

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Ad un operatore economico con sede in un Paese non compreso nell'Unione europea - Non firmatario degli accordi ex art. 49 del D. Lgs. n. 50 del 2016 - Ove la quota fornita di prodotti originaria dei Paesi terzi superi la soglia del 50% sul valore totale dell'appalto - Art. 137, comma 2, cod. app.

Tar Sardegna - Cagliari, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737

“[...] l'atto introduttivo del giudizio concentra le sue argomentazioni critiche esclusivamente sulla ritenuta illegittima applicazione dell'art. 49 citato senza considerare che, a ben vedere, l'ammissione della [...] alla gara è avvenuta non ai sensi dell'art. 49 ma dell'art. 137 del medesimo decreto legislativo [...].

Tale disciplina [...] che concerne l'appalto per la fornitura di automezzi per il trasporto passeggeri, prevede una facoltà (e non già un obbligo) di esclusione delle offerte recanti forniture di prodotti provenienti per oltre il 50% da Paesi terzi.

L'art. 137, comma 1, del codice dei contratti pubblici recita infatti 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 accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi”.

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.

Nel caso di ammissione dell'offerta alla gara l'amministrazione deve peraltro fornire un'adeguata motivazione sulle ragioni che l'hanno determinata e deve trasmettere all'ANAC la relativa documentazione [...].”.

FATTO

1. Con avviso del 9 aprile 2020 l'ARST bandiva la “Procedura aperta, ai sensi dell'art. 123, comma 1 e articolo 60 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l'appalto della fornitura, di n. 43 autobus nuovi di fabbrica, suddivisa in 4 lotti”, da aggiudicarsi secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

2. In particolare, per quanto qui di rilievo, il lotto n. 4 prevedeva la fornitura di *“...n. 4 autobus classe I elettrici urbani “medi” da circa 8,1/10,0 mt – a trazione elettrica – CIG 825715430A”* con impegno del fornitore a garantire, a titolo oneroso, *“...un eventuale servizio manutentivo in regime di “full service” coincidente con il periodo di “garanzia base” qualora l’Azienda proprietaria comunichi (ad assoluta sua discrezionalità) di volerne usufruire”*, con importo a base d’asta pari a complessivi € 1.600.000,00 oltre IVA (€ 400.000,00 per ciascuna autobus).

3. Il disciplinare di gara prevedeva, inoltre, per quanto qui interessa:

– all’art. 3.1 l’ammissione alla gara anche degli operatori economici con sede in paesi non compresi nell’unione europea purché *“...firmatari degli accordi di cui all’art. 49 del D.Lgs. 50/2016, alle condizioni di cui al presente disciplinare di gara”*;

– all’art. 2 l’esperimento, a pena di esclusione, di una prova di esercizio per effettuare la quale ciascun offerente, *“...entro 10 giorni lavorativi dalla richiesta del Cliente...”* avrebbe dovuto mettere a disposizione un *“veicolo campione identico a quello offerto...”* per consentire alla Stazione Appaltante di esaminarlo e di eseguire una prova su strada.

4. In occasione della prima seduta del 3 agosto 2020 la Commissione Giudicatrice rilevava che il concorrente Karsan Otomotiv Sanayii ve Ticaret a. ş (partecipante alla gara per l’aggiudicazione del lotto n. 4) aveva sede in Turchia, quindi in uno stato non membro dell’Unione Europea, che non risulta *“firmatario degli accordi AAP di cui all’art. 49 del D.Lgs. 50/2016...”* e proponeva, perciò, alla Stazione Appaltante di escluderlo dalla gara *“...fatto salvo il caso che il concorrente dimostri la sottoscrizione dei accordi ai sensi di quanto previsto dal citato art. 49 del D.Lgs. 50/2015 da parte della Turchia”*.

5. Con delibera dell’Amministratore Unico di ARST n. 1655 del 4 agosto 2020 la società Karsan Otomotiv Sanayii ve Ticaret a. ş, (in seguito solo Karsan) veniva quindi esclusa dalla procedura concorsuale (fatta salva la possibilità, per lo stesso concorrente escluso, di dimostrare l’avvenuta sottoscrizione di accordi ex art. 49 cit. da parte della Turchia).

6. Con comunicazione del 18 agosto 2020 Karsan precisava, sul punto che ne aveva determinato l’esclusione, che *“...sebbene la Turchia non risulti firmataria dell’APP, 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 reciproca e la protezione degli investimenti: Accordo sugli investimenti), tutt’ora in vigore”*.

7. In seguito a tale precisazione, con nota n. 14088 del 26 agosto 2020 veniva disposta la revoca dell’esclusione (contestata peraltro già in fase procedimentale dall’odierna ricorrente che insisteva, invece, per il mantenimento dell’esclusione della Karsan).

