



**News n. 93 del 17 luglio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario**

Fondi UE, nozione di “irregolarità” e loro revoca: si applica il principio di proporzionalità e rilevano gli “atti di corruzione” in gare ad evidenza pubblica.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione III, sentenza 8 giugno 2023, C-545/2021: Anas s.p.a. contro Ministero delle infrastrutture e trasporti.

Unione europea – Contributi e finanziamenti – Fondi strutturali europei – Irregolarità – Nozione – Revoca e rettifica finanziaria.

La nozione di «irregolarità», ai sensi dell'art. 2, punto 7, del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999, comprende comportamenti che possono essere qualificati come «atti di corruzione» praticati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la realizzazione di lavori cofinanziati da un fondo strutturale dell'Unione europea e per i quali è iniziato un procedimento amministrativo o giudiziario, anche quando non è provato che tali comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'offerente e non è stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione; in tali casi, l'art. 98, paragrafi 1 e 2, di detto regolamento dev'essere interpretato nel senso che gli Stati membri, al fine di determinare la rettifica finanziaria applicabile, devono procedere a una valutazione caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione la natura e la gravità delle irregolarità constatate nonché la loro incidenza finanziaria per il fondo interessato.(1)

(1) I. – Con ordinanza del T.a.r. per il Lazio, sezione I, 4 agosto 2021, n. 9204 (oggetto della News US n. 79 del 20 ottobre 2021, alla quale si rinvia per ogni approfondimento), venivano rimesse alla Corte di giustizia UE quattro distinte questioni pregiudiziali, tutte incentrate su quale valenza giuridica debba attribuirsi alle nozioni di “irregolarità”, “frode” e “corruzione”, ai fini della revoca e/o rettifica finanziaria del contributo da parte dello Stato membro, anche quando in concreto non vi sia la prova che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero che siano state determinanti nella scelta del

beneficiario, ancorché vi sia stato un tentativo di influenzare il processo decisionale dell'amministrazione, e detti contributi siano stati comunque utilizzati per il fine per cui erano destinati e per un'opera ammissibile al finanziamento europeo ed effettivamente realizzata. La vicenda muove dall'impugnazione, da parte di Anas s.p.a., del provvedimento con il quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha revocato il finanziamento per la realizzazione di taluni lavori di ammodernamento di una strada statale, sul rilievo di una sentenza di "patteggiamento" (*rectius*: "applicazione della pena su richiesta della parte"), dalla quale sarebbe emersa l'esistenza di un "sistema corruttivo" coinvolgente taluni funzionari dipendenti di Anas s.p.a., ma non anche, allo stato, del legale rappresentante della società.

Infatti, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – dopo aver appreso dell'esistenza di un'indagine penale che disvelava un potenziale sistema corruttivo che involgeva alcuni funzionari dell'Anas s.p.a. – con decisione del 10 giugno 2020: i) ha ordinato il recupero delle somme già erogate in applicazione del programma UE; ii) ha dichiarato non dovuto il residuo, non erogato, in quanto il procedimento di appalto doveva ritenersi viziato da un'irregolarità, con carattere di frode, ai sensi dell'art. 2, punto 7, del regolamento UE n. 1083/2006, nonché degli art. 4 e 5 del regolamento UE n. 2988/1995.

In sostanza, il giudice *a quo* chiedeva alla Corte di giustizia di esprimersi sui limiti in cui è possibile recuperare le somme erogate all'Anas s.p.a., in esecuzione di un programma operativo, comprendente un appalto per la realizzazione di lavori stradali, cofinanziati dal FESR (Fondo europeo di sviluppo regionale).

II. – Questo in sintesi il ragionamento della Corte di giustizia UE in rassegna (riportata in *Rep. Foro it.* e in *Guida dir.*, 2023, 24):

- a) con la prima questione, il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se la nozione di «irregolarità», ai sensi dell'art. 2, punto 7, del regolamento UE n. 1083/2006, sia interpretabile nel senso che comprenda comportamenti che possono essere qualificati alla stregua di «atti di corruzione», nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, avente ad oggetto la realizzazione di lavori cofinanziati da un fondo strutturale dell'UE e per i quali sia iniziato un procedimento amministrativo o giudiziario, volto ad accertare la commissione di tali fatti, anche quando non è provato che tali comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'operatore economico e non sia stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione;
- b) dal momento che tale nozione fa parte di un regime volto a garantire l'efficace gestione dei fondi dell'UE e la tutela degli interessi finanziari di quest'ultima, essa deve essere interpretata in modo uniforme e estensivo, conformemente all'obiettivo perseguito dal regolamento UE n. 1083/2006, consistente nel garantire l'impiego efficiente e regolare dei fondi, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'UE (Corte giustizia UE, sez. III, 1° ottobre 2020, C-743/2018, *Elme Messer Metalurgs*, punti 59 e 63, in *Studium juris*, 2020, 1566);
- c) più specificamente, come puntualizza la sentenza in rassegna, l'esistenza di una «irregolarità», ai sensi dell'art. 2, punto 7, del regolamento UE n. 1083/2006, presuppone la concorrenza di tre elementi: 1) una *violazione* del diritto dell'UE; 2)

un'azione (o un'omissione) di un operatore economico; 3) un *pregiudizio*, attuale o potenziale, arrecato al bilancio dell'Unione (Corte giustizia Ue, sez. III, 1° ottobre 2020, C-743/2018, *Elme Messer Metalurgs*, cit.);

- c1) quanto alle "violazioni", rilevano sia le norme del diritto dell'UE, sia del diritto nazionale, in forza dell'art. 60, lett. a), del regolamento UE n. 1083/2006 (Corte giustizia UE, sez. III, 1° ottobre 2020, C-743/2018, *Elme Messer Metalurgs*, cit., punti 52 e 53, cit.); quindi, nel caso di specie, rileva la violazione di due principi cardine in materia di appalto pubblico: quello della *parità di trattamento* degli operatori economici, che partecipano all'appalto (Corte giustizia UE, sez. IV, 14 dicembre 2016, C-171/2015, *Connexion Taxi Services*, punto 39, in *l'amministrativista.it*, 30 marzo 2017, con nota di PIETROSANTI) e quello della *trasparenza*, onde elidere *in nuce* il rischio di favoritismi e di arbitrarietà da parte dell'amministrazione (Corte giustizia UE, sez. III, 3 ottobre 2019, C-285/2018, *Irgita*, punto 55, in *AIDA*, 2020, 779); orbene, nel caso di specie, sulla base degli atti a disposizione, viene rilevato come non si possa escludere che taluni membri della commissione di gara dell'Anas s.p.a. abbiano favorito uno degli offerenti e discriminato gli altri concorrenti, violando in tal modo i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti, garantiti dall'art. 2 della direttiva UE n. 2004/2018;
- c2) quanto all'elemento dell'"azione", per essere considerata «irregolarità», ai sensi dell'art. 2, punto 7, del regolamento UE n. 1083/2006, non occorre sia dimostrata alcuna intenzionalità o negligenza in capo all'operatore economico interessato (Corte giustizia UE, sez. III, 1° ottobre 2020, C-743/2018, *Elme Messer Metalurgs*, cit., punto 65);
- c3) quanto poi all'elemento del "pregiudizio" al bilancio dell'UE, va sottolineato, come dai termini «*possa avere come conseguenza*» utilizzati dal regolamento UE in questione, emerga che una siffatta condizione non impone affatto che sia dimostrata l'esistenza di un'incidenza finanziaria precisa sul bilancio dell'Unione; ma, perché una violazione delle norme applicabili costituisca un'irregolarità, ai sensi di tale disposizione, è sufficiente che non possa escludersi che tale violazione abbia avuto un effetto sul bilancio del fondo interessato (Corte di giustizia UE, sez. VIII, 6 dicembre 2017, C-408/2016, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, punti 60 e 61);
- d) orbene, posto che, nel caso di specie, il giudice del rinvio ha constatato che l'irregolarità, individuata nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, ha dato luogo all'avvio di procedimenti amministrativi e giudiziari a livello nazionale, volti a determinare l'esistenza di un comportamento fraudolento, rientrante nel reato di corruzione – fatte salve le valutazioni che devono essere effettuate al riguardo dal giudice del rinvio – in forza dell'art. 27, paragrafo 1, lett. c), del regolamento UE n. 1828/2006, siffatta irregolarità può rientrare nella nozione di «*sospetto di frode*» ed essere quindi qualificata come «grave»;

- e) pertanto, sulla prima questione, la Corte dichiara che l'art. 2, punto 7, del regolamento UE n. 1083/2006 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «irregolarità», ivi richiamata, comprenda anche i comportamenti qualificabili come «atti di corruzione», serbati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, avente ad oggetto la realizzazione di lavori cofinanziati da un fondo strutturale dell'Ue, per i quali sia iniziato un procedimento amministrativo o giudiziario, anche quando non sia provato che tali comportamenti abbiano avuto una reale incidenza sulla procedura di selezione dell'offerente e non sia stato accertato alcun danno effettivo al bilancio dell'Unione;
- f) con le questioni terza e quarta, che la Corte esamina congiuntamente, il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se l'art. 98, paragrafi 1 e 2 del regolamento UE n. 1083/2006 debba essere interpretato nel senso che, in caso di irregolarità, quale definita all'art. 2, punto 7, di tale regolamento, gli Stati membri sono tenuti ad applicare automaticamente un tasso di rettifica finanziaria pari al 100% o se, al fine di determinare la rettifica finanziaria applicabile, essi devono procedere a una valutazione caso per caso, alla luce, segnatamente, del principio di proporzionalità;
- g) ai sensi dell'art. 98, paragrafo 1, del regolamento UE n. 1083/2006, che verte specificamente sulle rettifiche finanziarie effettuate dagli Stati membri, spetta anzitutto ad essi perseguire le irregolarità, prendere provvedimenti quando è accertata una modifica importante che incide sulla natura o sulle condizioni di esecuzione o di controllo di operazioni o programmi operativi ed effettuare le necessarie rettifiche finanziarie; il paragrafo 2 di tale articolo precisa, da un lato, che lo Stato membro deve procedere a tali rettifiche in relazione alle irregolarità isolate o del sistema individuate nell'ambito di tali operazioni o programmi operativi e, dall'altro, che dette rettifiche consistono in una soppressione totale o parziale del contributo pubblico del programma operativo, tenendo conto della natura e della gravità delle irregolarità nonché della perdita finanziaria che ne risulta per i fondi;
- h) tali criteri sono dunque espressione del principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione (Corte di giustizia CEE, sez. VI, 18 novembre 1987, C-137/1985, *Maizena e a.*, punto 15; Corte giustizia UE, 10 luglio 2003, C-11/2000, Commissione/BCE, punto 156, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 693, con nota di SUCAMELI; Corte giustizia UE, sez. V, 11 gennaio 2017, C-128/2015, Spagna/Consiglio, punto 71);
- i) di conseguenza, la Corte risponde alla terza e alla quarta questione dichiarando che l'art. 98, paragrafi 1 e 2, del regolamento UE n. 1083/2006, deve essere interpretato nel senso che, in caso di «irregolarità», quale definita dall'art. 2, punto 7, di tale regolamento, esso impone agli Stati membri, al fine di determinare la rettifica finanziaria applicabile, di procedere a una valutazione caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità, prendendo in analisi la natura e la

gravità delle irregolarità constatate, nonché la loro incidenza finanziaria per il fondo interessato;

