

L'esclusione degli operatori economici russi dal mercato delle commesse pubbliche UE. Alcune riflessioni alla luce del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio

di Marco Buccarella

Abstract: *The EU-wide ban on russian contractors participating in EU public procurement and concessions. Food for thought in the light of World Trade Organization Law* – According to a dual perspective of investigation focused on the European Union Law and the World Trade Organization Law, the article aims to study EU-wide ban on Russian contractors participating in EU public procurement and concessions (Regulation (EU) No 2022/576 amending Regulation (EU) No 833/2014). The preliminary classification of the relevant sources of EU and WTO law will be followed by concluding reflections on the scope and conditions legitimizing the adoption of restrictive measures to public procurement for security purposes.

Keywords: Public procurement; Security exceptions; EU common foreign and security policy; Restrictive measures; World Trade Organization

847

1. Introduzione

L'intensificarsi del conflitto tra Federazione Russa e Ucraina ha portato la dottrina a interrogarsi, oltre che sulla qualificazione giuridica dell'intervento militare russo e sulle correlate questioni umanitarie¹, sull'utilizzo delle misure restrittive (sovente impropriamente definite sanzioni) come strumento di coercizione economica in risposta alla mobilitazione militare da parte sovietica e al riconoscimento delle repubbliche separatiste del Luhansk e del Donetsk². Si tratta di misure che sono state giustificate, da

¹ In proposito, si vedano i contributi pubblicati nella Sezione I, rubricata «Il conflitto russo-ucraino», dei *quaderni di SIDIBlog*, 2022, 9, 19-236; per un'analisi unitaria dei profili giuridici rilevanti nel conflitto russo-ucraino, alla luce del diritto internazionale e del diritto dell'Unione Europea, cfr. A. Ligustro, F. Ferraro, P. De Pasquale, *Il futuro del mondo e dell'Europa passa per Kiev*, in *DPCE online*, 2022, 2, XI-XXXVI.

² Per un approfondimento sulla portata e sui limiti delle misure coercitive adottate contro la Federazione Russa nel quadro del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e del diritto UE si vedano, rispettivamente, D. Pauciulo, *Le misure restrittive del commercio adottate nel contesto del conflitto in Ucraina alla prova del diritto OMC*, in *quaderni di SIDIBlog*, 2022, 9, 79-96 e S. Poli, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SIDIBlog*, 22-03-2022, <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=S.+Poli%2C+La+portata>

molti Paesi occidentali e dall’Unione Europea, per condivise esigenze securitarie ed emergenziali e sul presupposto di una violazione dell’art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite³. È opportuno precisare che simili provvedimenti coercitivi sono stati per lo più disposti in assenza di una previa decisione del Consiglio di Sicurezza dell’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) ai sensi dell’art. 41 della Carta⁴, giacché qualunque misura sarebbe stata oggetto di un veto da parte della Russia⁵.

Tutte le misure restrittive economiche e finanziarie sino ad oggi adottate contro Mosca sono dunque accomunate dalla medesima *ratio*: isolare la Russia sul piano economico, nella speranza di privarla delle risorse necessarie per proseguire gli sforzi bellici e neutralizzare così il riscontrato clima di insicurezza. Basti pensare alla proattività in materia degli Stati Uniti d’America, che, a fronte dell’acuirsi del conflitto russo-ucraino, hanno notevolmente ampliato la portata dell’apparato sanzionatorio a carico della Russia tramite l’adozione di molteplici *executive orders* presidenziali. Si tratta di un programma di sanzioni varato nel 2014 dall’*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) e che, tutt’oggi, è oggetto di una continua implementazione in conseguenza dell’invasione dell’Ucraina nel 2022⁶.

Le sanzioni adottate dagli USA a partire dal 2014 si collocano nel solco di una strategia condivisa a livello internazionale, in attuazione della quale anche l’Unione Europea, sempre nel 2014, ha introdotto il primo pacchetto

[+e+i+limiti+delle+misure+restrittive+dell’Unione+europea+nel+conflitto&ie=UTF-8&oe=UTF-8.](#)

³ Per un inquadramento dell’intervento militare russo in Ucraina alla luce del diritto internazionale, si veda S. Cavandoli, G. Wilson, *Distorting Fundamental Norms of International Law to Resurrect the Soviet Union: The International Law Context of Russia’s Invasion of Ukraine*, in 69 *Neth. Int. Law Rev.*, 395 ff. (2022). Sui possibili strumenti di risoluzione del conflitto, rinvenibili nel diritto internazionale, si veda L. Panella, *Il diritto internazionale può favorire la fine del conflitto in Ucraina?*, in *OIDU*, 2023, 3, 942-959.

⁴ Come è noto, tale disposizione consente di adottare misure non implicanti l’uso della forza laddove ricorra una delle situazioni previste dall’art. 39 della stessa Carta ONU, ovvero nel caso in cui il Consiglio di Sicurezza accerti «l’esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace, o di un atto di aggressione». La compatibilità con il diritto internazionale generale delle misure di cui all’art. 41, specie laddove adottate da Stati non direttamente lesi da un illecito internazionale, è tutt’oggi dibattuta in dottrina. Sull’argomento, cfr. M. Asada, *Economic Sanctions in International Law and Practice*, New York, 2020; S. Silingardi, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020; M. Sossai, *Sanzioni delle Nazioni Unite e Organizzazioni regionali*, Roma, 2020; M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Oxford, 2017; N. Ronzitti (Ed), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden, 2016.

⁵ Sulla compatibilità con il diritto internazionale delle misure restrittive adottate dall’Unione Europea, cfr. C. Morviducci, *Le misure restrittive dell’Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti problematici*, in *Eurojus*, 2019, 2, 77 ss.; A. Tzanakopoulos, *Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union: Implications for the European Union’s International Responsibility*, in A.Z. Marossi e M.R. Bassett (Eds), *Economic Sanctions under International Law. Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, The Hague, 2015, 145-161.

⁶ Cfr. la sezione del sito OFAC dedicata alle *Russia-related Sanctions*, che è liberamente accessibile al seguente link: <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/russia-related-sanctions>.

di misure restrittive⁷ nei confronti della Russia. Dette misure sono state disposte in conseguenza dell’annessione illegale di Crimea e Sebastopoli e delle prime azioni militari russe in territorio ucraino, tali da compromettere o comunque minacciare l’integrità territoriale, la sovranità e l’indipendenza dell’Ucraina⁸. I provvedimenti europei adottati tra il 2014 e il 2022 sono stati superati, per intensità e ampiezza, dalle misure restrittive introdotte dall’Unione a partire dal febbraio 2022⁹, in risposta al riconoscimento delle *oblast* di Donetsk e Luhansk e all’intervento militare russo in tali zone¹⁰.

Il riaffiorare del più ampio dibattito sull’impiego degli strumenti di coercizione economica per finalità di sicurezza offre l’occasione per soffermarsi su uno specifico settore del diritto UE che è stato pure interessato dalle misure restrittive, quello degli appalti pubblici¹¹. Il settore del *public procurement* è stato infatti ricompreso nell’esistente pacchetto di restrizioni per effetto del regolamento (UE) n. 576/2022, approvato in risposta al formale «riconoscimento delle zone non controllate dal governo delle regioni ucraine di Donetsk e Luhansk»¹². L’art. 5 *duodecies* del regolamento (UE) n. 833/2014 del Consiglio, introdotto dall’anzidetto

⁷ L’espressione «misure restrittive» si rinviene nell’art. 215 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), che consente «l’interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più Paesi terzi» e/o l’adozione di «misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali».

⁸ Cfr. reg. UE n. 269/2014 del Cons. del 17-3-2014; decisione UE n. 145/2014/PESC del Cons. del 17-3-2014; reg. UE n. 833/2014 del Cons. del 31-7-2014; decisione n. 512/2014/PESC del Cons. del 31-7-2014.