8. Con successiva nota dell'11 dicembre 2020 la stessa ricorrente contestava, inoltre, la mancata esclusione di Karsan per avere messo a disposizione il veicolo da sottoporsi a verifica solo successivamente allo spirare del termine ad essa concesso dalla Stazione Appaltante.

9. Con nota prot. n. 6172 del 2 aprile 2021 la Stazione Appaltante comunicava, ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016, l'avvenuta aggiudicazione del lotto n. 4 al concorrente Karsan, in quanto classificato al primo posto della graduatoria finale predisposta dalla Commissione Giudicatrice in cui la ricorrente Rampini Carlo S.p.A. risultava classificata al secondo posto.

10. Ritenendo i provvedimenti dell'amministrazione illegittimi e pregiudizievoli dei suoi interessi la società Rampini li ha impugnati chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

1) Quanto alla revoca dell'esclusione dell'offerente Karsan:

Violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 50/2016 – Difetto di motivazione/violazione dell'art. 3 della l. n. 241/90 – Violazione delle linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti UE – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, macroscopica illogicità: in quanto il codice degli appalti consente la partecipazione agli appalti banditi dalla Pubblica Amministrazione italiana agli operatori economici, con sede in paesi non compresi nell'unione europea, solamente a condizione di reciprocità, escludendo e vietando, quindi, la partecipazione – sia diretta che indiretta (ad esempio tramite avvalimento o in ATI) – di detti operatori qualora il paese di appartenenza non abbia partecipato all'Accordo sugli Appalti Pubblici (di cui all'allegato IV dell'Accordo Istituto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio – WTO – sottoscritto a Marrakesch il 15 aprile 1994 ed al quale l'Unione Europea ha aderito con decisione del Consiglio n. 94/800/CE del 22 dicembre 1994), o non abbia stipulato, con lo Stato Italiano e con l'Unione Europea, un accordo di reciprocità avente ad oggetto la partecipazione alle gare di appalto. Nell'assunto della ricorrente nessuna delle due condizioni risulterebbe soddisfatta nel caso di specie, con conseguente illegittimità della decisione dell'ARST di riammettere la Karsan alla procedura di gara in quanto il principio della più larga partecipazione possibile agli appalti valorizzato dall'amministrazione nella sua decisione sarebbe recessivo rispetto alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

2) Quanto alla mancata esclusione per violazione del termine per la messa a disposizione del veicolo:

Violazione della *lex specialis* di gara e segnatamente dei punti 2.2.1 e 10.3 del disciplinare – Difetto di motivazione – Violazione del principio della par condicio: in quanto la Karsan andava esclusa dalla gara in ragione del ritardo nella messa a disposizione del veicolo per la prova di esercizio, non avendo reso il mezzo disponibile entro il termine di 10 giorni previsto dal bando.

3) Eccesso di potere per macroscopica illogicità ed irragionevolezza/violazione dell'art.97 del d.lgs. n. 50/2016: in quanto l'offerta economica di Karsan, visto l'entità del ribasso offerto, doveva ritenersi nella sostanza, anormalmente bassa considerando che è stato proposto un prezzo inferiore, rispetto a quella a base d'asta, per una percentuale prossima al 20%, sicché sarebbe stato necessario procedere alla verifica della stessa.

11. Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensiva, l'annullamento degli atti impugnati, con vittoria delle spese.

12. Per resistere al ricorso si è costituita l'ARST che ne ha chiesto il rigetto, vinte le spese.

13. In data 31 maggio 2021 la ricorrente ha depositato ricorso per motivi aggiunti con il quale, dopo aver acquisito a seguito di accesso la documentazione amministrativa e l'offerta economica presentati dalla aggiudicataria Karsan, ha proposto nuove ragioni a sostegno della domanda di annullamento.

14. Per resistere all'impugnazione si è costituita anche la società Karsan che con difese scritte ne ha chiesto il rigetto, con favore delle spese.

15. Con ordinanza n. 159 dell'11 giugno 2021 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati.

16. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

17. Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2021 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. La prima censura del ricorso è incentrata sulla ritenuta violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 50/2016, dal quale discende il diritto di partecipare alle gare pubbliche anche degli operatori economici con sede in paesi non compresi nell'Unione europea purché abbiano sottoscritto determinati accordi vincolanti con l'Unione europea.

2. Secondo l'esposizione della ricorrente, infatti, dopo l'esclusione della Karsan dalla gara per cui è causa, disposta con delibera ARST n. 1655 del 4 agosto 2020 in relazione alla mancata dimostrazione dei requisiti di cui al precitato art. 49, la stazione appaltante ne avrebbe illegittimamente disposto la riammissione (verbale di gara n. 2 dell'8 settembre 2020) ritenendo utile a superare le rilevate criticità la produzione da parte della Karstan della dichiarazione che *"...sebbene la Turchia non risulti firmataria dell'APP, 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 reciproca e la protezione degli investimenti: Accordo sugli investimenti), tutt'ora in vigore"*.