- j) con la seconda questione, che la Corte esamina in ultimo, il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se l'art. 45, paragrafo 2, primo comma, lettera *d*), della direttiva UE n. 2004/2018 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che non consenta di escludere da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico che ha tentato di influire sul risultato di tale procedura, in particolare, tramite atti di corruzione attiva nei confronti dei membri della commissione di gara;
- k) invero, l'art. 45, paragrafo 2, primo comma, lettera *d*), della direttiva UE n. 2004/2018 permette di escludere da un appalto pubblico ogni operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un "errore grave", nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice; errore che deve denotare un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità e che può essere accertato, senza che sia necessaria una sentenza passata in giudicato (Corte giustizia UE, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/2011, Forposta e ABC Direct Contact, punti 27, 28 e 30, in *Dir. com. e degli scambi internaz.*, 2013, 147); tuttavia il "grave errore" deve necessariamente essere accertato prima della conclusione di una procedura di appalto (Corte giustizia UE, sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/2016, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato, punto 38, in *Foro amm.*, 2017, 2358);
- l) orbene, nel caso di specie, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emergeva che l'Anas s.p.a. è stata informata della potenziale esistenza di un sistema di corruzione, che coinvolgeva taluni dei suoi funzionari, solo al momento dell'avvio, vari anni dopo l'aggiudicazione, di indagini penali vertenti sulla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, non essendo quindi noto, durante lo svolgimento della gara, che il rappresentante legale dell'aggiudicataria avesse potuto compiere "atti di corruzione" verso taluni dei suoi funzionari; *ergo*, l'Anas s.p.a. non era in condizione di contestare un errore professionale grave per un siffatto comportamento e, di conseguenza, non poteva escludere dalla procedura, per tale ragione, il raggruppamento temporaneo di imprese di cui faceva parte tale impresa;
- m) date tali circostanze, la Corte conclude che non occorre, qui, esaminare la questione di stabilire se l'art. 45, paragrafo 2, primo comma, lett. *d*), della direttiva UE n. 2004/2018 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che non consenta di escludere da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico che ha tentato di influire sul risultato di tale procedura, in particolare, tramite atti di corruzione attiva nei confronti dei membri della commissione di gara.

III. – Per completezza, si osservi quanto segue:

- n) sul "grave illecito professionale", *ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503: "In materia di gare pubbliche, la nozione di grave illecito professionale di

cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante, ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di gravi illeciti professionali";

- o) in generale, sull'applicazione del "principio di proporzionalità", *ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2022, n. 8220 (in *Foro amm.*, 2022, II, 1102): *"Nella Pubblica amministrazione il principio di proporzionalità è inteso nella sua accezione etimologica e, dunque, da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale; parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la Pubblica amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che la Pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza";*
- p) sui c.d. "obblighi dichiarativi", Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16 (oggetto della News US in data 17 settembre 2020, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento; nonché in *Foro it.*, 2021, III, 103; *Urb. e app.*, 2021, 85, con nota di NICODEMO; in *Giorn. dir. amm.* 2021, 79, con nota di RIVELLINI; in *Riv. giur. edil.*, 2020, I, 1334, con nota di GIUFFRÈ, STRAZZA); tale pronuncia:
- p1) definisce e perimetra le conseguenze della omissione e violazione degli obblighi dichiarativi delle imprese previsti dall'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 nelle sue diverse declinazioni, con particolare riferimento alle lettere *c-bis*) ed *f-bis*) della medesima disposizione;
- p2) nel rammentare la natura strumentale degli obblighi dichiarativi, rispetto ai provvedimenti di ammissione/esclusione e di aggiudicazione, e che le relative decisioni sono assunte non solo sulla base di riscontri fattuali, ma anche in base ad apprezzamenti discrezionali, afferma che, poiché si tratta di aspetti riconducibili all'art. 80, comma 5, lettera *c-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016, l'amministrazione aggiudicatrice è sempre tenuta – sia in caso di informazioni false, sia in caso di informazioni omesse – a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo;
- p3) in relazione alla previsione di cui all'art. 80, comma 5, lettera *f-bis*), afferma, infine, il carattere residuale della disposizione, la quale si applica alle ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera *c-bis*);
- q) va inoltre evidenziato che l'art. 57, comma 4, della direttiva n. 2014/24/UE prevede espressamente i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di escludere dalla partecipazione ad un procedimento di gara di appalto l'operatore economico partecipante, tra cui v'è il caso di dell'operatore che *"ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli*

vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" (così art. 57, comma 4, lettera i, della direttiva n. 2014/24/UE);

- r) in materia, per un caso di grave illecito professionale, evincibile però da una condanna penale già intervenuta (ancorché non irrevocabile), cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/2016, cit. (menzionata anche dalla sentenza in rassegna), secondo cui: *"Ai sensi della direttiva 2004/18/Ce, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), interpretata anche alla luce nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, deve intendersi che il diritto dell'Unione consente ad una normativa nazionale di prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto, secondo le condizioni dalla stessa indicate, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, anche qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico. L'amministrazione aggiudicatrice, in particolare, può decidere di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore";*
- s) in dottrina, sul grave illecito professionale, cfr. l'ampio approfondimento in DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 751 ss. e 769 ss.