⁹ Anche le misure UE introdotte a seguito dell’offensiva militare russa del 2022 sono frutto di un’azione coordinata internazionale che ha coinvolto i Paesi del G7 e, altri, tra cui l’Australia, la Corea del Sud e la Svizzera. Cfr. V. Szép, *Unmatched level of sanctions coordination*, in *Verfassungsblog*, 23 marzo 2022, <https://verfassungsblog.de/unmatched-levels-of-sanctions-coordination/>. Per un approfondimento sulle misure adottate dall’Unione a seguito della destabilizzazione e dell’invasione dell’Ucraina a partire dal 2014, e in particolare dal febbraio 2022, si veda A. Ali, *Dalle misure restrittive dell’Unione europea alla “guerra economica” nei confronti della Russia e della Bielorussia a seguito dell’invasione dell’Ucraina*, in *questionegiustizia.it*, 15 aprile 2022, <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/dalle-misure-restrittive-dell-unione-europea-alla-guerra-economica-nei-confronti-della-russia-e-della-bielorussia-a-seguito-dell-invasione-dell-ucraina>.

¹⁰ Cfr. reg. UE n. 263/2022 del Cons. del 23-2-2022; reg. UE n. 576/2022 del Cons. dell’8-4-2022. Quest’ultimo regolamento è stato dichiaratamente approvato al fine di contrastare un atto che viola «il diritto internazionale e i principi della Carta delle Nazioni Unite e compromette la sicurezza e le stabilità europee e mondiali» (considerando 5 della decisione n. 578/2022/PESC del Cons. dell’8-4-2022).

¹¹ In merito alla nozione italiana di “appalti pubblici” e alla sua corrispondente traduzione in lingua inglese, si rende necessaria una preliminare precisazione linguistica utile a facilitare la consultazione delle fonti sovranazionali in materia. Nel contesto internazionale si rinvengono infatti due diverse espressioni in lingua inglese, che differiscono in relazione al contesto giuridico-geografico di riferimento. In ambito europeo si utilizza la nozione *public procurement*, mentre nel contesto dell’Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) si predilige quella di *government procurement*, rinvenibile anche negli ordinamenti giuridici statunitense, cinese e russo.

¹² Considerando 5 della decisione n. 578/2022/PESC del Cons. e art. 1 *nonies* della decisione 512/2014/PESC del Cons. (introdotto dalla decisione 578/2022/PESC del Cons.).

regolamento (UE) n. 576/2022 e poi successivamente modificato¹³, stabilisce il divieto di «aggiudicare o proseguire l'esecuzione di qualsiasi contratto di appalto pubblico o di concessione» agli operatori economici stabiliti in Russia o che agiscono «per conto e sotto la direzione» di un soggetto di nazionalità russa¹⁴. In particolare, tale divieto trova applicazione nei confronti di: «a) un cittadino russo, una persona fisica residente in Russia o una persona giuridica, un'entità o un organismo stabiliti in Russia; b) una persona giuridica, un'entità o un organismo i cui diritti di proprietà sono direttamente o indirettamente detenuti per oltre il 50% da un'entità di cui alla lettera a); oppure c) una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agisce per conto o sotto la direzione di una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo di cui alla lettera a) o b), compresi, se rappresentano oltre il 10% del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici»¹⁵.

Al fine di approfondire i presupposti giuridici di siffatta misura e valutare la sua compatibilità con il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), ci soffermeremo sulla disciplina dell'Unione in materia di *public procurement* (§2 e §3) e sulle ipotesi di deroga alla sua applicazione (§4 e §5), come discendenti, in una prospettiva intra-UE, dalle eccezioni di carattere generale previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e, sul piano delle relazioni esterne, dall'adozione di misure restrittive *ex artt.* 29 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e 215 TFUE. La prospettiva di indagine sarà duplice, giacché incentrata non solo sulla disciplina UE, ma anche sul sistema giuridico OMC, che è la culla dell'unico accordo multilaterale vincolante in materia di appalti pubblici, ovvero l'*Agreement on Government Procurement* (GPA)¹⁶, cui aderisce la stessa Unione Europea con tutti i suoi Paesi membri¹⁷. Ad oggi si contano, oltre ad un

¹³ Cfr. reg. UE n. 879/2022 del Cons. del 3-6-2022; reg. UE n. 1269/2022 del Cons. del 21-7-2022; reg. UE n. 1214/2023 del Cons. del 23-6-2023; reg. UE n. 1745/2024 del Cons. del 24-6-2024; reg. UE n. 395/2025 del Cons. del 24-2-2025.

¹⁴ Per espressa previsione del par. 4 dell'art. 5 *duodecies* del reg. UE n. 833/2014, tale divieto non trova applicazione «all'esecuzione, fino al 10 ottobre 2022, di contratti conclusi prima del 9 aprile 2022».

¹⁵ In deroga a siffatto divieto le «autorità competenti» degli Stati membri (come elencate nell'Allegato I al reg. UE n. 833/2014) possono autorizzare l'aggiudicazione e la prosecuzione di appalti pubblici nei settori enucleati dal par. 2 dell'art. 5 *duodecies* del reg. UE n. 833/2014.

¹⁶ La versione vigente del GPA è il risultato del Protocollo modificativo adottato dagli Stati contraenti nel marzo 2012 ed entrato in vigore il 6 aprile 2014 per tutti i Paesi aderenti del GPA 1994. Il testo del GPA, come modificato dal Protocollo del 2012, è liberamente consultabile sul sito OMC al seguente link: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf. Per un approfondimento sul GPA, v., per tutti, R.D. Anderson, N. Sportysheva, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement: Evolving Global Footprint, Economic Impact and Policy Significance*, in 28 (3) *Pub. Procurement L. Rev.*, 71-91 (2019).

¹⁷ Il GPA costituisce la fonte di riferimento per l'elaborazione della normativa in materia di appalti pubblici dell'Unione Europea e dei suoi Paesi membri. Sebbene la disciplina specifica in materia di *public procurement* differisca tra i Paesi, le normative di settore risultano tutte improntate alla non discriminazione, quale principio fondante la disciplina multilaterale del commercio internazionale. Cfr. S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*,

elevato numero di Paesi osservatori (tra cui la Federazione Russa e alcune organizzazioni internazionali), 49 Stati Parti del GPA.

L'analisi del quadro giuridico entro cui si colloca la vigente misura restrittiva di cui all'art. 5 *duodecies* del regolamento (UE) n. 833/2014 permetterà di svolgere, in conclusione, alcune riflessioni in ordine alle condizioni legittimanti il recente divieto di aggiudicazione e prosecuzione di appalti pubblici che l'Unione ha adottato, dopo l'invasione dell'Ucraina nel 2022, nei confronti degli operatori economici russi o eterodiretti da soggetti di nazionalità russa (§6).

2. Il quadro giuridico UE in materia di appalti pubblici

Il settore degli appalti pubblici ha storicamente rivestito una grande importanza nel contesto europeo; sono infatti trascorsi quarant'anni dall'adozione della prima ed embrionale forma di regolamentazione in materia¹⁸. Sebbene fosse una disciplina poco strutturata e perciò anche qualificata in dottrina come inefficace¹⁹, si trattò di una prima importante testimonianza dell'attenzione riservata alla materia dai Paesi europei.

La liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici è stata percepita nel contesto europeo come funzionale al più generale obiettivo di costruire un mercato unico²⁰, specie dopo che la Commissione definì il *protectionist public procurement* quale «una delle più evidenti barriere alla piena realizzazione di un vero mercato interno»²¹. Gli appalti pubblici hanno così progressivamente assunto un ruolo sempre più importante nell'ambito del processo di integrazione europeo, non essendo più percepiti come «a single topic of the common market» bensì «a multi-faced tool» di *governance*²².

Le vigenti normative dei Paesi membri in materia di *public procurement* costituiscono diretta attuazione della disciplina generale dell'Unione, assimilabile per struttura e principi al GPA²³.

Londra, 2000, 72 ff.; S. Brown-Shafii, *Promoting Good Governance, Development and Accountability: Implementation and the WTO*, Basingstoke, 2011, 60 ff.

¹⁸ Cfr. direttiva n. 71/304/CEE del Consiglio della Comunità Economica Europea «concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali».

¹⁹ Cfr. H. Gordon, S. Rimmer, S. Arrowsmith, *The Economic Impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lessons for the WTO*, in 21(2) *The World Econ.*, 159-187 (1998).

²⁰ La realizzazione di un mercato unico europeo costituisce, al tempo stesso, strumento primario e fine ultimo, giacché rende possibile l'eliminazione delle barriere alla libera circolazione di merci, capitali, persone, consentendo un'effettiva integrazione tra i vari Paesi membri mediante la definizione di regole che siano, quanto più possibile, uniformi. Sul punto, v. R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 51 ss.

²¹ Commissione delle Comunità europee, *Il completamento del mercato interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, 1985, COM(85)310/def, par. 81.

²² C. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham/Northampton, 2016, XV.

²³ H. Caroli Casavola, *The WTO and the EU: Exploring the Relationship Between Public Procurement Regulatory System*, in E. Chiti, B.G. Mattarella (Eds), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlino, 2011, 295 ff.

La principale fonte di riferimento in materia di *public procurement*²⁴ è rappresentata dal diritto primario²⁵ e, in particolare, dai principi contemplati dal TFUE della libera circolazione delle merci (art. 34), della libertà di stabilimento (art. 49) e della libera prestazione di servizi (art. 56), nonché dai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza²⁶. Ne consegue che i Paesi membri sono tenuti a rispettare, oltre al diritto derivato e alle disposizioni settoriali di cui si dirà in seguito, anche i principi del TFUE richiamati innanzi²⁷, per l'appunto definiti in dottrina come una fonte «parallela» in materia²⁸. Mentre il diritto derivato trova applicazione, in linea di principio, solo con riferimento agli appalti pubblici che superano la cd. soglia comunitaria²⁹, il diritto primario si applica in ogni caso, indipendentemente dal valore dell'appalto. La disciplina dei contratti cd. sottosoglia è quindi interamente rimessa ai legislatori nazionali, tenuti ad osservare il TFUE nonché i fondamentali principi sottesi alla disciplina dell'Unione in materia di *public procurement*, quali la parità di trattamento, la trasparenza, la tutela della concorrenza e la correttezza delle operazioni contrattuali.

Nella categoria degli atti di diritto derivato in materia di appalti pubblici rientrano le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE, 2014/24/UE³⁰ e 2014/25/UE, che fissano principi e obiettivi

²⁴ Cfr. considerando 1 della direttiva UE n. 24/2014.

²⁵ Come è noto, il quadro normativo UE si compone di fonti del diritto cd. primario o di primo livello, costituito dai trattati istitutivi dell'Unione (TUE e TFUE), e del diritto cd. secondario o derivato. Nell'ambito della categoria di diritto primario non rientrano i principi generali, il diritto consuetudinario e i principi generali di diritto internazionale, tradizionalmente ricondotti alle fonti di rango cd. intermedio. La dottrina straniera riconduce invece trattati, principi generali di diritto e diritto consuetudinario nell'alveo dell'*EU Primary Law*. Cfr. M. Oesch, *Europarecht*, II ed., Bern, 2019, 405 ff.; K. Bradley, *Legislating in the European Union*, in C. Barnard, S. Peers (Eds), *European Union Law*, II ed., Oxford, 2017, 103 ff.

²⁶ Cfr., *ex multis* tra gli atti UE, la Comunicazione interpretativa della Commissione «relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici», COM/2006/C 179/02.

²⁷ In una prospettiva ancora più generale, non può sottacersi la rilevanza del *public procurement* anche rispetto alla promozione e alla tutela di altri diritti pure contemplati dal diritto primario UE, in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cui l'art. 6, par. 1, TUE ha attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati istitutivi). Per un approfondimento sull'impatto dei diritti umani nell'ambito del settore degli appalti pubblici, v. A. Sanchez-Graells, *Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework*, in O. Martin-Ortega, C.M. O'Brien (Eds), *Public Procurement and Human Right: Risks, Dilemmas and Opportunities for the State as a Buyer*, Cheltenham, 2019, 96-114. In generale, sul tema della portata vincolante della Carta dei diritti fondamentali UE e dei suoi limiti di applicazione, si veda N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

²⁸ R. Koch, *Green Public Procurement under WTO Law. Experience of the EU and Prospects for Switzerland*, Cham, 2020, 118.

²⁹ Le soglie comunitarie indicano il valore monetario della commessa pubblica e differiscono a seconda della tipologia contrattuale. Le soglie di rilevanza comunitaria, ai fini dell'applicazione della normativa eurounionale in materia di appalti pubblici, sono aggiornate annualmente con provvedimento della Commissione UE.

³⁰ La direttiva UE n. 24/2014 definisce la disciplina generale in materia di *public procurement* e si può considerare come *lex generalis*. Per un commento dettagliato alle

vincolanti per gli Stati membri³¹. Tali direttive, costituenti nell’insieme il cd. pacchetto legislativo sugli appalti pubblici³² e contraddistinte da un livello di dettaglio maggiore rispetto al GPA, disciplinano rispettivamente le procedure per l’aggiudicazione delle concessioni, degli appalti pubblici e dei contratti nei cd. settori speciali³³. Gli appalti pubblici negli specifici settori della sicurezza e della difesa sono invece disciplinati dalla direttiva (CE) n. 81/2009. Il quadro normativo UE si completa con la direttiva (CE) n. 66/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, la cd. Direttiva Ricorsi, disciplinante «il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici»³⁴.

La regolamentazione della partecipazione degli operatori di Paesi terzi alle procedure indette in ambito UE rientra nella competenza esclusiva dell’Unione in materia di politica commerciale comune (art. 207 TFUE) e caratterizza la cd. dimensione esterna degli appalti pubblici, disciplinata dal regolamento (UE) 2022/1031 entrato in vigore il 29 agosto 2022 (cd. regolamento IPI)³⁵.

Ci è impossibile approfondire in questa sede il contenuto degli atti di diritto derivato in materia di appalti pubblici, per cui ci soffermeremo nel paragrafo seguente sugli specifici profili che assumono rilevanza ai fini dell’inquadramento del rapporto tra la disciplina UE e il diritto OMC.

disposizioni di tale strumento, si veda. R. Caranta, A. Sanchez-Graells, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, 2021.

³¹ Si tratta di atti legislativi con valore vincolante ma di portata generale, per cui gli Stati membri sono essenzialmente liberi di definire la forma e i mezzi per raggiungere gli obiettivi prefissati dalla normativa UE. Un limite all’autonomia procedurale degli Stati, nell’attuazione delle direttive, è dato però dal rispetto dei principi di equivalenza ed effettività di cui all’art. 4, par. 3, del TFUE. In proposito, cfr. M. Bobek, *The effects of EU law in the national legal system*, in C. Barnard, S. Peers (Eds), *European Union Law*, Oxford, 2014, 140-173; A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e “limiti” alla tutela nazionale*, in *DUE*, 2019, 3, 525-560; H. Caroli Casavola, op. cit., 209-301.

³² La base giuridica del pacchetto UE sugli appalti pubblici è costituita dagli artt. 26, 34, 53 par. 1, 56, 57, 62 e 114 del TFUE.