3. Osserva tuttavia il Collegio che l'atto introduttivo del giudizio concentra le sue argomentazioni critiche esclusivamente sulla ritenuta illegittima applicazione dell'art. 49 citato senza considerare che, a ben vedere, l'ammissione della Karsan alla gara è avvenuta non ai sensi dell'art. 49 ma dell'art. 137 del medesimo decreto legislativo, con la nota n. 20758 del 27 novembre 2020 con la quale l'ARST è addivenuta ad un sostanziale superamento della sua originaria posizione.

4. Tale disciplina, applicabile alla vicenda che ci occupa che concerne l'appalto per la fornitura di automezzi per il trasporto passeggeri, prevede una facoltà (e non già un obbligo) di esclusione delle offerte recanti forniture di prodotti provenienti per oltre il 50% da Paesi terzi.

5. L'art. 137, comma 1, del codice dei contratti pubblici recita infatti 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 accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi”*.

5.1 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...”*.

6. 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.

Nel caso di ammissione dell'offerta alla gara l'amministrazione deve peraltro fornire un'adeguata motivazione sulle ragioni che l'hanno determinata e deve trasmettere all'ANAC la relativa documentazione.

7. In ragione del predetto quadro normativo la ricorrente Rampini avrebbe quindi dovuto contestare gli eventuali vizi dell'ammissione di Karsan – per esempio per la 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 del citato atto del 27 novembre 2020 con il quale la controinteressata è stata riammessa alla gara. Ma ciò non ha fatto tempestivamente.

8. L'anzidetta nota n. 20758/2020 era invero da tempo conosciuta dalla ricorrente, tant'è che la stessa è menzionata nel ricorso introduttivo (datato 27 aprile 2021) e, anzi, è specificamente

indicata tra gli atti oggetto di gravame, ma fra i motivi del ricorso introduttivo non vi è alcuna censura volta a contestare la legittimità della stessa e l'applicazione dell'art. 137 citato.

9. Gli unici riferimenti alle motivazioni addotte dall'amministrazione a giustificazione dell'ammissione della Karsan, infatti, muovono dalla loro inadeguatezza a superare la preclusione dettata dall'art. 49, non già a contestare l'illegittima applicazione dell'art. 137, comma 2, citato, (che nella prospettazione della ricorrente esposte nelle ultime memorie, non riguarderebbe la fase dell'ammissione ma solo quella della valutazione delle offerte).

10. Solo con il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, depositato il 31 maggio 2021, la ricorrente ha diffusamente contestato anche il contenuto di tale atto e la corretta applicazione del più volte citato art. 137, comma 2, ma tale contestazione deve ritenersi tardiva e non può essere esaminata perché proposta irrimediabilmente oltre il termine di legge.

10.1. Mentre risultano infondate le censure, proposte con il primo motivo di ricorso, riguardanti la ritenuta illegittima applicazione dell'art. 49 del codice dei contratti, tenuto conto che, come si è visto, la Karsan Otomotiv è stata ammessa (o riammessa alla gara), in applicazione del citato art. 137, comma 2 del codice.

11. Occorre invece esaminare nel merito la seconda censura proposta dalla Rampini, secondo cui la Karsan andava esclusa dalla gara in ragione del ritardo nella messa a disposizione del veicolo per la prova di esercizio, non avendo reso il mezzo disponibile entro il termine di 10 giorni previsto dal bando.

12. Il disciplinare di gara (al punto 2.2.1) prevedeva che, scaduto il termine per la presentazione delle offerte, entro 10 giorni lavorativi dalla richiesta del cliente, i concorrenti avrebbero dovuto mettere a disposizione della stazione appaltante un veicolo campione identico a quello offerto affinché lo stesso venisse visionato e collaudato.

12.1. Si precisava nella stessa disposizione che *“La mancata messa a disposizione del veicolo per la prova di esercizio determinerà l'esclusione della ditta dalla gara”*.

13. Tale obbligo procedimentale veniva ribadito alla Karsan, successivamente alla sua ammissione alla selezione, con la nota n. 20195 del 19 novembre 2020.

14. In fatto è accaduto che:

– il termine per la “consegna” del veicolo scadeva il 3 dicembre 2020.

– il mezzo della Karsan perveniva all'ARST la mattina del 4 dicembre 2021.

15. Con nota n. 21278 del 4 dicembre 2020 l'ARST chiedeva alla Karsan di giustificare il suo ritardo nella messa a disposizione del veicolo.

16. Con nota del 7 dicembre 2020 la Karsan informava l'ARST che il mezzo, giunto in Italia a Trieste il 28 novembre 2020, per difficoltà di movimentazione causata da maltempo e dalle restrizioni per la pandemia sanitaria COVID – dunque per motivi di forza maggiore – era arrivato in Sardegna solo il 3 dicembre 2020.

