amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La partecipazione alle gare d'appalto pubblico degli operatori economici extra comunitari.

di Simone Francario

(Avvocato, dottorando di ricerca presso l'Università del Molise UNIMOL)

Sommario

1. Introduzione; 2. La partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici comunitari ed extracomunitari ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016; 3. La partecipazione degli operatori economici extracomunitari ai sensi del Government Procurement Agreement; 4. In particolare: la partecipazione degli operatori economici inglesi ai sensi dell'Accordo di libero scambio concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito; 5. Il caso "*Elettrify limited*" – TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110; 6. Il caso "*Karsan Otomotiv*" – TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737; 7. Conclusioni; 7.1 L'ipotesi della partecipazione internazionale "garantita": presupposti e requisiti; 7.2 L'ipotesi della partecipazione internazionale "non garantita" e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

Abstract

It is an established fact that globalization has had considerable effects and repercussions in the conduct of international trade.

In particular, both nationally and supranationally, attempts are being made (with increasing frequency and while always respecting delicate political-diplomatic balances between the States) to eliminate, or at least reduce, the barriers that prevent free entry into the national territory of foreign goods, services and businesses.

This is true both in the context of contracts concluded between private individuals and in the context of public contracts.

It is no coincidence that, to date, the fact that a national administration has to negotiate with foreign economic operators is no longer a novelty or an isolated case.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Costituisce un dato ormai acquisito il fatto che la globalizzazione ha avuto effetti e ricadute considerevoli nello svolgimento dei traffici commerciali internazionali.

In particolare, sia in ambito nazionale che sovranazionale si cerca (con sempre maggiore frequenza e pur sempre nel rispetto di delicati equilibri politico-diplomatici tra gli Stati) di eliminare, o quantomeno di ridurre, le barriere che impediscono il libero ingresso in territorio nazionale di beni, servizi e imprese straniere.

Ciò vale tanto nell'ambito dei contratti conclusi tra privati, che nell'ambito dei contratti pubblici.

Non a caso, ad oggi, non costituisce più una novità o un caso isolato il fatto che una amministrazione nazionale si trovi a contrattare con operatori economici stranieri.

In tale ipotesi, inoltre, bisogna anche tenere a mente che non tutti gli operatori economici stranieri godono del medesimo trattamento: il regime giuridico applicabile a questi ultimi dipende da più fattori come, ad esempio, l'appartenenza (o meno) all'Unione europea, ad una specifica organizzazione internazionale o, ancora, ad uno Stato che risulti a sua volta firmatario di determinati accordi internazionali di libero scambio.

Il tema della partecipazione degli operatori economici stranieri alle gare pubbliche bandite in Italia è tornato alla luce soprattutto a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea in quanto ha imposto un necessario ripensamento (o meglio, una rinegoziazione) dei requisiti e delle condizioni di partecipazione delle imprese inglesi agli appalti banditi in Europa.

Scopo del presente lavoro, dunque, è quello di individuare e ricostruire, in chiave sistematica, le principali norme in materia.

A tal fine si procederà, in primo luogo, ad esaminare le disposizioni del codice dei contratti pubblici italiano, per poi passare ad analizzare le principali normative internazionali.

Per completezza, nell'esame di tale complesso sistema di norme, composto da fonti nazionali e internazionali, saranno esaminati anche i principi e gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza, cristallizzati in una serie di casi recentemente decisi dal giudice amministrativo (TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110 e TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737).

2. La partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici comunitari ed extracomunitari ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

Come è noto, in base al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), ed alle direttive comunitarie cui esso dà attuazione[1], tanto gli operatori economici nazionali, quanto quelli comunitari, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici in condizioni di parità, fermo restando, ovviamente, il rispetto dei requisiti di capacità generale e speciale di volta in volta stabiliti.[2]

Infatti, in applicazione dell'articolo 18 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio[3], il codice dei contratti pubblici all'articolo 45 precisa che "*sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p)*[4] *nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi*."[5]

La partecipazione degli operatori economici extracomunitari, al contrario, non è "automatica", ma è subordinata al rispetto di ulteriori condizioni che sono contenute, principalmente, negli articoli 49 e 137 del d. lgs. 50/2016[6]

L'articolo 49 del codice (che recepisce in maniera pressoché identica l'articolo 25 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 43 della direttiva 2014/25/UE) si riferisce alle condizioni di partecipazione degli operatori economici extracomunitari e prevede 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*

[1] Si fa riferimento alle seguenti direttive: direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18CE; 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 e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

[2] Cfr., *ex multis*, A. TOMASSETTI, *Operatori economici*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, pp. 569 e ss.

[3] Cfr. direttiva 2014/24/UE, art. 18 (principi per l'aggiudicazione degli appalti), co. 1, in base al quale: "*le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata*."

[4] L'art. 3, co. 1, lett. p), del codice reca la nozione di "operatore economico" per tale intuendosi "*una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

[5] Sulla partecipazione degli operatori economici stranieri, *ex multis*, si rinvia a R. DAMONTE e M. BERSI, *La partecipazione degli operatori economici stranieri agli appalti pubblici ed alle concessioni in Italia ai sensi del D.Lgs. 18.04.2016, N. 50*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Milano, 2017, I, pp. 101 e ss.

Gli AA. con riferimento agli operatori economici comunitari, a p. 124, ribadiscono che: "[…] *gli operatori economici stabiliti in Paesi dell'Unione Europea parteciperanno alle procedure ad evidenza pubblica esattamente come gli operatori economici italiani* […]"

[6] In generale, sul tema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari sia consentito il rinvio a S. FRANCARIO, *La clausola di reciprocità negli appalti pubblici internazionali: osservazioni a margine del memorandum sulla via della seta*, in *Il Foro Amministrativo*, Milano, 2019, IX, pp. 1563 e ss.

ISSN 2036-7821

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."[7]

In virtù di tale norma, dunque, gli operatori economici extracomunitari possono partecipare e gareggiare in condizioni di parità con gli operatori nazionali e comunitari solamente al ricorrere di uno dei seguenti requisiti: i) l'appalto in questione rientra nell'ambito del *Government Procurement Agreement* (GPA; detto anche accordo internazionale sugli appalti pubblici: AAP); oppure, ii) l'appalto in questione rientra nell'ambito di un altro accordo internazionale firmato dall'Unione europea[8].

Il caso in cui l'appalto a cui volesse partecipare l'impresa extracomunitaria rientri nell'ambito di un accordo internazionale firmato, non dall'Unione europea, ma solo da uno Stato membro con un altro Stato terzo non è espressamente contemplato nell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici; ma anche in tal caso non si può escludere che tali accordi esplicherebbero comunque i propri effetti all'interno degli Stati firmatari in applicazione del consolidato principio di diritto internazionale *pacta sunt servanda* e delle diverse modalità di recepimento all'uopo predisposte da ciascun ordinamento.

Peraltro, – pur dovendosi tenere a mente che il contenuto di dette convenzioni può variare in ragione delle diverse considerazioni politiche, economiche e diplomatiche sottostanti il singolo caso – generalmente tali accordi sono comunque soliti prevedere che le imprese straniere possano partecipare al mercato dei contratti pubblici interno in condizioni di parità con le imprese nazionali, a condizione di reciprocità.

Come detto, un'altra norma fondamentale del codice dei contratti pubblici che disciplina il regime giuridico applicabile agli operatori economici extracomunitari è l'art. 137 il quale, al comma 1, stabilisce che: "*fatti salvi gli obblighi assunti nei confronti dei Paesi terzi, il presente articolo si applica a offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un*

---

[7] Sull'inquadramento generale e sulla disciplina recata dall'articolo 49 del d. lgs. n. 50/2016 si rinvia a F. FRACCHIA, *Fonti internazionali*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, pp. 84 e ss.

In particolare, a pag. 85 l'A. sottolinea che "[…] *il codice impone alle amministrazioni di assicurare agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di accordi internazionali (e, in particolare, dell'AAP), un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice (art. 49, che si riferisce agli appalti di lavori, servizi e forniture: in passato – art. 47 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – era contemplata invece la clausola di reciprocità)*."

[8] Cfr. E. LIGUORI, *Condizioni relative all'AAP ed altri accordi internazionali*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, p. 200, dove l'A. conferma che: "*La norma* [n.b. l'articolo 49 del codice], *in sintesi, recependo quanto previsto dall'art. 25 della direttiva 2014/24/UE, prevede che, nei casi di trattati vincolanti per l'Unione europea, le amministrazioni aggiudicatrici negli appalti di lavori, servizi, forniture devono applicare agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di accordi internazionali, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice stesso. Viene così affermata l'applicazione del principio della par condicio tra gli operatori economici dell'Unione europea agli operatori economici provenienti da Paesi terzi, quando questi hanno stipulato con l'Unione accordi internazionali in materia di lavori, servizi e forniture o comunque accordi menzionati nell'AAP.*"

ISSN 2036-7821

accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi."

Il comma 2 dell'art. 137 specifica che: "*qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture 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, 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 motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione* […]."

Come si evince dalla lettura dei primi due commi, l'art. 137 del d. lgs. 50/2016 non si riferisce, in senso stretto, ai requisiti di partecipazione degli operatori economici extracomunitari, bensì alle condizioni di ammissibilità delle offerte, per i soli appalti di forniture, che contengano beni originari di Paesi terzi il cui valore superi il 50% del valore totale dell'offerta.

In questo caso, dunque, in presenza di un'offerta che contenga beni che, per la maggior parte, sono originari di Paesi terzi, l'amministrazione, nell'esercizio di un potere altamente discrezionale, può decidere se respingere tale offerta o meno[9].

Nel caso decida di non respingerla, l'amministrazione sarà tenuta a motivare tale scelta e a trasmettere la relativa documentazione all'ANAC.

Inoltre, il legislatore ha delimitato l'ambito di applicazione dell'art. 137 ai soli casi in cui non sussista tra l'Unione europea (o l'Italia) e il Paese terzo un accordo internazionale "*che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi.*"

Viceversa, in applicazione del principio di reciprocità (in maniera similare con quanto già visto a riguardo dell'art. 49), qualora le parti abbiano concluso un accordo del genere, l'art. 137 non troverà applicazione e le condizioni di ammissibilità delle offerte saranno regolate dal diritto internazionale speciale.

L'art. 137, infine, ha un ambito di applicazione soggettivo più ampio dell'art. 49, in quanto, diversamente da quest'ultimo, è applicabile tanto agli operatori economici extracomunitari, quanto alle imprese nazionali e comunitarie.

Tale estensione mira, in ultima analisi, a tutelare la concorrenza "nel" mercato e "tra" i mercati, in primo luogo, evitando che nelle gare bandite all'interno dell'Unione le

[9] Sulla natura del potere discrezionale di esclusione dell'offerta, il TAR Campania, Sez. V, 5 settembre 2018, n. 5364, ha chiarito che "*come emerge dal tenore letterale della disposizione, la norma [l'art. 137, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016] configura, con tutta evidenza, un potere ampiamente discrezionale e non vincolato sicché, anche sotto tale aspetto, giammai poteva imporsi l'esclusione della concorrente dalla procedura*".

Nello stesso senso, il TAR Veneto, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 844, ha ribadito che "*la stazione appaltante ha perciò una facoltà e non un obbligo di esclusione dell'offerta contenente i prodotti di paesi terzi. […] tenuto conto che si è -nella specie- di fronte ad un'attività di valutazione connotata da un elevato livello di discrezionalità tecnica, […] l'impugnato provvedimento di aggiudicazione [può essere sindacato esclusivamente per] vizi di palese illogicità, irragionevolezza o profili di travisamento dei fatti, in presenza dei quali solamente si potrebbe, in tesi, pervenire all'adozione di un provvedimento demolitorio.*"

ISSN 2036-7821

imprese comunitarie e nazionali risultino danneggiate dall'introduzione di beni originari di Paesi terzi e realizzati con costi nettamente minori[10]; in secondo luogo, eliminando il rischio di aggiramento delle barriere che sussistono tra il mercato dell'Unione e il mercato di un Paese terzo con cui l'UE non ha accordi di apertura[11].

3. La partecipazione degli operatori economici extracomunitari ai sensi del Government Procurement Agreement.

Il *Government Procurement Agreement* rappresenta la prima normativa sovranazionale, vincolante e completa, che regola la materia degli appalti pubblici[12].

