

Il T.a.r. per il Piemonte rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione relativa alla possibilità di qualificare come "errore grave commesso dall'operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale" la violazione della disciplina *antitrust*.

**T.a.r. per il Piemonte, sezione I, ordinanza 21 giugno 2018, n. 770 – Pres. Giordano, Est. Ravasio**

**Contratti della P.A. – Gara – Grave illecito professionale – Violazione *antitrust* – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

*Deve essere rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea il quesito interpretativo se il combinato disposto da una parte degli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva 2004/17/CE, e d'altra parte dell'art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE osti ad una previsione, come l'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006 della Repubblica Italiana, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, che esclude dalla sfera di operatività del c.d. "errore grave" commesso da un operatore economico "nell'esercizio della propria attività professionale", i comportamenti integranti violazione delle norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale *antitrust* con provvedimento confermato in sede giurisdizionale, in tal modo precludendo a priori alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente siffatte violazioni ai fini della eventuale, ma non obbligatoria, esclusione di tale operatore economico da una gara indetta per l'affidamento di un appalto pubblico. (1)*

(1) I. - Con l'ordinanza in esame, il T.a.r. per il Piemonte ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea il quesito relativo alla compatibilità dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 – che, così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, esclude dalla sfera di operatività del c.d. "errore grave" commesso da un operatore economico "nell'esercizio della propria attività professionale", i comportamenti integranti violazione delle norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale *antitrust* con provvedimento confermato in sede giurisdizionale – alle disposizioni di cui agli artt. 53, paragrafo 3 e 54, paragrafo 4, della Direttiva 2004/17/CE, e dell'art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE.

II. – La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta.

Con bando e successiva lettera di invito, la stazione appaltante ha indetto ai sensi della direttiva 2004/17/CE – Servizi speciali, una procedura ristretta ex art. 220, d.lgs. n. 163/2006, suddivisa in sei lotti.

In esito alla gara, tre dei sei lotti sono stati inizialmente aggiudicati alla ricorrente e, tuttavia, la stazione appaltante, con successivo provvedimento, ha pronunciato la

decadenza dalla aggiudicazione della ricorrente, essendo emerso che l'Autorità italiana Garante per la Concorrenza ed il Mercato, con provvedimento regolarmente pubblicato, aveva provveduto a sanzionarla per aver partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza di tipo orizzontale, perpetrata dalle parti con variegate forme di condotta (accordi, scambi di informazione, pratiche concordate in senso stretto), con la finalità di condizionare gli esiti di una gara indetta da altra amministrazione attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili nel numero massimo fissato dalla *lex specialis*.

In sintesi la stazione appaltante ha fondato il provvedimento di decadenza sulle seguenti considerazioni:

- a) la legittimità del provvedimento sanzionatorio della Autorità nazionale *antitrust* è stata riconosciuta in sede giurisdizionale con sentenza passata in giudicato;
- b) il T.a.r. per il Piemonte, con sentenze nn. 428 del 29 marzo 2017 e n. 446 del 3 aprile 2017, ha affermato che costituisce errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 e art. 45, par. 2, lett. d), della Direttiva 2004/18/CE, anche il comportamento consistente in una intesa restrittiva di concorrenza accertato in via amministrativa, posto in essere dall'operatore in altra procedura di gara;
- c) la parte ricorrente ha del tutto omesso di dichiarare negli atti di gara l'esistenza, nei suoi confronti, di un procedimento sanzionatorio pendente avanti la Autorità nazionale *antitrust*;
- d) il comportamento sanzionato dall'Autorità *antitrust* è tale da comportare l'interruzione del rapporto fiduciario;
- e) le misure di *self cleaning* implementate dalla ricorrente sono intervenute solo in corso di gara e pertanto non sono idonee a far venir meno la causa di esclusione sin dall'inizio della gara.

La ricorrente ha impugnato il provvedimento di decadenza dalla aggiudicazione sostenendo:

- f) che l'illecito *antitrust* non può integrare errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 e, quindi, non può essere considerato ai fini della esclusione di un operatore da una gara;
- g) che la decadenza dalla aggiudicazione in un caso simile comporterebbe violazione del principio del *ne bis in idem*, perpetuando a carico della ricorrente delle conseguenze sanzionatorie ulteriori rispetto alla sanzione comminata dalla Autorità *antitrust*;
- h) che le misure di *self cleaning* avrebbero dovuto essere tenute in considerazione ancorché intervenute solo in corso di gara.

Ritiene il T.a.r. per il Piemonte, alla luce della normativa comunitaria e della interpretazione giurisprudenziale operata dalla Corte di giustizia in merito alle cause di esclusione facoltativa, che il disposto di cui all'art. 38 comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, non sia compatibile con la nozione comunitaria di «*errore nell'esercizio dell'attività professionale*», che, in realtà, ricomprende qualsiasi comportamento scorretto volto ad incidere sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le condotte poste in essere nella fase di esecuzione di contratti pubblici.

### III. – La ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale.

La fattispecie oggetto della pronuncia del T.a.r. per il Piemonte si inserisce nell'ambito delle questioni relative alla interpretazione delle ipotesi di esclusione dalla gara di appalto di imprese che abbiano commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato dalla stazione appaltante con qualsiasi mezzo di prova (cfr. sulla diversa, ma connessa, questione relativa al se, nell'ipotesi in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore possa essere escluso esclusivamente allorquando la risoluzione non sia stata contestata ovvero sia confermata all'esito di un giudizio, Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 3 maggio 2018 n. 2639, oggetto della News US in data 8 maggio 2018; T.a.r. per la Campania, sez. IV, ordinanza, 13 dicembre 2017, n. 5893, oggetto della News US, in data 19 dicembre 2017, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza e per la posizione assunta dall'A.n.a.c. in merito alla nozione di grave errore professionale alla luce del nuovo codice dei contratti).

Ricorda il Collegio che:

- i) secondo la ricostruzione operata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, deve escludersi che nell'ambito della natura e tipologia dei comportamenti ascrivibili alla categoria degli "*errori professionali gravi*", rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, possano includersi i comportamenti integranti illecito anticoncorrenziale;
- j) possono costituire "*errori professionali gravi*", rilevanti ai fini della eventuale esclusione da una gara d'appalto, solo inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico, dovendosi invece escludere dal campo applicativo della norma i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento;
- k) anche con specifico riguardo alle condotte costituenti illecito concorrenziale si è ribadito che esse vanno escluse dal campo applicativo dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, perché costituiscono condotte non contemplate da tale norma, la quale, sia nella prima che nella seconda parte, prefigura situazioni che hanno un nucleo comune, incentrato sullo svolgimento

- dell'attività di impresa sulla capacità tecnica e correttezza esecutiva manifestata dall'operatore economico nello svolgimento di quest'ultima;
- l) esulano quindi dal perimetro applicativo della norma i fatti illeciti commessi al di fuori dell'esecuzione di rapporti contrattuali, a qualsiasi titolo sanzionati dall'ordinamento; tali ipotesi risultano, infatti, incompatibili sul piano letterale e logico con la nozione di «errore» impiegata nella lettera f), nel contesto di una disposizione che per altre cause ostative, relative a fatti lesivi di interessi generali e non circoscritti alla sfera imprenditoriale, impiega invece le espressioni «gravi infrazioni» (lett. e) o «violazioni gravi» (lett. "g" e "i"); o ancora «hanno violato il divieto» (lett. d);
  - m) a tale ricostruzione non osterebbe neppure la sentenza della Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, C-470/13, nella quale si afferma che nell'ambito dell' *"errore professionale"* commesso *"nell'esercizio dell'attività professionale"*, rilevante ai sensi dell'art. 45 comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, possa essere inclusa *"un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda"*; dalla pronuncia in esame, infatti, si potrebbe solo far discendere la constatazione secondo cui una norma nazionale che espressamente qualifichi quale *"errore professionale grave"* un illecito concorrenziale non sarebbe difforme dal diritto della Unione. Sul piano del diritto nazionale, tuttavia, sarebbe pur sempre necessaria una disposizione normativa volta a chiarire espressamente che l'illecito anticoncorrenziale rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 45 comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. IV, 14 dicembre 2016 causa C-171/15, Taxi Services BV, in *Foro amm.*, 2016, 2890, oggetto della News US in data 9 gennaio 2017; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. X, 18 dicembre 2014, causa C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, 3034; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. III, 13 dicembre 2012, causa C-465/11, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 713, con nota di PASSARELLI, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 3085, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 147 e in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 1055).
  - n) relativamente alle cause di esclusione c.d. *"facoltative"* la giurisprudenza della Corte formatasi nel vigore delle Direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE, non risulta di univoca interpretazione;
  - o) una parte della giurisprudenza, infatti, riconosce agli Stati membri il potere di non attribuire rilevanza giuridica a tutte o a talune di tali cause di esclusione ovvero di ridimensionare la portata applicativa di ciascuna di esse, in particolare, prevedendo che non debbano essere applicate in alcune situazioni che invece sono rilevanti per il diritto della Unione;

- p) altra parte della giurisprudenza, al contrario, sostiene che gli Stati membri possano solo chiarire il significato, senza mutare la nozione rilevante ai fini del diritto europeo di «*errore nell'esercizio dell'attività professionale*», che ricomprenderebbe qualsiasi comportamento scorretto volto ad incidere sulla credibilità professionale dell'operatore in questione e non soltanto la violazione delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore, che sarebbero accertate dall'organo di disciplina prevista per tale professione o da una decisione giurisdizionale passata in giudicato;
- q) sotto tale profilo, dunque, la nozione di "*errore grave*" rilevante ai fini dell'art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE, ricomprenderebbe anche comportamenti diversi dai meri inadempimenti contrattuali, potendosi estendere a qualsiasi violazione, persino di norme deontologiche, idonea ad evidenziare la propensione di un operatore economico a non rispettare regole;
- r) gli Stati membri, del resto, con riferimento alle cause di esclusione "*facoltative*", devono tenere conto della nozione di "*errore grave*" rilevante ai fini del diritto della Unione, potendo tali cause essere precisate ed esplicitate nel diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell'Unione;
- s) conclusivamente, se risulta corretta l'affermazione secondo cui l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, non consente agli Stati membri di privare le amministrazioni aggiudicatrici del potere di applicare le cause di esclusione "*facoltative*" indicate all'art. 57 comma 4, tra le quali v'è anche la violazione delle norme sulla concorrenza e, se la Direttiva 2014/24/UE è espressione di principi già immanenti anche nel passato diritto della Unione europea, allora ciò dovrebbe significare che il legislatore italiano non avrebbe potuto escludere, dalla sfera di applicazione dell' "*errore grave*" di cui all'art. 45 comma 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/UE, la commissione di illeciti anticoncorrenziali; al contempo ciò dovrebbe anche significare che non possa ammettersi un'interpretazione del sistema normativo volta a non ricondurre la violazione della concorrenza nell'ambito delle cause di inaffidabilità professionale dell'operatore che se ne sia reso responsabile.