17. Con nota del 9 dicembre 2021 la Karsan illustrava in dettaglio le ragioni metereologiche che avevano determinato il ritardo nella consegna, evidenziando in particolare, in quei giorni, la chiusura del porto di Trieste per i mezzi pesanti a causa delle abbondanti nevicate e l'annullamento, sempre per maltempo, della tratta di navigazione Livorno-Olbia del 1° dicembre 2021.

18. Queste giustificazioni sono state considerate adeguate e soddisfacenti dalla stazione appaltante, per i motivi esplicitati nella nota del Direttore centrale, prot. n. 22286 del 22 dicembre 2020.

19. Secondo la ricorrente, invece, la mancata esclusione del concorrente Karsan, sotto il profilo qui in considerazione, si sarebbe tradotta in una violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti visto che nella sostanza la controinteressata è stata fatta salva dalle conseguenze previste, con il disciplinare di gara, per il mancato rispetto di un termine perentorio.

20. Il motivo non può essere accolto.

21. Dall'applicazione dei principi di leale collaborazione e di buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione deriva anche il potere dell'amministrazione di rimettere in termini il concorrente di una procedura di gara il quale, per causa di forza maggiore, individuata in un evento che non può evitarsi neanche con la maggiore diligenza possibile, sia incorso nella violazione di un termine procedurale previsto a pena di esclusione (il principio è stato applicato con riferimento al termine per comprovare il possesso dei requisiti dichiarati, ritenuto perentorio tranne che nel «caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità»: cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5882 del 16 agosto 2021).

22. Deve dunque ritenersi che, nella vicenda in esame, le regole di correttezza e di leale cooperazione sopra richiamate fanno ritenere non censurabile la valutazione fatta dall'Amministrazione circa l'impossibilità ad adempiere in termini da parte del concorrente, tenuto altresì conto che, nella predetta nota n. 22286 del 22 dicembre 2020, la stazione appaltante ha avuto modo di precisare che l'inosservanza del termine di 10 giorni, previsto col fine di rendere celere e spedita la procedura concorsuale, non aveva comportato alcun ritardo nello svolgimento delle prove di esercizio dei mezzi presentati dai concorrenti che, comunque, non si sarebbero comunque potute esaurire nell'arco di una giornata (tant'è che era stato richiesto di lasciare i mezzi a disposizione per 2 giorni).

23. Di qui, pertanto, il rigetto del motivo.

24. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente sostiene che l'offerta economica di Karsan, visto l'entità del ribasso offerto, doveva ritenersi nella sostanza anormalmente bassa, considerato che era stato proposto un prezzo inferiore, rispetto a quella a base d'asta, per una percentuale prossima al 20%, sicché sarebbe stato necessario procedere alla verifica della stessa.

25. L'argomento non merita accoglimento tenuto conto del consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ravvisa motivo per discostarsi, che afferma che l'amministrazione dispone di un'ampia discrezionalità in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, non ricorrente nella specie nel rilievo che il ribasso di circa il 17% offerto dalla Karsan rispetto alla base d'asta non evidenzia i cennati profili di palese illogicità o irragionevolezza (in termini: Consiglio di Stato, Sezione V, n. 618 del 29 gennaio 2018).

26. Con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 3 del DPR n. 445/2000 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento in quanto la società controinteressata, non avendo sede nell'Unione europea, non avrebbe potuto fornire dichiarazioni ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, avendo l'onere di attestare l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 producendo certificazioni e/o attestazioni delle competenti autorità Turche (debitamente tradotte), come prevede espressamente il comma 4 dell'art. 3 del D.P.R. n. 445/2000.

27. Neanche tale motivo merita accoglimento.

Premesso che il vizio fatto valere dalla ricorrente non poteva portare direttamente all'invalidazione e alla conseguente esclusione dalla gara dell'offerta Karsan, determinando semmai il dovere della S.A. di attivare il "soccorso istruttorio" al fine di pretendere l'integrazione dell'intera documentazione amministrativa in originale, legalizzata secondo la normativa di riferimento, va rilevato che successivamente all'aggiudicazione, nella fase di verifica dei requisiti di partecipazione, Karsan ha comunque assolto al proprio onere, allegando tutta la documentazione in questione compresa, recentemente, la certificazione circa l'assolvimento degli obblighi di avviamento al lavoro dei disabili, che veniva inizialmente rilasciata in autocertificazione e non mediante "certificazione ufficiale".

28 In conclusione, quindi, per le suesposte ragioni, il ricorso deve essere respinto.

29. Sussistono tuttavia giusti motivi, in considerazione della novità della questione, per disporre la compensazione tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Tito Aru, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO