



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi - art. 170 del d.lgs. 36/2023 - appalti nei settori ordinari – applicabilità - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0080-2024-FC

**FUNZ CONS 38/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 aprile 2024, acquisita al prot. Aut. n. 47391, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 17 luglio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata -considerato che per gli appalti di forniture nei settori ordinari non è prevista una disposizione analoga a quella dettata, per i settori speciali, dall'art. 170, commi 2 e 5, del d.lgs. 36/2023, ma prescrizioni di carattere generale sui criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 108, del Codice- si chiede se possa ritenersi conforme alla disciplina di settore, inserire nel bando di gara, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, un sub-criterio che preveda l'assegnazione di un punteggio proporzionale alla percentuale prevista, sul totale della fornitura, di materiali provenienti da stati membri UE o paesi terzi con accordi di reciprocità ai sensi del Reg. (UE) n. 952/2013.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno osservare preliminarmente, che con riferimento agli appalti nei settori speciali, il Libro III del d.lgs. 36/2023, detta una disciplina speciale e (in parte) derogatoria rispetto alla disciplina dettata per i settori ordinari, non applicabile ad attività che non attengono all'esercizio del servizio "speciale" (sull'argomento parere Funz Cons 28/2024).

L'art. 141, comma 1, del d.lgs. 36/2023, con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del Libro III, stabilisce infatti che la disciplina dei settori speciali si applica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività indicate negli articoli da 146 a 152, nonché agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dai predetti articoli ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi. Il comma 2 aggiunge che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi, sono tenuti ad applicare la disciplina contenuta

nel Libro III, limitatamente ai contratti strumentali all'esercizio delle attività relative ai settori speciali.

Anche nell'attuale assetto normativo di settore, in continuità con il d.lgs. 50/2016, quindi, l'assoggettabilità di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali va desunta da un criterio di tipo soggettivo e oggettivo, come peraltro chiarito nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice, nella quale è stato ulteriormente osservato che l'art. 141 citato «(...)opera un'analitica individuazione delle disposizioni dei Libri I e II che trovano applicazione anche nell'ambito dei settori speciali (comma 3). L'individuazione in questione è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio "nei limiti della compatibilità" che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016. [...]». L'art. 141 citato, unitamente agli articoli 153 e 167 del Codice individua, quindi, in maniera puntuale, le disposizioni dei settori ordinari applicabili ai settori speciali, secondo una logica di "completezza" e di sostanziale compiutezza della disciplina contenuta nel Libro III (sull'argomento parere Funz Cons 28/2024).

Trattandosi di disciplina (quella contenuta nel Libro III del Codice) speciale e derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, la stessa può trovare applicazione esclusivamente in presenza delle condizioni e dei presupposti indicati nell'art. 141 del Codice, quindi con riguardo agli appalti "strumentali" affidati dalle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività indicate negli articoli da 146 a 152.

In tale ambito si colloca la disposizione dell'art. 170 del Codice, che recepisce l'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE (*"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"*) e conferma le previsioni già contenute nell'articolo 137 del previgente d.lgs. n. 50/2016.

Per quanto di interesse ai fini del parere, la norma 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 i quali 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 europea ai mercati di tali Paesi terzi». Il comma 2 stabilisce quindi 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, 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 la relativa documentazione. Ai fini del presente articolo, i software impiegati negli impianti delle reti di telecomunicazione sono considerati prodotti». Infine, il comma 5 dispone che «In coerenza con quanto previsto dal comma 2, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 108, comma 4, può essere considerato dalla stazione appaltante, per ciascuna delle voci merceologiche che compongono l'offerta, il valore percentuale dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, rispetto al valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Le stazioni appaltanti garantiscono che il criterio di cui al primo periodo sia applicato nel rispetto dei principi di non discriminazione nei rapporti con i Paesi terzi e proporzionalità».