In particolare, il GPA è stato concluso all'interno della *World trade organization* (Wto) [13] e, nell'ambito del sistema delle fonti predisposto da tale organizzazione (la c.d. *Wto law*), costituisce un accordo internazionale plurilaterale[14].

Il *Government Procurement Agreement*, dunque, diversamente dagli accordi multilaterali che rappresentano la parte preponderante della Wto *law*, non è vincolante nei confronti di tutti i membri della Wto, ma solamente nei confronti di quelle parti che lo hanno esplicitamente sottoscritto[15].

---

[10] Come chiarito in un'altra pronuncia del TAR Veneto: "*la ratio sottostante alla norma in esame [l'art. 137 del D.Lgs. n. 50 del 2016] (…) è volta a garantire condizioni minime di tutela della par condicio tra le imprese che partecipano alle gare sul mercato degli appalti comunitari, con specifico riferimento ai casi in cui le forniture abbiano ad oggetto prodotti originari di paesi terzi. Si tratta pertanto di una forma specifica di tutela del generale e fondamentale principio della par condicio, che viene messo a rischio di lesione quando vengono offerti beni prodotti in paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive*." (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 844)

Nello stesso senso anche il TAR Emilia-Romagna che sottolinea che "*la ratio della previsione di una disciplina speciale, circoscritta ai soli appalti di forniture, siano esse di merci o prodotti (con esclusione, quindi delle sole attività di servizi e lavori), risiede nell'esigenza di garantire che l'apertura del mercato degli appalti comunitari a tali Paesi terzi avvenga nel rispetto della condizione di reciprocità. L'obiettivo di garantire a tutti gli operatori economici un trattamento uniforme e discriminatorio, favorendo l'ingresso di nuovi soggetti alle commesse pubbliche, viene, pertanto contemperato con l'esigenza di assicurare condizioni minime di tutela della 'par condicio' per le imprese comunitarie che partecipano alla gara. Ciò spiega l'introduzione, su impulso comunitario, di una disciplina speciale che si fonda sulla stipulazione o mento tra CE e i suddetti Paesi terzi di accordi che garantiscano un accesso comparabile ed effettivo delle imprese comunitarie agli appalti pubblici indetti anche in tali Paesi*." (Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 2 maggio 2017, n. 343)

[11] In assenza di tale estensione soggettiva, infatti, l'operatore economico di un Paese terzo il cui accesso al mercato comunitario fosse, eventualmente, precluso, potrebbe comunque riuscire a vendere ed esportare i propri beni non in maniera diretta -cioè tramite la partecipazione alla gara- bensì in via indiretta, ossia tramite la partecipazione (al suo posto) di un operatore economico comunitario che rivenda nel mercato comunitario beni prodotti nel Paese terzo.

[12] In generale, per una ricognizione generale delle fonti sovranazionali che regolano la materia dei contratti pubblici si rinvia, *ex multis*, a F. FRACCHIA, *Fonti internazionali*, cit., pp. 63 e ss.; D. DEL VESCOVO, *Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 2006.

[13] *Ex multis*, sulla struttura e sul funzionamento generale della Wto, si rinvia a P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2016; B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, New York, 2016.

[14] Sul GPA, nell'ambito di una vasta letteratura, si rinvia, *ex multis*, a S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON (edito da), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, 2012; H. C. CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012.

[15] Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, cit., pp. 5 e ss.

ISSN 2036-7821

Ad oggi, come risulta anche dal sito istituzionale della Wto, tale accordo è sottoscritto dai seguenti Paesi: Armenia, Australia, Canada, Unione Europea, Hong-Kong, Islanda, Israele, Giappone, Corea del Sud, Lichtenstein, Moldavia, Montenegro, Olanda-Aruba, Nuova Zelanda, Norvegia, Singapore, Svizzera, Taipei, Ucraina, Regno Unito e Stati Uniti[16].

Chiarito l'ambito soggettivo, ossia, individuati gli Stati nei cui confronti si applica il GPA, è opportuno delinearne anche l'ambito oggettivo, ossia, specificare a quali tipologie di appalti deve ritenersi applicabile.

Dall'articolo 2 del GPA, emerge che: i) l'accordo non si applica indistintamente a tutti gli appalti aggiudicati dagli Stati firmatari; ii) al contrario, l'accordo si applica solamente a quegli appalti specifici che ciascuno Stato firmatario, al momento della propria adesione, inserisce nell'Appendice I del GPA (c.d. "*covered procurement*").

Tale appendice è suddivisa in più allegati in cui gli Stati che intendono aderire all'accordo devono specificare le seguenti informazioni: i) nell'Allegato 1, le amministrazioni centrali cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; ii) nell'Allegato 2, le amministrazioni sub-centrali cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; iii) nell'Allegato 3, tutte le altre amministrazioni cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; iv) nell'Allegato 4, i beni rientranti nel GPA; v) nell'Allegato 5, i servizi rientranti nel GPA; vi) nell'Allegato 6, le costruzioni rientranti nel GPA; vii) nell'Allegato 7, varie note generali[17].

Ebbene, in una gara pubblica bandita da uno dei Paesi sopra evidenziati, qualora detta gara rientri nell'ambito dei "*covered procurement*", troveranno applicazione, oltre alla normativa nazionale, anche le disposizioni contenute nel GPA, tra cui, in particolare, per quanto qui interessa, l'articolo 4.

---

[16] Per un elenco aggiornato degli Stati firmatari del GPA, nonché delle Stati che hanno già avviato il procedimento di adesione e degli Stati solamente osservatori, si rinvia al sito ufficiale della Wto – Sezione GPA.

[17] Infatti, come si legge nell'articolo 2 (*Scope and Coverage*) del GPA, al comma 1 è previsto che: "*This Agreement applies to any measure regarding covered procurement, whether or not it is conducted exclusively or partially by electronic means*". Al comma 2 è previsto che: "*For the purposes of this Agreement, covered procurement means procurement for governmental purposes: a) of goods, services, or any combination thereof: i. as specified in each Party's annexes to Appendix I; and ii. not procured with a view to commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale; b) by any contractual means, including: purchase; lease; and rental or hire purchase, with or without an option to buy; c) for which the value, as estimated in accordance with paragraphs 6 through 8, equals or exceeds the relevant threshold specified in a Party's annexes to Appendix I, at the time of publication of a notice in accordance with Article VII; d) by a procuring entity; and e) that is not otherwise excluded from coverage in paragraph 3 or a Party's annexes to Appendix I*". Al comma 4 è previsto che: "[…] *Each Party shall specify the following information in its annexes to Appendix I: a) in Annex 1, the central government entities whose procurement is covered by this Agreement; b) in Annex 2, the sub-central government entities whose procurement is covered by this Agreement; c) in Annex 3, all other entities whose procurement is covered by this Agreement; d) in Annex 4, the goods covered by this Agreement; e) in Annex 5, the services, other than construction services, covered by this Agreement; f) in Annex 6, the construction services covered by this Agreement; and g) in Annex 7, any General Notes* […]."

ISSN 2036-7821

L'articolo 4 del GPA, rubricato "*general principles*", costituisce una norma fondamentale dell'accordo in quanto reca i principi fondamentali che si applicano alle procedure di evidenza pubblica governate dal trattato.
Nello specifico, in questa sede giova ricordare i commi 1 e 2 dell'articolo 4 che si riferiscono al principio di non discriminazione.
Il comma 1 prevede che "*With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to: a) domestic goods, services and suppliers; and b) goods, services and suppliers of any other Party*."
Analogamente, il comma 2, dispone che: "*With respect to any measure regarding covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not: a) treat a locally established supplier less favourably than another locally established supplier on the basis of the degree of foreign affiliation or ownership; or b) discriminate against a locally established supplier on the basis that the goods or services offered by that supplier for a particular procurement are goods or services of any other Party*."
In sintesi, le due disposizioni riprendono altrettante regole fondamentali del commercio internazionale, ossia: la *National treatment rule* (c.d. *Nt rule*), in base alla quale l'amministrazione deve concedere agli operatori economici degli Stati firmatari del GPA un trattamento non meno favorevole di quello che lo Stato banditore riserva alle proprie imprese e ai propri beni e servizi; e la *Most favoured nation rule* (c.d. *Mfn rule*) in base alla quale l'amministrazione non deve effettuare discriminazioni tra le imprese straniere provenienti da diversi Stati firmatari del GPA.
Quanto affermato dall'articolo 4, commi 1 e 2, del GPA si riflette (anche e soprattutto) in punto di partecipazione delle imprese extracomunitarie agli appalti aggiudicati da stazioni appaltanti italiane: in questo caso, infatti, se l'appalto bandito rientra tra i "*covered procurements*", allora, anche gli operatori economici extracomunitari potranno accedervi, in quanto destinatari di un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli operatori economici nazionali.

4. In particolare: la partecipazione degli operatori economici inglesi ai sensi dell'accordo di libero scambio concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito.
Il problema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari è riemerso in tempi recenti, con particolare vigore, a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Europa (c.d. "Brexit").
Prima della Brexit, infatti, gli operatori economici inglesi erano inquadrati come "*operatori economici stabiliti in altri Stati membri*" e, ai sensi dell'articolo 45 del codice

ISSN 2036-7821

dei contratti pubblici, erano automaticamente ammessi a partecipare alle gare pubbliche in condizione di parità con gli operatori nazionali.
Oggi, invece, agli operatori economici inglesi non si può più applicare l'articolo 45 del codice dei contratti pubblici in quanto risultano stabiliti in uno Stato che non è membro dell'Unione europea.
La loro partecipazione alle procedure di evidenza pubblica avviene, dunque – secondo la già richiamata norma di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici – in forza del *Government Procurement Agreement* e dell'accordo di libero scambio e cooperazione (ASC) concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito.
Il 31 gennaio 2020, infatti, a seguito di un referendum popolare che ha visto prevalere le posizioni antieuropeiste per pochissimi voti, il Regno Unito (insieme all'Irlanda del Nord) ha finalmente attivato la clausola prevista all'articolo 50 del Trattato sull'Unione europea[18] ed ha lasciato l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica[19].
In virtù di un apposito accordo sul recesso precedentemente stipulato tra le parti[20], ha avuto inizio un periodo transitorio, in vigore fino al 31 dicembre 2020, durante il quale il diritto comunitario ha continuato ad essere applicato al Regno Unito.
Durante questo periodo, al fine di consentire un recesso ordinato, sono stati condotti i negoziati tra la Commissione ed il Regno Unito per cercare un nuovo accordo per regolare *pro futuro* i relativi rapporti e, pochi giorni prima della scadenza del termine

[18] L'art. 50 del TFUE stabilisce che: "*1. Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione.*
2. Lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo. Alla luce degli orientamenti formulati dal Consiglio europeo, l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. L'accordo è negoziato conformemente all'articolo 218, paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esso è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo.
3. I trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine.
4. Ai fini dei paragrafi 2 e 3, il membro del Consiglio europeo e del Consiglio che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio che lo riguardano. Per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera b) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.
5. Se lo Stato che ha receduto dall'Unione chiede di aderirvi nuovamente, tale richiesta è oggetto della procedura di cui all'articolo 49."

[19] Sul recesso del Regno Unito dall'Europa, nell'ambito di una vastissima letteratura, si rinvia *ex multis* a C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea*, testo consultabile su Federalismi; G. CAGGIANO, *Nota sulla Brexit e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito*, testo consultabile su Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea; F. FABBRINI, *The law & politics of Brexit: The withdrawal agreement*, Oxford, 2020; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione Europea – Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019.

[20] Cfr. Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L29, 31 gennaio 2020, p. 7.

ISSN 2036-7821

(scongiurando in questo modo la temuta uscita del Regno Unito in condizioni di "*no deal*"), alla vigilia del natale 2020, le parti sono giunte ad una intesa.
Complessivamente, detta intesa è composta da tre accordi internazionali: i) l'accordo sugli scambi e la cooperazione (ASC)[21]; ii) l'accordo sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate[22]; iii) l'accordo sugli usi pacifici e sicuri dell'energia nucleare[23].
In questa sede è opportuno concentrarci sull'ASC, che rappresenta la parte preponderante dell'intesa[24].
L'ASC è un trattato internazionale, concluso per una durata indeterminata e modificabile dopo cinque anni, che presenta una struttura molto articolata[25].
Il trattato, oltre a regolamentare gli scambi di merci e servizi tra l'Unione europea ed il Regno Unito, disciplina anche ulteriori materie, quali, ad esempio, gli investimenti, la concorrenza, gli aiuti di stato, la trasparenza fiscale, i trasporti aerei e stradali, l'energia e la sostenibilità, la pesca, la protezione dei dati, il commercio digitale, la proprietà intellettuale e gli appalti pubblici[26].
Nello specifico, gli appalti pubblici sono disciplinati al Titolo VI dell'ASC, agli articoli 276-294.
La disciplina recata dall'ASC in materia di appalti pubblici si coordina con quanto stabilito in materia dal *Government Procurement Agreement*, sotto molteplici punti di vista.
In primo luogo, gran parte delle disposizioni dell'ASC specificano varie norme del GPA[27].

---

[21] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L444 e L445 del 31 dicembre 2020.
[22] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L444 del 31 dicembre 2020.
[23] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L445 del 31 dicembre 2020.
[24] Per quanto riguarda il procedimento di formazione di tali accordi, come ricordato da C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea,* op. cit., pp. 8 e ss, "*va altresì sottolineato come il Consiglio, accogliendo la proposta avanzata dalla Commissione europea, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, abbia ritenuto che essi riguardino materie di competenza esclusiva dell'Unione o concorrente dell'Unione e degli Stati membri e non pure incidenti sulla competenza riservata a questi ultimi. Effettuando, quindi, una chiara scelta politica, ha optato per la conclusione solo a titolo dell'Unione, secondo la formula* "EU only"*, escludendo l'accordo misto, che avrebbe richiesto, invece, la ratifica dei 27 Stati membri, previa la relativa autorizzazione dei parlamenti nazionali e, in taluni ordinamenti, anche di quelli regionali, secondo le rispettive norme costituzionali.* […] *La realtà è che, se si fosse scelta la strada dell'accordo misto, non ci sarebbe stata la tempistica necessaria per consentire l'entrata in vigore provvisoria il 1° gennaio 2021 degli accordi nella loro interezza* […]."
[25] Esso è diviso in sette parti, a loro volta suddivise in sezioni, capi e titoli; complessivamente è composto da circa 500 articoli i quali vanno letti anche alla luce di numerosi allegati, appendici e note a piè pagina che formano parte integrante dell'accordo, per un totale di più di 2500 pagine.
[26] In generale, sul contenuto dell'ASC si rinvia a C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea,* cit., pp. 15 e ss.; G. CAGGIANO, *Nota sulla Brexit e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito*, cit., pp. 49 e ss.
[27] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, art. 277, co. 1 e 2.
Inoltre, come si legge nell'Allegato 25 dell'ASC, Sezione A (Disposizioni pertinenti dell'accordo sugli appalti pubblici "AAP"), le disposizioni del GPA che vengono espressamente richiamate, specificate ed applicate

ISSN 2036-7821

In secondo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la disciplina dettata dall'ASC oltre ad applicarsi agli appalti specificamente previsti nell'Allegato 25, è espressamente previsto che si applichi anche ai "*covered procurement*" ossia ai contratti pubblici governati dal GPA[28].

Infine, ciò che più interessa sottolineare, è che lo scopo principale dell'ASC, come stabilito in apertura dall'articolo 276, è quello di "*garantire ai fornitori di ciascuna parte l'accesso a maggiori opportunità di partecipazione agli appalti pubblici e migliorare la trasparenza delle relative procedure*."

Anche sotto questo profilo dunque l'ASC, concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito, si pone in linea con quanto previsto dal GPA, in quanto entrambi gli accordi internazionali, in ultima analisi, mirano a lasciare aperto il mercato dei contratti pubblici a favore degli operatori economici di entrambi le parti, a condizione di reciprocità.

Tanto è vero che in virtù di un espresso richiamo contenuto nell'articolo 277 (integrazioni di alcune disposizioni dell'AAP e appalto disciplinato) anche agli appalti disciplinati dall'ASC si applica l'articolo 4, commi 1 e 2, del *Government Procurement Agreement* e, dunque, la *Most favoured nation rule* e la *National treatment rule*[29].

Quindi, anche in applicazione dell'ASC, qualora l'appalto in questione rientri nell'ambito di detto accordo, alle imprese inglesi dovrà essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello garantito agli operatori economici nazionali.

5. Il caso "Elettrify limited" – TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110.

Il tema della partecipazione alle gare pubbliche di operatori economici extracomunitari, in particolare di quelli inglesi, è riemerso in una recente pronuncia del TAR Piemonte.

Nel caso deciso dal giudice amministrativo, all'esito di una gara pubblica avente ad oggetto la concessione di alcuni servizi di valore inferiore alle soglie comunitarie, la seconda classificata (una società inglese, la Elettrify limited) impugnava l'aggiudicazione in quanto, a suo dire, in via di estrema sintesi, i beni e servizi forniti dall'aggiudicatario non erano conformi alla *lex specialis* di gara.

dall'Accordo di libero scambio e cooperazione sono: l'articolo 1 (definizioni); l'articolo 2 (ambito di applicazione); l'articolo 3 (Sicurezza ed eccezioni generali); l'articolo 4 (principi generali); gli articoli da 6 a 15 (che disciplinano le singole fasi di gara); l'articolo 16 (trasparenza delle procedure di gara); l'articolo 17 (diffusione delle informazioni) e l'articolo 18 (meccanismi di risoluzione delle controversie a livello nazionale).

[28] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, allegato 25, sottosezione B1 e B2.

[29] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, articolo 277, comma 3.

ISSN 2036-7821

La prima classificata (una società italiana) si costituiva in giudizio e proponeva anche ricorso incidentale lamentando l'asserita illegittimità dell'ammissione alla gara della seconda classificata in quanto appartenente ad un Paese extra-Ue.
Nel dettaglio, secondo la ricorrente in via incidentale, la Elettrify limited – essendo una società di diritto inglese con sede legale a Londra – non avrebbe potuto partecipare alla procedura di evidenza pubblica in quanto: i) la *lex specialis* prevedeva espressamente che la gara era riservata alle sole imprese con sede nel territorio dell'Unione europea; ii) in ogni caso, l'impresa inglese non avrebbe potuto partecipare neanche in forza delle previsioni di cui all'articolo 49 del codice dei contratti pubblici poiché la gara in oggetto non rientra nell'ambito di applicazione del GPA.
Secondo il TAR Piemonte, per valutare la legittimità della partecipazione della società di diritto inglese bisogna verificare, ai sensi dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, se l'appalto in questione rientri o meno nell'ambito di applicazione del
Infatti, come si legge in sentenza, se l'appalto rientra nell'ambito di applicazione di detti accordi allora "*ai beni, ai servizi ed ai fornitori del Regno Unito* [è garantito] *un trattamento non meno favorevole di quello accordato dall'Unione europea ai propri fornitori*."
La gara in questione, tuttavia, non rientrava in tale ambito in quanto il suo valore è inferiore alle soglie imposte da tali accordi internazionali[30].
In questi casi, quando vengono in rilievo "*appalti non contemplati dagli impegni dell'Unione europea a norma dell'accordo dell'OMC (AAP) sugli appalti pubblici e dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (quali ad esempio gli appalti sotto soglia come risulta essere quello di cui si controverte), gli operatori economici del Regno Unito hanno lo stesso status di tutti gli altri operatori economici basati nei paesi terzi con cui l'Unione europea non ha accordi che prevedano l'apertura del mercato degli appalti dell'UE*" e sono pertanto soggetti "*alle stesse norme che si applicano a qualsiasi offerente di un paese terzo*".
Da ciò, secondo il TAR Piemonte, non deve essere tratta l'erronea conclusione per cui agli operatori economici di Paesi terzi è precluso e vietato, aprioristicamente, l'accesso al mercato degli appalti dell'Unione.

[30] Le soglie previste dal GPA e dall'ASC (il quale ultimo, sotto questo profilo, richiama quasi integralmente i valori delle soglie già stabilite nel GPA), seppur con qualche differenza, sono allineate con i valori previsti dalle direttive comunitarie.
Cfr. direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, considerando n. 18: "*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*."

ISSN 2036-7821

A riguardo, infatti, il giudice amministrativo ha richiamato i recenti orientamenti delle istituzioni dell'Unione europea per cui "*gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi*"[31].
Alla luce di quanto sopra, il TAR Piemonte ha ribadito che "*l'accesso di tali imprese* [extracomunitarie] *al mercato degli appalti escluso dall'ambito di applicazione del diritto UE, pertanto, non è vietato è solo "non garantito"*.
Tanto chiarito, il giudice amministrativo è passato a verificare se nel caso concreto l'amministrazione avesse vietato l'accesso alla gara alle imprese extracomunitarie. Sul punto la sentenza ha accertato che "*Non vi è alcuna traccia di disposizioni escludenti la partecipazione di imprese con sede in paesi terzi (diversi da quelli appartenenti alla UE). Né peraltro il riferimento a requisiti disciplinati da fonti normative italiane può, come pretenderebbe la ricorrente incidentale, essere interpretato come escludente della partecipazione di soggetti appartenenti a paesi terzi essendo necessario, al contrario, un esplicito riferimento alla esclusione di tali soggetti*."
Sulla base di tali motivazioni il TAR Piemonte ha ritenuto legittima l'ammissione alla gara della società di diritto inglese ed ha respinto il ricorso incidentale.

6. Il Caso "Karsan Otomotiv" – TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737.
Il tema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari alle procedure di evidenza pubblica bandite dall'amministrazione italiana è riemerso, di recente, anche in un altro caso deciso dal giudice amministrativo (TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, sent. n. 737/2021).
L'appalto in questione aveva come oggetto la fornitura di alcuni beni e la *lex specialis* di gara prevedeva, tra le altre cose, che erano ammessi a partecipare anche gli operatori economici con sede in Paesi non ricompresi nell'Unione europea purché firmatari degli accordi di cui all'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.
A tale gara partecipava anche la Karsan Otomotiv, una società turca, la quale veniva esclusa in quanto la stazione appaltante aveva correttamente rilevato che la Turchia non è né un Paese membro dell'Unione europea, né risulta firmataria del GPA o di altri accordi internazionali ex art. 49 del D. Lgs. 50/2016, come richiesto dalla *lex specialis*.
A seguito dell'esclusione, tale società comunicava alla stazione appaltante che, sebbene la Turchia non risultasse firmataria del GPA, la Turchia e l'Italia hanno firmato un accordo bilaterale per gli investimenti (Accordo tra il Governo della Repubblica di Turchia e il Governo della Repubblica Italiana sulla promozione

[31] Comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019, "*Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE (2019/C 271/02)*")

ISSN 2036-7821

reciproca e la protezione degli investimenti: Accordo sugli investimenti) tutt'ora in vigore e che, in virtù di tale trattato, doveva essere ammessa a partecipare alla gara.
Tale accordo bilaterale per gli investimenti, tuttavia, non conteneva alcuna disposizione in materia di contratti pubblici e, pertanto, non poteva validamente costituire un accordo di apertura del mercato degli appalti pubblici ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.
Ciononostante, la stazione appaltante, con una decisione che sembra prestare il fianco a qualche critica, decideva di riammettere la Karsan Otomotiv. L'amministrazione, infatti, sebbene la Karsan Otomotiv fosse carente dei requisiti soggettivi di partecipazione previsti dalla *lex specialis* (la quale, giova ribadire, ammetteva la partecipazione degli operatori economici extracomunitari a condizione che il Paese di appartenenza fosse firmatario di un accordo ex art. 49 del codice dei contratti pubblici), revocava il provvedimento di esclusione e riammetteva alla gara tale impresa in applicazione dell'art. 137 del D. Lgs. 50/2016, che, come visto, non si riferisce ai requisiti di partecipazione dei concorrenti bensì alle condizioni di ammissibilità delle offerte.
All'esito della procedura, la Karsan Otomotiv si classificava al primo posto in graduatoria.
Avverso gli esiti della gara insorgeva la seconda classificata (un'impresa italiana) lamentando proprio la mancata esclusione dell'aggiudicataria.
In sintesi, secondo la tesi sostenuta dalla ricorrente, la Karsan Otomotiv non avrebbe potuto partecipare all'appalto in questione in quanto l'art. 49 del D. Lgs. 50/2016 permette la partecipazione di operatori economici extra-UE solamente a condizione di reciprocità, escludendo e vietando, quindi, la partecipazione di questi ultimi qualora il Paese di appartenenza non risulti firmatario del GPA o di altri accordi internazionali di apertura del mercato dei contratti pubblici con l'Italia o con l'Unione europea.
Sul punto il TAR Sardegna ha osservato che le censure sollevate dalla ricorrente, incentrate essenzialmente a denunciare l'illegittima applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016, erano inconferenti in quanto la stazione appaltante aveva riammesso la resistente alla gara non in forza dell'art. 49 citato, bensì in virtù dell'art. 137.
La sentenza muove dal presupposto che l'art. 137 del D. Lgs. 50/2016 risulta applicabile alla fattispecie *de qua* in quanto la gara in questione concerneva un appalto per la fornitura di automezzi, e non un appalto di lavori o servizi.
Tale norma, in particolare, stabilisce che "*qualora nell'offerta presentata la quota di prodotti originari dei Paesi terzi superi la soglia del 50% del valore totale la stazione appaltante dispone di un potere discrezionale in merito all'ammissione o all'esclusione dell'offerta*."

ISSN 2036-7821

Il suddetto potere, ribadisce il giudice amministrativo, si qualifica come "*una facoltà (e non già come un obbligo)*".
In applicazione di tale norma, dunque, la ricorrente "*avrebbe quindi dovuto contestare gli eventuali vizi dell'ammissione di Karsan – per esempio per violazione o falsa applicazione dell'art. 137 del d. lgs. n. 50/2016, oppure per l'eventuale inesistenza o l'erroneità della motivazione- entro i termini di decadenza per la proposizione del ricorso decorrenti dalla conoscenza*" dell'atto con il quale la controinteressata è stata riammessa alla gara.
Tali censure non erano state sollevate dalla ricorrente con il ricorso principale (incentrato essenzialmente sull'illegittima applicazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici), ma solamente con un successivo ricorso incidentale che, tuttavia, veniva dichiarato tardivo e pertanto non esaminato.
Anche alla luce di tali motivazioni, il TAR Sardegna respingeva il ricorso.

7. Conclusioni.
Al termine dell'esame della normativa e della più recente giurisprudenza in materia possono essere tratte le seguenti conclusioni.
Innanzitutto, a livello sistematico, l'insieme delle norme che regola le condizioni di partecipazione degli operatori economici stranieri alle gare pubbliche bandite in Italia risulta essere composto da fonti nazionali e sovranazionali.
In tale complesso sistema di norme, come anticipato in premessa, per individuare correttamente le disposizioni applicabili a ciascun concorrente straniero bisogna prendere in considerazione, in primo luogo, la sua nazionalità.
Infatti, l'appartenenza ad uno Stato piuttosto che ad un altro, influisce grandemente sul regime giuridico applicabile ai soggetti che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.
Nel caso in cui si tratti di valutare la partecipazione ad una gara pubblica di un operatore economico appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea -è noto- non sorgono particolari problematiche: in base all'articolo 45 del codice dei contratti pubblici, infatti, tali operatori partecipano agli appalti banditi in Italia -automaticamente- in condizione di parità con gli operatori economici nazionali.
Eventuali misure che limitino la loro partecipazione, fondate sul solo presupposto della nazionalità, di conseguenza, dovrebbero essere considerate illegittime.
L'individuazione del regime giuridico applicabile agli operatori economici extracomunitari presenta invece alcune peculiarità.
A riguardo bisogna tenere distinte due ipotesi: da un lato, l'appartenenza ad uno Stato membro del Government Procurement Agreement o firmatario di un accordo internazionale di libero scambio e la contestuale riconducibilità della gara nell'ambito di applicazione oggettivo di suddetti trattati (volendo precisare, tale fattispecie implica la simultanea presenza di due requisiti, un requisito soggettivo

ISSN 2036-7821

relativo alla nazionalità del concorrente, ed un requisito oggettivo relativo alla collocazione della gara in questione nell'ambito di applicazione del diritto internazionale speciale); dall'altro, l'appartenenza ad uno Stato che non è membro del GPA, né firmatario di altri accordi internazionali in materia.

7.1 L'ipotesi della partecipazione internazionale "garantita": presupposti e requisiti.

Si prenda in considerazione la prima delle due ipotesi sopra individuate.

Se l'operatore economico appartiene ad uno Stato firmatario del Government Procurement Agreement o di un altro accordo internazionale che consente l'apertura del mercato dei contratti pubblici e la gara cui intende partecipare rientra in tali accordi, allora, in base al combinato disposto dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici nazionale e di quanto previsto nel trattato internazionale che viene in rilievo, la partecipazione di detto operatore economico sarà garantita ed egli otterrà un trattamento "*non meno favorevole*" di quello accordato alle imprese nazionali/italiane.

La decisione del TAR Piemonte sopra esaminata, a ben vedere, si occupa esattamente di tale prima fattispecie e nella parte in cui ammette la partecipazione della società inglese alla procedura di gara in oggetto, appare del tutto condivisibile.

Come correttamente evidenziato in sentenza, per valutare la legittimità della partecipazione alle gare d'appalto di operatori economici provenienti dal Regno Unito, ad oggi, bisogna fare riferimento all'articolo 49 del codice dei contratti pubblici che, a sua volta, rimanda all'esame delle disposizioni contenute nel *Government Procurement Agreement* e negli "*altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata*", nel caso di specie l'Accordo sugli scambi e la cooperazione.

Ciò posto, così come precisato dalla pronuncia in esame, (facendo leva sul requisito oggettivo sopra individuato) possono verificarsi due ulteriori scenari

Se l'appalto in questione rientra nell'ambito di questi due accordi, allora, agli operatori economici del Regno Unito deve essere necessariamente garantito un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli operatori nazionali (e comunitari), in applicazione del combinato disposto dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, dell'articolo 4 del GPA e degli articoli 276 e 277 dell'ASC. Ciò significa, tra l'altro, che la stazione appaltante non può inserire negli atti di gara clausole che impediscano alle imprese inglesi di partecipare alla gara per il solo fatto di appartenere ad un Paese extra Ue.

Di contro, la circostanza che l'appalto non rientri nell'ambito degli accordi internazionali sopra individuati, non comporta *ex se* che l'accesso alla gara sia automaticamente e aprioristicamente precluso agli operatori economici del Regno Unito. La possibilità per tali imprese di partecipare alle gare bandite dalle amministrazioni italiane (nonché dell'Unione europea) è solamente "*non garantita*".

ISSN 2036-7821

In questi casi, secondo il TAR Piemonte, la stazione appaltante ha la "*facoltà*", non l'obbligo, di limitare o addirittura di vietare la partecipazione degli operatori economici del Regno Unito (e dei Paesi terzi che non hanno accordi di apertura del mercato dei contratti pubblici né con l'Italia né con l'Unione europea).
Dunque, qualora la gara non rientri nell'ambito di applicazione del *Government Procurement Agreement* o dell'Accordo sugli scambi e la cooperazione, bisognerà prestare particolare attenzione agli atti di gara che potranno legittimamente contenere previsioni volte a rendere più gravosa, ove non ad escludere del tutto, la partecipazione degli operatori economici extracomunitari, tra cui quelli del Regno Unito.
Nel caso di specie, tali previsioni non erano presenti nella *lex specialis* di gara, e il giudice amministrativo, di conseguenza, ha ritenuto legittima la partecipazione della società di diritto inglese ai sensi dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici.

7.2 L'ipotesi della partecipazione internazionale "non garantita" e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.
La seconda delle due ipotesi prese in considerazione riguarda la partecipazione ad una gara pubblica di un operatore economico appartenente ad uno Stato che non è membro del Government Procurement Agreement né firmatario di altri accordi di libero scambio.
In questo caso, non potendosi applicare il trattamento non meno favorevole previsto dal codice dei contratti pubblici né altri trattamenti (di favore) specificamente previsti dai trattati internazionali, la partecipazione di tale operatore economico (non è vietata, ma) è solamente "non garantita".
Le condizioni di partecipazione di tali imprese, in ultima analisi, saranno decise dalla stazione appaltante che, nei documenti di gara, potrà decidere se lasciarle gareggiare in condizione di parità con le imprese nazionali/comunitarie o se introdurre requisiti e condizioni più stringenti.
Un caso rientrante in questa fattispecie, come visto, è stato recentemente deciso dal TAR Sardegna che è stato chiamato a valutare la legittimità dell'ammissione alla gara di una impresa extracomunitaria e -conseguentemente- a verificare se l'offerta di quest'ultima fosse ammissibile.
Tuttavia, il ragionamento seguito dal TAR Sardegna, nella parte in cui ammette la partecipazione alla gara dell'impresa extracomunitaria ai sensi dell'articolo 137 del codice dei contratti pubblici, non sembra pienamente condivisibile.
Come visto, infatti, la partecipazione degli operatori economici appartenenti a Paesi terzi alle gare pubbliche bandite in Italia deve pur sempre essere valutata secondo quanto previsto dall'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.

ISSN 2036-7821

Tale disposizione, si è visto, stabilisce che se il Paese terzo non è firmatario né del GPA né di altro accordo internazionale che consenta l'apertura del mercato dei contratti pubblici, la stazione appaltante è libera di introdurre (o di non introdurre) requisiti di partecipazione più stringenti per le imprese di tale Paese terzo.
Pertanto, proprio in applicazione del citato art. 49, l'amministrazione -nel caso sottoposto al TAR Sardegna- ha inserito nella *lex specialis* una disposizione per cui gli operatori economici extracomunitari erano ammessi a partecipare alla gara solamente a condizione che il Paese di appartenenza fosse firmatario di accordi internazionali con l'Italia in materia di appalti pubblici.
Si tratta, in altre parole, di un ulteriore e specifico requisito soggettivo di partecipazione il cui possesso era necessario, ai fini della partecipazione, solamente per le imprese extracomunitarie e non anche per quelle nazionali e/o comunitarie.
Quindi, in virtù dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016 e in applicazione della *lex specialis* di gara, la società turca, essendo carente di tale requisito (poiché la Turchia non risulta firmataria né del GPA, né di accordi di reciproca partecipazione in materia di appalti con l'Italia), non avrebbe potuto partecipare alla gara in questione.
L'art. 137 del codice dei contratti pubblici -anche alla luce della ricostruzione della cornice normativa di riferimento- non sembra costituire, nel caso di specie, un parametro utile per valutare la legittimità della partecipazione degli operatori extracomunitari.
Quest'ultima norma, come visto, si applica esclusivamente alle "*offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi*" e non disciplina i requisiti soggettivi degli operatori economici, bensì i requisiti oggettivi afferenti alla fase di valutazione delle offerte.
Fatta questa doverosa precisazione, la sentenza, nella parte in cui applica l'art. 137 per valutare la legittimità dell'offerta presentata dall'impresa extracomunitaria, si fonda i principi già da tempo elaborati dalla giurisprudenza in materia e risulta pienamente condivisibile.
In primo luogo, infatti, il TAR Sardegna ha ritenuto l'art. 137 applicabile alla fattispecie in questione in quanto relativa ad un appalto per la fornitura di automezzi.
In secondo luogo, prosegue la sentenza, tale norma stabilisce 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*" e non è sottoposta, come correttamente evidenziato dal TAR, ad un obbligo automatico di esclusione di tali offerte.
Infine, solo nel caso la stazione appaltante decida di ammettere tale offerta allora sarà tenuta a comunicare tale decisione all'ANAC fornendo, al contempo, adeguata motivazione.

ISSN 2036-7821

In conclusione, dunque, prescindendo dalle criticità sopra evidenziate in punto di partecipazione della concorrente extracomunitaria, è da condividere la decisione del giudice amministrativo nella parte in cui ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione di ammettere l'offerta presentata dalla società turca, in quanto tale decisione si basava su valutazioni altamente discrezionali le quali, tra l'altro, non erano state tempestivamente contestate dalla ricorrente.

ISSN 2036-7821