³³ Il carattere “speciale” di tali settori si spiega in ragione della loro strategicità e funzionalità rispetto allo svolgimento di attività e servizi fondamentali per gli interessi di ogni Paese (i cd. servizi di interesse economico generale); i servizi propri di tali settori sono erogati da soggetti formalmente privati o partecipati dallo Stato, che operino in condizioni di monopolio o, comunque, in forza di un particolare rapporto con la pubblica amministrazione.

³⁴ Per un approfondimento sul contenuto della Direttiva Ricorsi e sul suo impatto nell’ordinamento italiano, cfr. B. Caruso, G. Caudullo, G. Scalambrieri, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l’efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale*, Roma, 2010.

³⁵ Il regolamento IPI discende da una proposta della Commissione risalente al 2016 e di cui l’atto finale è stato firmato il 23 giugno 2022, una volta completata la procedura di adozione. Occorre precisare, per completezza espositiva, che si tratta di una modifica ad una proposta ancora precedente di regolamento, segnatamente risalente al 2012. Cfr. proposta modificata di regolamento del P.E. e del Cons., COM(2016) 34 final, 0060/2012 (COD).

3. (Segue) Il rapporto tra la disciplina UE e il diritto OMC

La partecipazione dell’Unione all’OMC si fonda sulla competenza esclusiva demandata dagli Stati membri alla CE³⁶, prima, e all’UE³⁷, poi, in materia di politica commerciale comune³⁸, che si accosta al funzionamento del mercato interno e alle tre libertà fondanti il processo di integrazione europea: la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi.

Per quanto qui interessa rispetto al settore degli appalti pubblici, va evidenziato che i Trattati dell’Unione non contengono alcun specifico riferimento ad una competenza esclusiva in materia di *public procurement*³⁹. La partecipazione dell’UE al GPA trova quindi il suo fondamento, in una prospettiva più generale, nella riconducibilità di detto accordo al contesto giuridico OMC, ovvero al sistema di accordi internazionali cui l’Unione ha aderito in attuazione della propria competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune⁴⁰. Il GPA è perciò parte integrante dell’ordinamento giuridico dell’UE ed è gerarchicamente interposto, al pari degli altri accordi internazionali sottoscritti dall’Unione, tra i trattati istitutivi e la legislazione secondaria⁴¹. Ciò spiega perché alle tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, dichiaratamente emanate in recepimento della normativa OMC sugli appalti pubblici⁴², si riconosce una presunzione di conformità al GPA⁴³. Ne consegue che, anche sul piano

³⁶ Cfr. l’art. 133 del Trattato CE. Sulla capacità di agire della CE nei confronti delle organizzazioni internazionali e per un inquadramento dell’accordo OMC sugli appalti pubblici del 1979 nel contesto delle fonti giuridiche comunitarie, si veda D. Del Vescovo, *Il sistema OMC degli appalti pubblici e la sua attuazione nel diritto comunitario*, Bari, 2006, 121-194.

³⁷ Cfr. l’art. 207 del TFUE. Sul tema della conclusione di accordi commerciali da parte dell’UE nell’attuale contesto normativo, si veda A. Lang, *Rafforzare l’impatto normativo dell’Unione europea attraverso gli accordi commerciali e di associazione*, in G. Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell’Unione europea*, Torino, 2021, 55-61.

³⁸ Sulla politica commerciale comune, anche in rapporto alla partecipazione dell’Unione Europea all’OMC, si veda il saggio di F. Bestagno, *La politica commerciale comune*, in M.E. Bartoloni, S. Poli (a cura di), *L’azione esterna dell’Unione europea*, Napoli, 2021, 111-141.

³⁹ L’unico specifico riferimento al *public procurement* è invero contemplato dall’art. 179, par. 2, del TFUE, che vi si collega in tema di ricerca e sviluppo tecnologico.

⁴⁰ Cfr. M.M. Salvadori, *Gli appalti pubblici nell’Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità europea*, Napoli, 2001, 89-113. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha recentemente avuto modo di ribadire la propria competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, rivendicando il potere – non spettante ai Paesi membri – di concludere accordi internazionali che impongano o vietino l’accesso alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici degli operatori economici di uno Stato terzo. Cfr. Corte giust., c-266/22, *CRRC Qingdao Sifang CO. Ltd*, sent. 13-3-2025.

⁴¹ Il tema del rango dei trattati internazionali sottoscritti dall’Unione, nel quadro delle fonti UE, è stato per la prima volta affrontato dalla Corte di Giustizia CE nel parere n. 1/78 del 4-10-1979; cfr. anche art. XXII, par. 4, GPA.

⁴² Cfr. considerando 17 della direttiva UE n. 24/2014. L’obiettivo sotteso alle tre direttive è rafforzare il mercato interno europeo tramite la liberalizzazione del sistema delle commesse pubbliche.

⁴³ L’applicazione delle direttive UE n. 23/2014, n. 24/2014 e n. 25/2014 deve infatti avvenire in conformità con il GPA (considerando 65 della direttiva UE n. 23/2014; considerando 17 e 18 della direttiva UE n. 24/2014; considerando 17 e 18 della direttiva

interpretativo, le fonti del diritto UE in materia dovranno essere applicate nel rispetto delle disposizioni del GPA, nonché dei rilevanti principi fondanti l'OMC⁴⁴.

La peculiare sensibilità del legislatore europeo rispetto al tema della liberalizzazione del settore degli appalti pubblici spiega poi perché l'Unione si sia distinta, in ambito internazionale, come «the GPA's chief promoter»⁴⁵, contribuendo in modo rilevante ai negoziati che hanno condotto all'approvazione (nel 1994) e alla revisione (nel 2012) del GPA⁴⁶. L'UE, oltre ad essere Parte fondatrice del GPA nonché del suo antenato (l'Accordo del 1979 sottoscritto dall'allora Comunità Europea), riveste tutt'oggi il riconosciuto ruolo di promotore della normativa OMC in materia di *public procurement*⁴⁷. Il diritto dell'Unione ha infatti favorito l'implementazione nel contesto europeo del GPA, contribuendo ad arricchire il quadro normativo in materia e persino incrementando, in ossequio ai principi di trasparenza e non discriminazione⁴⁸, le previsioni a tutela degli operatori economici. Rispetto al divieto di discriminazione che guida la disciplina GPA⁴⁹, il principio di matrice UE si compone poi di un'ulteriore dimensione, ovvero la parità di trattamento (*principle of equal treatment*). La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha avuto modo di precisare

UE n. 25/2014). Cfr. Committee on Government Procurement (CGP), *Key take-aways from the Committee's Symposium on Sustainable Procurement*, Ginevra, 30-5-2017, GPA/W/341, 21.

⁴⁴ M. Oesch, op. cit., 806, che richiama *ex multis* la pronuncia Corte giust., c-84/95, *Bosphorus*, 30-7-1996.

⁴⁵ H. Caroli Casavola, op. cit., 294. A tutt'oggi l'UE riveste una posizione preminente in ambito GPA, atteso che i suoi Paesi membri costituiscono i due terzi degli Stati Parti. Ciò significa che senza l'adesione dell'UE l'Accordo OMC sugli appalti pubblici perderebbe di valore nel contesto internazionale, potendo contare su un numero di gran lunga inferiore di Paesi aderenti.

⁴⁶ L'Unione Europea è stata tra i primi, quale Parte GPA, a sottoscrivere il Protocollo modificativo del 2012. Cfr. decisione UE del Cons. del 2-12-2013 relativa alla «conclusione del protocollo che modifica l'accordo sugli appalti pubblici», 115/2014/UE.

⁴⁷ S. Ladi, D. Tsarouhas, *International Diffusion of Regulatory Governance: EU Actorness in Public Procurement*, in 11(4) *Regulation & Governance*, 388-403 (2017).

⁴⁸ Cfr. art. 18 direttiva UE n. 24/2014, art. 36 direttiva UE n. 25/2014 e art. 3 direttiva UE n. 23/2014. Il principio di non discriminazione trova fondamento nell'art. 18 del TFUE, che, nel vietare qualsivoglia trattamento discriminatorio sulla base della nazionalità, assume un valore ben più stringente rispetto al divieto, contemplato dall'art. IV GPA, di riservare un trattamento «less favourably» agli operatori economici stranieri. Il principio UE di non discriminazione discende da libertà fondanti la stessa Unione europea: libera circolazione dei beni (art. 34 del TFUE); libera prestazione dei servizi (art. 56 del TFUE); libertà di stabilimento (art. 49 del TFUE).

⁴⁹ Le direttive comunque richiamano il rispetto del principio di non discriminazione di cui all'art. IV del GPA (art. 25 e considerando 17 della direttiva UE n. 24/2014; art. 43 e considerando 103 della direttiva UE n. 25/2014). Tale disposizione, rubricata «Non-discrimination», estende, in sostanza, al settore degli appalti pubblici il rispetto delle due fondamentali clausole, anche definite come «bedrock foundation», che ricorrono negli accordi commerciali OMC: nazione più favorita (*Most Favoured Nation* o MFN) e trattamento nazionale (*National Treatment* o NT). Cfr. S. Arrowsmith, *The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the procedural rules and other transparency provisions*, in S. Arrowsmith, R.D. Anderson (Eds), *The WTO Regime on Government Procurement*, Cambridge, 2011, 286 ff.

che «il principio della parità di trattamento richiede che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato (sentenze 14 dicembre 2004, causa C-434/02, Arnold André, Racc. pag. I-11825, punto 68, e giurisprudenza citata, e causa C-210/03, Swedish Match e a., Racc. pag. I-11893, punto 70, e giurisprudenza citata)»⁵⁰.

A completamento di quanto sin qui osservato con riferimento al rapporto tra la disciplina UE e il diritto OMC, appare opportuno soffermarsi sul peculiare problema che si pone rispetto all'efficacia diretta del GPA nel contesto dell'Unione e dunque alla possibilità, per i privati, di invocare il rispetto dell'Accordo sugli appalti pubblici dinanzi alle autorità giudiziarie dei Paesi membri. Il più generale tema della “invocabilità” diretta degli accordi multilaterali commerciali, su cui la Corte di Giustizia ha per molto tempo evitato di pronunciarsi nonostante fosse stato già sollevato proprio con riferimento al diritto OMC⁵¹, fu affrontato in un caso del 1991⁵² e, poi, a seguito di un ricorso proposto dalla Repubblica Portoghese⁵³. In tale occasione, la Corte negò l'effetto diretto degli Accordi OMC che, in quanto per lo più improntati a meccanismi di negoziazione, non potevano essere richiamati *sic et simpliciter* dalle autorità giurisdizionali per disapplicare norme interne, privando gli organi nazionali della possibilità di ricorso a soluzioni negoziate. È stato però osservato come vada riconosciuta efficacia diretta a quegli Accordi OMC cui l'Unione ha inteso allinearsi tramite l'adozione di specifici strumenti giuridici, dichiaratamente adottati in attuazione di un impegno assunto in sede multilaterale⁵⁴. Ciò è stato di recente ribadito dalla Corte con riferimento ad altri atti di diritto derivato UE, sempre discendenti da fonti OMC, da cui si evinca «l'eventuale volontà dell'Unione di dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito

⁵⁰ Corte giust., c-21/03 e c-34/03, *Fabricom SA*, sent. 3-3-2005, p.to 27. Per un approfondimento sul principio della parità di trattamento, quale declinazione del principio di non discriminazione di matrice UE, e per un'analisi comparata rispetto alla disciplina OMC, si veda T. Cottier, M. Oesch, *Direct and Indirect Discrimination in WTO Law and EU Law*, in S.E. Gaines, B.E. Olsen, K.E. Sørensen (Eds), *Liberalising Trade in the EU and the WTO: A Legal Comparison*, Cambridge, 2012, 141-175.

⁵¹ Cfr. Corte giust., c-183/95, *Affish*, sent. 17-7-1997; Corte giust., c-364/95 e c-365/95, *T. Port GmbH & Co.*, sent. 10-3-1998; Corte giust., c-106/89, *Marleasing SA*, sent. 13-11-1998. Solo in un'occasione la Corte ebbe modo di qualificare il GATT 1947 «not capable of conferring on citizens of the Community rights which they can invoke before the courts». Cfr. Corte giust., c-21-24/72, *International FRUIT Company NV*, sent. 12-12-1972, parr. 21-24 e 72.

⁵² Cfr. Corte giust., c-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, sent. 7-5-1991.

⁵³ La controversia aveva ad oggetto la richiesta di annullamento della decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un memorandum di intesa con il Pakistan e la Repubblica indiana in materia di accesso al mercato dei prodotti tessili. Cfr. Corte giust., c-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, sent. 23-11-1999. Per un approfondimento sulla controversia, anche rispetto al quadro dei rapporti allora esistenti tra OMC e ordinamento comunitario, cfr. P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, 541-574.

⁵⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta depositate il 13 luglio 2023 nella causa c-382/21 P, *EU IPO/ The KaiKai Company Jaeger Wichmann*, spec. p.ti 61-69; Corte giust., c-70/87, *Fediol*, sent. 22-6-1989.

degli accordi in questione [...] Tale volontà e l’obbligo particolare devono, di conseguenza, risultare da una disposizione specifica dell’atto di diritto derivato dell’Unione di cui trattasi in un determinato caso»⁵⁵.

Sullo specifico tema della produzione di effetti diretti del GPA, la CGUE non ha ancora avuto modo di pronunciarsi. In favore dell’efficacia diretta depone l’elevato livello di dettaglio del predetto accordo e la circostanza che, differentemente dagli altri accordi OMC, si tratta di un accordo che non fornisce solo una disciplina sul piano “generale” (dei beni e servizi nel settore degli appalti pubblici), ma incide anche sui diritti dei singoli⁵⁶. I fautori della tesi contraria⁵⁷ richiamano, a sostegno della propria posizione, l’abrogazione del previgente art. XX, par. 2, del GPA 1994 – che imponeva alle Parti di prevedere apposite procedure nell’interesse dei fornitori che intendessero contestare violazioni dell’accordo OMC – e l’inserimento dell’art. XVIII, par. 1, b), del vigente GPA. Tale norma, nell’ammettere che «the supplier does not have a right to challenge directly a breach of the Agreement under the domestic law of a Party», sembrerebbe demandare alle Parti ogni valutazione in merito al riconoscimento di effetti diretti del GPA. D’altro canto, non si può ignorare che la questione dell’efficacia diretta di tale Accordo, peraltro di recente riconosciuta proprio nell’ordinamento italiano⁵⁸, potrebbe rappresentare un problema di scarsa rilevanza pratica rispetto al contesto giuridico UE, atteso il maggiore livello di dettaglio e tutele garantito dalla normativa dell’Unione Europea rispetto al GPA.

4. Le ipotesi di deroga per finalità di sicurezza nella prospettiva intra-UE

Con riferimento alle più generali ipotesi di deroga alla normativa in materia di appalti pubblici per esigenze securitarie, occorre innanzitutto soffermarsi sull’art. 36 TFUE, che contempla una serie di eccezioni al divieto di adottare

⁵⁵ Corte giust., c-269/23 P e c-272/23 P, *Hengshi Egypt Fiberglass Fabrics SAE*, sent. 28-11-2024, spec. p.to 60.

⁵⁶ La Corte di Giustizia sembra infatti aver adottato un approccio più “aperto”, cioè favorevole all’applicabilità diretta, in presenza di accordi internazionali che postulino disposizioni di favore per i singoli cittadini. Cfr. C. Kaddous, *Effects of International Agreements in the EU Legal Order*, in M. Cremona, B. De Witte (Eds), *EU Foreign Relations Law*, Oxford-Oregon, 2008, 312 ff. Per un’analisi delle diverse tesi a favore dell’applicabilità diretta della versione previgente del GPA, si vedano P. Didier, *Le Code sur les marchés publics du Cycle de l’Uruguay et sa transposition dans la Communauté*, in 32(3-4) *Cahiers de droit européen* 257, 318 ff. (1996); M. Footer, *Remedies under the New GATT Agreement on Government Procurement*, in 4 *Public Pub. Procurement L. Rev.* 80, 87 ff. (1995).

⁵⁷ Sulla “non invocabilità” del GPA del 1994 si erano espressi già P. Manin, *A propos de l’accord instituant l’Organisation mondiale du commerce et de l’accord sur les marchés publics: la question de l’invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne*, in 33(3) *Rev. trim. droit eur.* 399, 411-428; D. Del Vescovo, op. cit., 189-191.

⁵⁸ Si veda la sentenza del TAR Piemonte, Torino, Sez. II, n. 1110 del 3-12-2021, con la quale è stato annullato un appalto pubblico ove non era ammessa la partecipazione di operatori di Paesi terzi, aventi sedi al di fuori dell’Unione Europea, per violazione (anche) del GPA.

misure restrittive in materia di scambi commerciali⁵⁹. In particolare, gli Stati possono derogare agli obblighi in materia di scambi commerciali e dunque adottare eventuali misure in contrasto con i principi di non discriminazione e parità di trattamento, a condizione che dette misure risultino: a) proporzionate al fine da conseguire⁶⁰; b) giustificate sulla base di ragioni legittime. L'adozione di misure restrittive può essere giustificata, segnatamente, sulla base di «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale».

Per quanto qui interessa rispetto alle eccezioni connesse a esigenze securitarie, va evidenziato come le giustificazioni fondate sul concetto di “ordine pubblico” – di per sé interpretato in modo molto limitativo dalla CGUE – sono state ammesse solo in relazione a misure restrittive motivate sulla base anche di altri interessi pubblici⁶¹. Il diverso concetto di “pubblica sicurezza”, interessato da poche pronunce per lo più relative al settore dell'energia, è stato interpretato in modo da ricomprendere esigenze connesse tanto alla sicurezza interna quanto alla sicurezza esterna⁶².

La seconda parte dell'art. 36 TFUE definisce i limiti entro cui è possibile ricorrere a misure derogatorie, stabilendo espressamente che i provvedimenti restrittivi non devono «costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Come riconosciuto dalla stessa Corte, «la seconda frase dell'art. [36 TFUE] mira ad impedire che le restrizioni degli scambi basate sui motivi indicati nella prima frase siano distolte dal loro fine e usate in maniera da creare discriminazioni nei confronti delle merci originarie di altri Stati membri o da proteggere indirettamente taluni prodotti nazionali»⁶³, ovverosia nel caso dell'adozione di misure protezionistiche. Eventuali

⁵⁹ Tale disposizione, in quanto previsione che deroga al principio fondamentale dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, configura una norma di stretta interpretazione.

⁶⁰ Nel contesto giuridico UE, il canone della proporzionalità implica che una misura restrittiva sia funzionale al raggiungimento dell'obiettivo politico prefissato, nonché necessaria e ragionevolmente sopportabile. In sostanza, l'adeguatezza presuppone che la misura in questione sia adeguata al raggiungimento dell'obiettivo desiderato, mentre la necessità implica che i mezzi scelti non limitino gli scambi commerciali più di quanto necessario. Cfr., anche per la giurisprudenza ivi richiamata, R. Koch, op. cit., 128.

⁶¹ Ad esempio, la CGUE ha ammesso che una normativa «la quale ha come obiettivo di orientare il consumo di alcol in modo da prevenire gli effetti dannosi causati dalle sostanze alcoliche alla salute delle persone e alla società e che tenta così di combattere l'abuso di alcol, risponde a preoccupazioni di salute e di ordine pubblico riconosciute dall'art. [36 TFUE]». Cfr. Corte giust., c-434/04, *Korkein oikeus*, sent. 28-11-2006, p.to 28. L'adozione di provvedimenti restrittivi dettati da una motivazione “esclusivamente” basata sull'ordine pubblico è stata invece accettata dalla Corte in un caso eccezionale, quando uno Stato membro ha limitato l'importazione ed esportazione di monete d'oro da collezione al fine di tutelare l'ordine pubblico e proteggere il diritto di battere moneta (che rientra negli interessi fondamentali dello Stato). Cfr. Corte giust., c-7/78, *England*, sent. 23-11-1978.

⁶² Cfr. Corte giust., c-367/89, *Richardt*, sent. 4-10-1991.

⁶³ Cfr. Corte giust., c-34/79, *Hen*, sent. 14-12-1979, p.to 21; Corte giust., c-1/90 e c-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivia*, sent. 25-7-1991, p.to 20.

deroghe si possono anche giustificare sulla base di «unwritten reasons», cioè motivazioni di interesse pubblico, tra cui la tutela dell'ambiente o dei diritti fondamentali, che non trovano riconoscimento in una previsione normativa⁶⁴. Nella giurisprudenza della CGUE, tali motivazioni compongono la categoria delle cd. esigenze imperative, quali interessi meritevoli di tutela ancorché non espressamente menzionate nell'art. 36 TFUE⁶⁵.

In sostanza, nel contesto dell'Unione Europea si può riscontrare un meccanismo di eccezioni che, rispetto all'operatività del principio di non discriminazione, appare meno stringente di quello contemplato in ambito OMC, dove è senz'altro più arduo impiegare «legitimate policy reasons» per derogare all'applicazione del GPA e dei suoi principi cardine⁶⁶. Tuttavia, il ricorso alle deroghe *ex art. 36 TFUE* non risulta ammesso con riferimento a materie che sono state oggetto di armonizzazione, rispetto alle quali gli Stati membri godono di minore discrezionalità nel definire il grado di protezione funzionale alla tutela dei propri interessi⁶⁷.

Relativamente al settore degli appalti pubblici, le giustificazioni contemplate dall'art. 36 TFUE, anche funzionali alla tutela di esigenze securitarie, sono riproposte nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. In particolare, si può derogare all'applicazione di tali direttive per finalità di «tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE»⁶⁸.

5. (Segue) Le misure restrittive in ambito PESC come possibile deroga al GPA

Come si è avuto modo di osservare nella parte introduttiva del presente lavoro, l'accesso al mercato degli appalti pubblici dell'Unione da parte degli operatori economici provenienti da Paesi terzi può in sostanza essere impedito, per esigenze securitarie, per effetto delle misure restrittive adottabili in attuazione degli obiettivi di politica estera e sicurezza comune (PESC)⁶⁹ e, in particolare, degli artt. 29 TUE e 215 TFUE.

L'art. 29 TUE demanda al Consiglio il potere di definire «la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica»,

⁶⁴ Il principio delle «unwritten reasons» è stato per la prima volta riconosciuto all'esito della controversia Corte giust., c-120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, sent. 20-2-1979.

⁶⁵ Cfr. *ex multis* Corte giust., c-1/90 e c-176/90, cit., p.to 13.

⁶⁶ Cfr. T. Cottier, M. Oesch, op. cit., 155-156.

⁶⁷ Cfr. Corte giust., c-473/98, *Toolex Alpha*, sent. 11-7-2000; Corte giust., c-5/77, *Carlo Tedeschi*, sent. 5-10-1977.

⁶⁸ Considerando 59 della direttiva UE n. 23/2014; considerando 41 della direttiva UE n. 24/2014; considerando 56 della direttiva UE n. 25/2014.

⁶⁹ In generale, con riferimento alla PESC, cfr. E. Carli, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione Europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino, 2019; M.E. Bartoloni, S. Poli, op. cit.; 2019, C. Novi, *Il ruolo ancora decisivo degli Stati membri nella Politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea*, in *Com. internaz.*, 2023, 2, 253-278.

prescrivendo agli Stati membri di provvedere «affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell’Unione»⁷⁰. L’UE può decidere di assumere specifiche posizioni in maniera autonoma⁷¹ o in seguito ad analoghe decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, disponendo l’adozione di specifiche misure restrittive nei confronti di Stati terzi⁷², dirigenti statali, entità non statali o individui. Simili misure, in quanto adottate nell’ambito della PESC e in coerenza con gli obiettivi dell’azione esterna dell’UE⁷³, non hanno natura strettamente sanzionatoria o punitiva, ma sono piuttosto funzionali a indurre i relativi destinatari a interrompere tutte quelle azioni e attività che l’Unione intende contrastare per motivi di sicurezza⁷⁴.

L’art. 215 TFUE prevede che a fronte di una decisione PESC che disponga «l’interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più Paesi terzi», il Consiglio dell’Unione «deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell’Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione adotta le misure necessarie», informandone il Parlamento europeo. Tale disposizione è funzionale a garantire attuazione alle misure restrittive nell’ambito dell’ordinamento UE, attraverso l’impiego di atti giuridici “tipici”, cioè regolamenti, che l’Unione può adottare *ex art. 288 TFUE*⁷⁵. Infatti, l’art. 215 TFUE «consente l’adozione di regolamenti da parte del Consiglio [...] per conferire efficacia a misure restrittive quando esse rientrano nell’ambito di applicazione del Trattato FUE, nonché, in particolare, al fine di garantirne l’applicazione uniforme in tutti gli Stati membri»⁷⁶. Rispetto alla diversa *ratio* sottesa alle decisioni PESC *ex art. 29 TUE* e ai regolamenti *ex art. 215 TFUE*, la CGUE ha avuto modo di enucleare le «diverse funzioni di questi due tipi di atti, uno che fissa la posizione dell’Unione per quanto concerne le misure restrittive da adottare e l’altro che costituisce lo strumento per conferire efficacia a dette misure a livello dell’Unione»⁷⁷.

⁷⁰ Le decisioni di cui all’art. 29 TUE sono ricomprese nell’ambito dell’art. 35, par. 1, TUE, relativo alle decisioni che stabiliscono un’azione operativa.

⁷¹ L’UE ha spesso impiegato i poteri previsti dall’art. 215 del TFUE in situazioni di crisi internazionali. In proposito, v. C. Novi, *Le sanzioni autonome come strumento della politica estera dell’Unione europea*, in *SIE*, 2022, 2, 285-312; S. Poli, *Le misure restrittive autonome dell’Unione europea*, Napoli, 2019; C. Novi, *Le sanzioni dell’Unione europea relative alla crisi ucraina: Il paradosso di una forte coesione interna poco efficace sul piano internazionale*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, 2016, 227-250.

⁷² Tra le numerose posizioni formalizzate *ex art. 29 TUE* dall’Unione, assumono particolare rilievo le decisioni assunte per l’adozione di misure restrittive contro la Somalia, la Liberia, l’Iran, la Libia e la Siria.

⁷³ Con riferimento all’adozione di tali decisioni trova applicazione il principio dell’unanimità, che non soffre eccezioni in materia di PESC *ex art. 31, par. 4, TUE*.

⁷⁴ In tale categoria rientrano, ad esempio, le politiche e gli interventi adottati dagli Stati in violazione del diritto internazionale generale, dei diritti umani o dei principi fondanti lo Stato di diritto.

⁷⁵ L’articolo 288 TFUE individua le seguenti cinque tipologie di atti giuridici: regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.

⁷⁶ Corte giust., c-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company*, sent. 28-3-2017.

⁷⁷ *Ibid.*

Giova infine precisare, per completezza espositiva, che l'adozione di misure restrittive, specificamente destinate a persone fisiche e giuridiche, è subordinata al previo riconoscimento di idonee «garanzie giuridiche», da prevedere nel regolamento di attuazione alla decisione PESC *ex art. 29 TUE*. L'importanza riconosciuta dall'ordinamento UE alla tutela dei diritti degli individui e delle persone giuridiche è dimostrata dalla speciale competenza attribuita in materia alla CGUE, cui spetta – in via del tutto eccezionale rispetto a quanto previsto dall'art. 24, par. 1, TUE rispetto alla PESC – il potere di controllare la legittimità degli atti adottati *ex art. 215 TFUE*, ovverosia «delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea»⁷⁸.

In una prospettiva extra-UE, si può conclusivamente affermare che eventuali misure PESC, volte a limitare la partecipazione di operatori di Paesi terzi sottoscrittori del GPA agli appalti pubblici dell'Unione⁷⁹, possono tradursi in una *deroga* al principio di non discriminazione che permea le disposizioni del GPA stesso e, più in generale, l'intero sistema normativo dell'OMC.

6. Riflessioni conclusive

Come si evince dall'analisi condotta nei paragrafi precedenti, la disciplina dell'Unione in materia di appalti pubblici può essere eccezionalmente derogata per dichiarate esigenze securitarie. Si tratta di esigenze che assumono rilevanza sia sul piano dei rapporti tra gli Stati membri, sia in una prospettiva extra-UE, segnatamente riguardante gli operatori provenienti da Paesi terzi come per l'appunto la Federazione Russa.

In una prospettiva intra-UE, le possibili deroghe all'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici per finalità di sicurezza trovano innanzitutto fondamento nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE⁸⁰ e nelle cause di giustificazione ivi richiamate, in coerenza con quanto previsto dall'art. 36 TFUE. Per quanto riguarda invece la partecipazione degli operatori degli Stati terzi al mercato delle commesse pubbliche UE, eventuali misure restrittive possono essere stabilite dall'Unione in ambito PESC ovvero in attuazione degli artt. 29 TUE e 215 TFUE, su un piano che implica il necessario coinvolgimento di tutti i Paesi membri.

Per quanto qui interessa con riferimento alla valutazione delle misure PESC rispetto al contesto OMC e alle disposizioni multilaterali in materia

⁷⁸ Art. 275, par. 2, TFUE. In proposito, cfr. C. Novi, *Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche*, in *OIDU*, 2023, 3, 488-507.

⁷⁹ Per un approfondimento sul regime applicabile agli operatori economici provenienti da Paesi terzi non sottoscrittori del GPA o di altro accordo internazionale con l'UE in materia di appalti pubblici, sia consentito il rinvio a M. Buccarella, *Appalti pubblici e operatori economici provenienti da paesi terzi che non hanno concluso un accordo internazionale con l'UE: quid iuris?*, in *Foro it.*, 2025, 2, 94 ss.

⁸⁰ Considerando 59 della direttiva UE n. 23/2014; considerando 41 della direttiva UE n. 24/2014; considerando 56 della direttiva UE n. 25/2014.

di appalti pubblici, il ricorso da parte dell’Unione alla combinazione decisione-regolamento PESC risulta astrattamente compatibile con il meccanismo derogatorio di cui all’art. 3 del GPA e, in particolare, con l’eccezione di cui al par. 2, lett. a). L’Unione Europea, in quanto membro OMC e Parte del GPA, ha infatti titolo ad adottare tutte quelle misure restrittive che, anche in deroga agli obblighi discendenti dall’Accordo sugli appalti pubblici, risultino necessarie per finalità di sicurezza e ordine pubblico.

È dunque nel quadro delle misure legittimamente adottabili in ambito PESC, ai sensi degli artt. 29 TUE e 215 TFUE⁸¹, che va ricondotto il vigente divieto di aggiudicare gli appalti pubblici indetti nell’UE a operatori economici stabiliti in Russia o che agiscono «per conto e sotto la direzione» di un soggetto di nazionalità russa⁸², come introdotto con il regolamento (UE) n. 576/2022 in conseguenza dell’invasione dell’Ucraina nel 2022.

Con riguardo ai vigenti obblighi internazionali pattizi di matrice OMC, non sussiste un problema di compatibilità *in concreto* del regolamento (UE) n. 576/2022 rispetto al GPA, atteso che sono ancora in corso i negoziati per l’adesione della Russia all’Accordo⁸³ e, ad oggi, Mosca ha ottenuto solo lo *status* di *observer* in seno al *Committee on Government Procurement (CGP)*⁸⁴. *Rebus sic stantibus*, l’ipotesi di una adesione di Mosca al GPA sembra peraltro potersi escludere anche in un futuro prossimo.

D’altro canto, sul piano di una valutazione *in astratto* che assume rilievo in una prospettiva di sistema, non si può ignorare che la misura adottata nei confronti della Russia in materia di appalti pubblici – come collocata nel contesto degli altri provvedimenti restrittivi UE – potrebbe confliggere con il GPA e con i principi ad esso sottesi. L’art. 5 *duodecies* del Regolamento (UE) n. 833/2014 integra infatti un divieto di carattere assoluto, ovvero una speciale forma di incapacità a contrattare con le pubbliche amministrazioni che interessa non solo gli operatori stabiliti in Russia o di nazionalità russa, ma anche quelli che agiscono «per conto e sotto la direzione» dei primi⁸⁵. È

⁸¹ In merito alla legittimità e all’efficacia del pacchetto di misure restrittive adottate dall’Unione Europea nel contesto del conflitto tra Russia e Ucraina, si veda S. Poli, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell’Unione europea*, cit.

⁸² Art. 5 *duodecies*, par. 1, del reg. UE n. 833/2014.

⁸³ Sull’adesione al GPA dei Paesi EECCA (*Eastern Europe, Caucasus and Central Asia*), tra cui rientra anche la Federazione Russa, si veda M.A. Corvaglia, *Accession Of EACCA Countries To The WTO Government Procurement Agreement: Commitments And Expectations*, Working Paper – NCCR Trade Regulation, No. 2015/04, 12-2014, https://www.wti.org/media/filer_public/13/29/1329e4c0-786f-4752-927f-0878b561fc34/nccr_working_paper_201504.pdf.

⁸⁴ Cfr. art. 21, par. 4, GPA. Al Comitato per gli appalti pubblici spetta il compito di vigilare sul rispetto e sull’implementazione del GPA.

⁸⁵ La giurisprudenza amministrativa italiana si è di recente interrogata sulla portata del divieto di aggiudicazione in favore di operatori che operano «per conto e sotto la direzione» di soggetti stabiliti in Russia o di nazionalità russa. In particolare, con l’ordinanza n. 3838 del 26-4-2024, il Consiglio di Stato, Sez. V, nell’investire la Corte di Giustizia UE di una questione di pregiudizialità interpretativa *ex art. 267 TFUE*, ha richiamato l’attenzione sulla possibilità che la misura restrittiva di cui all’art. 5 *duodecies* del reg. UE n. 833/2014 si possa estendere in modo tale da integrare, addirittura, un divieto di aggiudicazione nei confronti di qualsiasi operatore che risulti influenzato in

ragionevole domandarsi, in applicazione dei più rigidi presupposti che giustificano l'adozione di deroghe al GPA, quale apporto ulteriore potrebbe fornire un simile divieto generalizzato rispetto agli auspicati obiettivi di sicurezza e, soprattutto, a fronte di un ampio spettro di misure restrittive già adottate dall'Unione ai sensi e per gli effetti degli artt. 29 TUE e 215 TFUE.

Peraltro, appare difficile sostenere che la dichiarata finalità di sicurezza non possa essere perseguita, finanche in materia di appalti pubblici, attraverso il ricorso a “misure alternative”, cioè meno radicali rispetto a un divieto di aggiudicazione *tout court*. A ciò si potrebbe però obiettare che la rigida disciplina OMC, in assenza di una specifica prassi in materia di GPA, dovrebbe essere impiegata in modo più “elastico” nel settore degli appalti pubblici, rispetto a quanto previsto per il più noto *General Agreement on Tariff and Trade* (il GATT, uno degli accordi fondanti il sistema multilaterale del commercio) o per gli altri Accordi OMC⁸⁶. Infatti, dall'esame della prassi OMC non si rinvencono decisioni specificamente riferite al parametro di valutazione da adottare, rispetto al GPA, per definire se una misura restrittiva adottata per motivi di sicurezza sia necessaria e integri o meno una condotta discriminatoria. Del resto, mentre rispetto al GATT un Paese membro dell'OMC si pone come legislatore e quindi regolatore del mercato interno, nel caso del GPA gli enti aggiudicatori agiscono nella propria fondamentale veste di consumatori⁸⁷. Ciò potrebbe giustificare il riconoscimento, in capo agli Stati, di una maggiore discrezionalità nell'individuazione degli standard di riferimento per l'adozione di misure restrittive per finalità di sicurezza.

In una prospettiva ancora più generale, il divieto introdotto dall'UE in materia di appalti pubblici nei confronti degli operatori economici russi conferma un certo grado di convinzione dell'Unione in ordine alla maggiore funzionalità dei provvedimenti restrittivi unilaterali rispetto agli strumenti forniti in ambito multilaterale⁸⁸. In proposito, si è osservato come proprio il crescente ricorso agli strumenti coercitivi *ex artt. 29 TUE e 215 TFUE*, nel contesto del conflitto russo-ucraino, rappresenti l'occasione giusta per rivedere le valutazioni negative espresse in passato con riguardo all'efficacia delle misure restrittive dell'UE⁸⁹. Cambiando prospettiva, tuttavia, una siffatta proattività, a fronte del persistente stato di crisi in cui versa l'OMC, rischia di alimentare il già diffuso sentimento di sfiducia verso il

via “di fatto” da un'entità/soggetto (persona fisica, persona giuridica, entità, organismo) di nazionalità russa.

⁸⁶ Tale tesi è stata sostenuta dalla dottrina con specifico riferimento al rapporto tra GPA e l'Accordo sugli ostacoli tecnici al commercio (*Technical Barriers to Trade Agreement* o TBT). Cfr. S. Arrowsmith, *Government Procurement*, cit., 316.

⁸⁷ R. Koch, op. cit., 82-83.

⁸⁸ Una certa tendenza dell'Unione a preferire soluzioni di tipo unilaterale in materia di commercio internazionale l'avevamo già riscontrata, sempre in questa Rivista, nell'esaminare le reazioni UE al persistente stato di crisi del sistema di soluzione delle controversie OMC e all'ostruzionismo *made in USA*. In proposito, cfr. A. Ligustro, M. Buccarella, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) condanna i dazi di Trump su acciaio e alluminio, ma Biden condanna l'OMC*, in *DPCE online*, 2023, 1, 1529 ss.

⁸⁹ S. Poli, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, cit.

multilateralismo⁹⁰ e, indirettamente, anche il pericolo di abusi delle regole multilaterali.

Marco Buccarella
Dipartimento to di Scienze Politiche
Università degli Studi di Napoli “Federico II”
marco.buccarella@unina.it

⁹⁰ G. Sacerdoti, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un «global public good» da difendere*, in *DPCE*, 2019, Numero speciale, 685-699; A. Del Vecchio, *La crisi del multilateralismo e le sue conseguenze sulla soluzione delle controversie economiche internazionali*, in *OIDU*, 2020, supp. 3, 111-120.