme appartenenti al diritto nazionale e non di quello dell’Unione.

#### **4. La Corte di Giustizia Europea, Sez. IV 13.3.2025 in causa C-266/22**

La controversia oggetto della decisione in rubrica è sorta in Romania ove, nell’ambito di una procedura di appalto avente ad oggetto la fornitura di treni e la prestazione di servizi di manutenzione e riparazione di tali treni, ha partecipato in consorzio una società avente sede in Cina.

Senonché, la **legge rumena** definisce **operatore economico** - ossia chi può partecipare ad una procedura di appalto pubblico - un soggetto avente le seguenti caratteristiche: *“qualsiasi persona fisica o giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, oppure raggruppamento o associazione di tali persone, inclusa qualsiasi associazione temporanea tra due o più di tali soggetti, che offre in modo lecito sul mercato l’esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi, e che sia stabilito/a in:*

- i) uno Stato membro dell’Unione;*
- ii) uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE);*
- iii) paesi terzi che hanno ratificato l’AAP, nei limiti in cui l’appalto pubblico aggiudicato rientra nell’ambito di applicazione degli allegati 1, 2, 4 e 5, 6 e 7 all’appendice I dell’AAP;*
- iv) paesi terzi in via di adesione all’Unione;*
- v) paesi terzi che non rientrano nell’ambito di applicazione del punto iii), ma che sono firmatari di altri accordi internazionali che obbligano l’Unione a concedere il libero accesso al*

*mercato degli appalti pubblici”.*

**Quindi, in forza del diritto nazionale rumeno, il consorzio era costituito da un’entità non qualificabile come operatore economico e, quindi, non idoneo a partecipare alla procedura selettiva pubblica.**

La Corte UE in linea con la sentenza del 2022 premette che:

- l’articolo 25 della direttiva 2014/24 è redatto in termini equivalenti a quelli dell’articolo 43 della direttiva 2014/25;

- *“Il diritto conferito, dall’articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, a «qualsiasi operatore economico interessato» di presentare un’offerta in risposta a un avviso di indizione di gara nell’ambito di una procedura aperta di aggiudicazione di un appalto pubblico nell’Unione non si estende agli operatori economici dei paesi terzi che non hanno concluso un siffatto accordo internazionale con l’Unione. Interpretare diversamente tale disposizione e, quindi, attribuire una portata illimitata all’ambito di applicazione ratione personae di tale direttiva equivarrebbe, come rilevato in sostanza dall’avvocato generale ai paragrafi da 65 a 73 delle sue conclusioni, a garantire agli operatori economici di tali paesi terzi un accesso paritario alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell’Unione. Ciò avrebbe l’effetto di conferire loro un diritto a un trattamento non meno favorevole in violazione dell’articolo 25 di tale direttiva, il quale limita il beneficio di tale diritto agli operatori economici di paesi terzi che abbiano concluso con l’Unione un accordo internazionale come quelli previsti da tale articolo”.*

Da tali premesse la Corte trae due conclusioni nonché due ulteriori e fondamentali conseguenze:

I) gli operatori aventi sede in Paesi che non hanno stipulato l’AAP *“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”;*

II) ma *“qualsiasi atto di portata generale”* di genesi nazionale *“avente per obiettivo specifico di stabilire, per gli operatori economici di un paese terzo”* obblighi di esclusione o di accesso, viola la competenza esclusiva dell’Unione a titolo dell’articolo 3, paragrafo 1, lettera e), TFUE nel settore della politica commerciale comune e, pertanto, dev’essere disapplicato;

III) conseguentemente, *“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”;*

IV) e ancora, conseguentemente, *“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".*

## **5. Qualche dubbio in merito all'irreprensibilità dell'approccio ermeneutico della Corte di Giustizia UE**

La **premessa** sulla quale si fondano le due sentenze qui brevemente commentate pare corretta ossia la circostanza che **la decisione di escludere o meno un operatore economico non appartenente all'UE costituisca un atto rientrante nella politica commerciale comune.**

Il **dubbio** riguarda, invece, la **ragionevolezza della decisione di reputare** al contempo, da un lato, **contrarie alla competenza unionale le norme nazionali che ammettano o escludano a livello generale operatori economici avente sede in Paesi non firmatari dell'AAP o di accordi internazionali di natura analoga**, nonostante che l'Unione Europea non abbia esercitato la propria prerogativa in questo specifico settore e, dall'altro, di **reputare invece legittimo l'esercizio di tale «identico» potere da parte delle singole stazioni appaltanti nazionali, soltanto perché intervenuto in forma occasionale.**

In altre parole non viene indicato nelle due sentenze in ragione di quale norma o principio i legislatori nazionali se emanano norme di carattere generale relative alla partecipazione di operatori economici non AAP invaderebbero *ipso facto* il campo esclusivo della politica commerciale comune, mentre se il medesimo (sul piano contenutistico) potere viene episodicamente esercitato dalle singole stazioni appaltanti nazionali, esso non valicherebbe il campo della politica unionale, ma sarebbe comunque sindacabile sotto il profilo del diritto nazionale, facendo tuttavia richiamo a principi di carattere generale che sono patrimonio giuridico del diritto eurounitario riferendosi, infatti, ai principi di proporzionalità, trasparenza, certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.

## **6. La giurisprudenza italiana in materia**

### **6.1 L'art. 47 del d.lgs. n. 163/2006 e il principio di reciprocità**

Sotto la vigenza del **d.lgs. n. 163/2006** l'**art. 47, comma 1** imponeva il rispetto della **condizione di reciprocità** per le imprese aventi sede in Paesi non firmatari né dell'AAP né di convenzioni bilaterali. La previsione prescriveva, più precisamente, che: *"Agli operatori*

*economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, nonché a quelle stabilite nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, la qualificazione è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane".*

I Giudici nazionali attribuiscono alla «condizione di reciprocità» la qualificazione di "**vincolo normativo e giuridico**" per i Paesi di appartenenza delle imprese straniere che partecipano 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**; occorre, quindi, che essa sia fondata su precise fonti normative vincolanti gli ordinamenti statali; con l'ulteriore conseguenza che non possono costituire fonte di reciprocità elementi contingenti di fatto" (cfr., TAR Friuli Venezia Giulia, 24 aprile 2014, n. 179 poi confermata da Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1973 e ancora *Id.* 10 luglio 2014, n. 3538 e parimenti prima TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 16 dicembre 2008, n. 11405).

**Quindi, il principio di parità è una preconditione per la partecipazione alle procedure di appalto che deve essere riscontrata in specifici accordi bilaterali, o in altre norme di diritto internazionale, o nell'Accordo sugli appalti di cui al citato Allegato IV del WTO.**

Sicché, ancora, anche all'interno dell'AAP la partecipazione di operatori economici appartenenti a nazioni firmatarie non è automatica ma deve, a propria volta, rispettare il precitato principio della reciprocità in ragione della soglia di applicazione dell'Accordo eventualmente indicata e che può essere differenziata tra lavori, servizi e forniture

Infatti, ad esempio, gli USA hanno fissato una quota di applicazione dell'AAP per appalti di servizi di valore superiore a 355.000 SDR (diritti speciali di prelievo) a fronte di una soglia dell'Unione Europea di soli 200.000 SDR.

Nel caso trattato dal citato TAR Friuli Venezia Giulia, tuttavia, la procedura riguardava un appalto di forniture, sicché si è ritenuto applicabile l'AAP all'operatore economico statunitense in quanto la diversa soglia di garanzia di reciprocità di partecipazione attiene agli appalti di servizi[2].

**Ai fini della presenza in territorio unionale**, ha poi chiarito il Consiglio di Stato, **non è determinante tanto l'elemento formare della presenza di un'entità dotata di personalità giuridica, quanto "ciò che rileva per l'ordinamento eurounitario e interno non è che - ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici - la branch /filiale/succursale possieda una distinta e autonoma personalità giuridica, bensì che possieda un propria distinta e autonoma organizzazione economica"** (Sez. III, 7.3.2018, n. 1462)[3].

## **6.2. L'art. 49 del d.lgs. n. 50/2016 e il principio di reciprocità e per gli appalti di fornitura**

## **la rilevanza del luogo di provenienza dei beni. L'obbligo di motivazione ex art. 137 del medesimo decreto legislativo**

Riprendendo il testo del precedente Codice dei contratti pubblici, l'art. 49 d.lgs. n. 50/2016 stabiliva 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 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 presente codice”*.

In forza di tale principio veniva escluso da una procedura di appalto di fornitura un operatore economico nazionale che si era avvalso di un'impresa avente sede in India, in quanto quest'ultimo Paese non ha stipulato l'AAP (così TAR Lazio, Sez. III, 27 novembre 2017, n. 11764 e nello stesso senso TAR Emilia-Romagna, Sez. II, n. 126/2017).

Anzi quest'ultima decisione ha avuto modo di acclarare che **non conta neppure il luogo in cui ha sede l'impresa fornitrice bensì quello di effettiva provenienza dei beni forniti**: *“Il presupposto per l'applicazione della disciplina speciale non è costituito dalla nazionalità delle imprese offerenti, determinata dal luogo ove è ubicata la sede legale e amministrativa quanto, piuttosto, dall'origine dei prodotti provenienti da Paesi Terzi. In tale prospettiva, al fine di determinare il campo di applicazione della norma, acquista rilievo il luogo di produzione del bene e quindi la sede dello stabilimento in cui esso viene realizzato la quale, di per sé, non coincide con il luogo in cui è ubicata la sede legale o amministrativa dell'impresa (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 27.03.2014, n. 1848/2014; Cass. Pen., sez. III, 27.01.2012, n. 19650; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 15.02.2010, n. 131)”*.

È stato poi precisato che **la Stazione appaltante non ha l'obbligo di escludere l'operatore economico che fornisca beni provenienti da un Paese non firmatario dell'AAP, ma deve motivare la scelta di non escluderlo** *“Il secondo comma dell'art. 137 stabilisce poi che: «Qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ..., supera il 50 per cento del valore totale... In caso di mancato respingimento dell'offerta a norma del presente comma, la stazione appaltante motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione...». [...] Quest'ultima disposizione stabilisce, dunque, che qualora nell'offerta presentata la quota di prodotti originaria dei Paesi terzi superi la soglia del 50% sul valore totale la stazione appaltante dispone di un potere discrezionale in merito all'ammissione o all'esclusione dell'offerta”* (TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737).

Quest'ultima previsione è stata riportata nell'**art. 170, comma 2 dell'attuale Codice dei contratti pubblici, comma peraltro modificato dal d.lgs. n. 209/2024**, che ora statuisce: *“Qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture o di un appalto misto che contenga elementi di un appalto di fornitura può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. In caso di mancato respingimento dell'offerta a norma del presente comma, la stazione appaltante o l'ente concedente motiva debitamente le ragioni della scelta*

e trasmette all'Autorità una relazione corredata dalla relativa documentazione. La relazione di cui al secondo periodo è allegata al provvedimento di aggiudicazione. Ai fini del presente articolo, i software impiegati negli impianti delle reti di telecomunicazione sono considerati prodotti".

**La circostanza che al di fuori della specifica tematica delle forniture, non sussiste un obbligo di esclusione delle imprese aventi sede in Paesi non firmatari dell'AAP, ma che è una mera facoltà della Stazione appaltante, è stata ribadita ancora da TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110[4].**

### **6. 3. Appalti di Paesi non UE e cenni alla disciplina in materia di misure restrittive imposte dalle Istituzioni unionali a Paesi, persone giuridiche o persone fisiche straniere**

Si ricorda che, soprattutto a seguito dell'acuirsi della crisi russo-ucraina, sono esponenzialmente **aumentate le misure restrittive che limitano o vietano di intraprendere attività commerciali con soggetti inclusi in apposite *black lists* contenute in atti eurounitari regolamentari o in decisioni.**

Per mero cenno qui si rammenta che è stato escluso un operatore economico in forza dell'art. 5-*duodecies* del Regolamento UE 833/2014, introdotto dal Regolamento UE 576/2022, che disponeva il divieto di aggiudicare o proseguire l'esecuzione di qualsiasi contratto di appalto pubblico o di concessione con un cittadino russo o una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo stabiliti in Russia (vedi TAR Lazio, Sez. III, 26 maggio 2023 n. 8916).

Sulla tematica è stata in seguito presentata una pregiudizionale eurounitaria (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2024, n. 3838).

Di qui la necessità che le Stazioni appaltanti siano fornite di adeguati strumenti informatici per consentire loro di verificare le eventuali violazioni in materia di misure restrittive imposte a Paesi, entità o persone fisiche straniere.

### **6. 4. L'art. 69 d.lgs. n. 36/2023**

Come si è già detto l'art. 69 dell'attuale Codice dei contratti pubblici stabilisce 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".

La giurisprudenza è intervenuta recentemente per precisare che **tale principio trova**

**applicazione, non soltanto in caso di partecipazione diretta dell'operatore economico, ma anche in caso di avvalimento** allorquando l'impresa ausiliaria è ubicata in un Paese non sottoscrittore dell'AAP e ciò pure relativamente alla specifica disciplina concernente gli appalti di forniture ai sensi dell'art. 170 (cfr. TAR Lazio, Sez. II-bis, 26 novembre 2024, n. 21202 – si rinvia al commento alla sentenza a firma di Giusy Casamassima pubblicato sul sito di ItaliAppalti, <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5436>).

Si ritiene, in generale, che **l'esclusione di un operatore avente sede in un Paese non firmatario dell'AAP non debba essere altrimenti motivata dalla stazione appaltante e ciò anche nel caso in cui la *lex specialis* nulla disponga in proposito**<sup>[5]</sup>. Più precisamente si è ritenuta che **detta esclusione neppure urti contro il principio di tassatività delle cause di esclusione** ex art. 10 del Codice *"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"* (TAR Campania, Sez. I, 4 NOVEMBRE 2024, n. 5876).

## 7. Conclusioni e spunti di riflessione

La decisione della CGUE dalla quale prende il titolo il presente breve scritto unitamente a quella emessa nell'ottobre dello scorso anno dalla Sezione Grande sicuramente introducono elementi di riflessione.

Infatti, un operatore economico ubicato in un Paese non firmatario dell'AAP può certamente essere escluso dalla singola stazione appaltante (e non virtù di una norma di carattere generale di fonte nazionale), ma siffatta esclusione potrebbe comunque risultare illegittima perché potrebbe astrattamente violare – a titolo esemplificativo – i **principi della certezza del diritto** e della **tutela del legittimo affidamento** e, secondo la sentenza C-652/22, **di trasparenza o di proporzionalità**, purché trovino usbergo nel diritto italiano.

Orbene, al di là di quanto detto, sappiamo che l'attuale Codice dei contratti pubblici è costruito su una serie di (super) **principi** – in parte innovativi – il cui rispetto dovrebbe presumibilmente essere garantito anche nei confronti di concorrenti ubicati in Paesi non firmatari, principi tra cui troviamo, *in primis*, quelli **del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato**.

Dunque, è opportuno che la *lex specialis* definisca - a monte - regole chiare e non arbitrarie relative alla partecipazione di operatori economici ubicati in Paesi non firmatari dell'AAP e che tali regole siano conseguentemente applicate.

In caso di silenzio (o di regole poste in violazione dei precitati super principi<sup>[6]</sup>), a fronte di un'offerta valida e presentata da un soggetto in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti, la decisione espulsiva della stazione appaltante motivata esclusivamente sull'ubicazione extra territoriale rispetto alle nazioni sottoscrittrici dell'AAP del concorrente, potrebbe risultare contestabile proprio in ragione dei precitati super principi di diritto interno.

Infatti, si tratta di valutare se un'offerta conforme alla *lex specialis* per la pura ragione che provenga da un Paese non firmatario dell'AAP, in ragione del diritto interno, possa essere ancora legittimamente oggetto di provvedimento espulsivo, avuto riguardo ai summenzionati principi fondativi, costituenti per di più criteri interpretativi e applicativi di tutte le norme del Codice medesimo (art. 4) e che sono qui di seguito ricordati:

a. principio del risultato, atteso che ora è stato acclarato che:

a.1) *“La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”* (art. 1, comma 2);

a.2) *“Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; [...]”* (art. 1, comma 4);

b) principio della fiducia in ragione della circostanza che *“L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”* (art. 2, comma 1), laddove la *lex specialis* nulla disciplini in merito alla partecipazione di operatori economici ubicati in Paesi non UE. Si veda anche i sub principi della tutela della buona fede e dell'affidamento ex art. 5;

c) principio dell'accesso al mercato poiché *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”* (art. 3). Si richiama, altresì, il principio di massima partecipazione ex art. 10.

Dunque le conseguenze scaturenti dal connubio tra i principi introdotti dal nuovo Codice dei contratti e le precisazioni riguardo alla sindacabilità delle esclusioni per la mera circostanza che l'operatore economico offerente abbia sede in un Paese non firmatario dell'AAP, potrebbero dare adito ad una rimediazione del precedente approccio interpretativo da parte della futura giurisprudenza italiana.

---

[1] Per le soglie di applicazione dell'AAP divisi per nazioni e tipologie di forniture si rinvia a [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_app\\_agree\\_e.htm#revisedGPA](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm#revisedGPA)

[2] Fermo restando che non è perspicuo se per gli appalti di servizi la rottura del principio di reciprocità infici la garanzia di partecipazione soltanto per quelli situati nell'intervallo costituito dalla differenza tra i due valori oppure qualsiasi appalto che entri nel capo di applicazione dell'AAP.

[3] Contra la riformata sentenza del TAR Lazio, Sez. III-quater, 15 settembre 2017, n. 9734.

[4] Si segnala che gli operatori economici del Regno Unito sono soggetti all'AAP avendo sottoscritto il Regno Unito il relativo accordo, cfr. TAR Liguria, Sez. I, 10 maggio 2023, n. 495 e così conforme Cons Stato, Sez. V, 4 novembre 2024, n. 6738.

[5] In altra fattispecie, in merito all'appalto di fornitura per l'acquisto di pneumatici, la *lex specialis* aveva, invece, specificato che: “Sono accettati pneumatici appartenenti ad un marchio di fascia c.d. premium precedentemente descritta, con almeno uno stabilimento di produzione nei paesi UE” (TAR Marche, 14 marzo 2024, n. 275).

[6] Quindi sovviene il dubbio che neppure la *lex specialis* possa porre regole di natura discriminatoria o comunque contraria ai tre precitati super principi.