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 36/2023, «In linea di continuità con quanto già previsto dalla previgente disciplina del 2006, la disposizione istituisce un sistema di preferenza dei prodotti comunitari e, al tempo stesso, fissa un complesso di regole atto a salvaguardare l'integrità del mercato europeo, garantendo il rispetto delle condizioni di reciprocità degli operatori economici europei nel mercato pubblico di Paesi terzi. (...). Il presupposto per

l'applicazione di tale disciplina non è costituito dalla nazionalità delle imprese offerenti, ovvero dal luogo ove è ubicata la sede legale e amministrativa, quanto piuttosto dall'origine dei prodotti. Per tale ragione, la disposizione non può che trovare applicazione nei soli casi di appalti di forniture. Ai sensi del comma 2, del resto, viene attribuita agli enti aggiudicatori la facoltà di rifiutare qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto che abbia ad oggetti prodotti originari di Paesi terzi - secondo quanto previsto dal Regolamento UE 952/2013 - allorché tali prodotti - nel cui novero sono inclusi anche i software impiegati nelle reti di telecomunicazione - superino il 50% della totalità dell'offerta. Si tratta, a ben vedere, di una facoltà non scevra da limiti e condizioni. Qualora infatti l'ente aggiudicatore decida di non rigettare un'offerta composta per la maggior parte da prodotti di Paesi terzi, dovrà motivarne debitamente la scelta alle Autorità europee, trasmettendo all'uopo la relativa documentazione (c.d. principio dell'"apply or explain")».

La ratio della disposizione in esame (così come dell'art. 137 del d.lgs. 50/2016) va individuata nella tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori del mercato. «Tale ratio, già inequivocabilmente evincibile dal testo della direttiva unionale, viene del resto confermata anche dalla lettura delle "Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE", pubblicate dalla Commissione Europea nel 2019, ove si legge che "L'articolo 43 della direttiva 2014/25/UE non concede a tutti gli operatori dei paesi terzi un accesso sicuro al mercato degli appalti dell'UE" e che, secondo quanto previsto dall'articolo 85 della medesima Direttiva 2014/25/UE, "I committenti pubblici che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali possono respingere le offerte per contratti di fornitura se la parte dei prodotti originari di un paese terzo supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Tale regime si applica unicamente ai prodotti originari di paesi terzi non contemplati da un accordo che garantisce un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi" (cfr. Comunicazione della Commissione C(2019) 5494 finali)» (TAR Catania, n. 2608/2023).

Pertanto, la disposizione in commento 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."» (TAR Catania cit.).

Tali finalità sono state sottolineate anche dall'Autorità, la quale ha aggiunto (ancorché con riguardo all'art. 137 del previgente Codice) che «l'interpretazione sistematica della norma (...) legittima la stazione appaltante a respingere le offerte di prodotti originari dei predetti Paesi terzi a suo insindacabile giudizio laddove il valore degli stessi superi il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, dovendo motivare esclusivamente la scelta di ammetterle eventualmente alla procedura trasmettendo all'Autorità la relativa documentazione» (Delibera n. 829/2019; 696/2019).

Per quanto sopra, in relazione al quesito sollevato, può osservarsi che dal tenore letterale della disposizione in esame e dai chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa del Codice, deriva che l'art. 170 citato, trova applicazione con riguardo ad offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con cui i quali 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 europea ai mercati di tali Paesi terzi.

Tale disposizione, inoltre, dettata in recepimento della direttiva 25/2024/UE e collocata nel Libro III del d.lgs. 36/2023, quindi in un contesto di specialità rispetto alla disciplina ordinaria, può

trovare applicazione esclusivamente nell'ambito dei settori indicati negli artt. da 146 a 152, come peraltro evidenziato nelle citate " *Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE*", a tenore delle quali l'applicazione della norma riguarda i committenti pubblici che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Gli appalti nei settori ordinari restano invece disciplinati dalla Parte generale del d.lgs. 36/2023 e, con riguardo alle forniture di prodotti provenienti da Paesi terzi firmatari di accordi di reciprocità con l'UE – sulle quali verte l'istanza di parere – vale quanto previsto, in via generale, all'art. 69 del Codice medesimo, ai sensi del quale «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».

Come chiarito al riguardo nelle citate " *Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE*", «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. [...] L'UE si è impegnata in diversi accordi internazionali (come l'accordo sugli appalti pubblici e gli accordi bilaterali di libero scambio con capitoli sugli appalti) a concedere accesso al proprio mercato degli appalti pubblici per alcuni lavori, forniture, servizi ed operatori economici di diversi paesi terzi. Conseguentemente, le direttive sugli appalti pubblici prevedono che i committenti pubblici dell'UE accordino 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, nella misura in cui questi siano contemplati da tali accordi. Oltre a tale obbligo, 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» (par. 1).

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente