

La Corte di giustizia UE ha affermato la non conformità alle direttive europee della disciplina nazionale nella parte in cui esclude, dall'ambito di applicazione dell'errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale, i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, 4 giugno 2019, C-425/18, Consorzio nazionale servizi società cooperativa (CNS)**

**Contratti pubblici – Gara – Grave illecito professionale – Violazione delle norme in materia di concorrenza**

*L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (1).*

(1) I. - Il rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Piemonte, sez. I, ordinanza 21 giugno 2018, n. 770 (in *Foro amm.*, 2018, 1001, nonché oggetto della News Us in data 2 luglio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) è stato occasionato da una procedura di gara ristretta ai sensi dell'art. 220 d.lgs. n. 163 del 2006, suddivisa in sei lotti. In esito alla gara, tre dei sei lotti sono stati inizialmente aggiudicati alla ricorrente. 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 aveva provveduto a sanzionarla per aver partecipato a 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*.

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) costituisce errore professionale grave ai sensi dell'art. 38, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'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, tra l'altro, che l'illecito *antitrust* non può integrare errore professionale grave ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, non può essere considerato ai fini della esclusione di un operatore da una gara.

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, ha ritenuto che il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 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.

II. – Con l'ordinanza in rassegna, la Corte di giustizia UE, dopo aver analizzato la normativa di riferimento, ha affermato che:

- f) l'art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18/CE non prevede un'uniformità di applicazione, a livello nazionale, delle cause di esclusione in esso indicate, in quanto gli Stati membri hanno facoltà di non applicare alcune cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a

- seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale, prevalenti a livello nazionale;
- g) tuttavia, l'art. 45, par. 2, lett. d), del citato articolo non rinvia alla normativa e alla regolamentazione nazionale, ma prevede che gli Stati membri precisino, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni della sua applicazione;
  - h) quando per una causa di esclusione non vi è un rinvio al diritto nazionale, il potere discrezionale degli Stati membri è regolato più rigorosamente e spetta alla Corte definire la portata di una tale causa di esclusione facoltativa;
  - i) la nozione di errore nell'esercizio della propria attività professionale, cui fa riferimento la citata disposizione,
    - i1) comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico;
    - i2) non può essere limitato ai soli inadempimenti e condotte negligenti nell'esecuzione di un contratto pubblico;
    - i3) si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità;
  - j) l'art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad accertare un grave errore commesso nell'esercizio della propria attività professionale con qualsiasi mezzo di prova,
    - j1) non è, quindi, necessaria una sentenza passata in giudicato;
    - j2) la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore;
  - k) di conseguenza, la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza può costituire una causa di esclusione rientrante nell'art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), della direttiva 2004/18/CE;
  - l) tuttavia, la decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza non può comportare l'esclusione automatica dell'operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in quanto, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza dell'errore grave necessita dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato.

III. – Per completezza si segnala che:

m) con specifico riferimento all'art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), della direttiva 2004/18/Ce e sulla nozione di grave errore professionale, si veda Corte di giustizia UE, 13 dicembre 2012, C-465/11, *Forposta e ABC Direct Contact* (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 (m), e in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 1055), secondo cui:

m1) *“l'art. 45, par. 2, 1° comma, lett. d), direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il cinque per cento del suo valore globale;*

m2) *“I principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale”;*

m3) la nozione di errore nell'esercizio dell'attività professionale comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi, e la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza costituisce una causa di esclusione rientrante nell'art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), della direttiva 2004/18/Ce;

n) con riferimento al rapporto tra art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), della direttiva 2004/18/Ce e le violazioni *antitrust*, si veda anche Corte di giustizia UE, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Kozbeszerzesi Hatosag Kozbeszerzesi Dontobizottsag* (in *Foro amm.*, 2014, 3034), secondo cui *“Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la*

*partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda";*

o) sul potere degli Stati membri in caso di potere discrezionale ridotto nei confronti delle cause facoltative di esclusione, si vedano:

o1) Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 dicembre 2016, causa C-171/15, Taxi Services BV (in *Foro amm.*, 2016, 2890, nonché oggetto della News US, in data 9 gennaio 2017, ai cui approfondimenti si rinvia), secondo cui, tra l'altro: *"Il principio della parità di trattamento esige che gli operatori economici interessati da un appalto pubblico dispongano delle stesse opportunità nella formulazione delle loro offerte e possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti. Allo stesso modo, l'obbligo di trasparenza implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo"; "Le disposizioni della direttiva 2004/18, in particolare quelle dell'articolo 2 e dell'allegato VII A, punto 17, della medesima, interpretate alla luce del principio della parità di trattamento, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretate nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice decida di attribuire un appalto pubblico ad un offerente che ha commesso un grave errore professionale, per il fatto che l'esclusione di tale offerente dalla procedura di gara sarebbe stata contraria al principio di proporzionalità, mentre, secondo le condizioni della gara d'appalto in questione, un offerente che avesse commesso un grave errore professionale avrebbe dovuto necessariamente essere escluso, senza tener conto del carattere proporzionato o meno di tale sanzione"; "Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta a che una normativa nazionale obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d'appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale"; "L'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella*

*normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione”;*

- o2) Corte di giustizia UE, sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 11, 1170, con nota di PATRITO, e in *Giur. It.*, 2015, 1, 142 con nota di D'ALOISIO), secondo cui, tra l'altro: *“Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, quale modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5%(percento) delle somme dovute”;*
- o3) Corte di giustizia CE, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, *La Cascina Soc. coop. a r.l. e altri* (in *Dir. e prat. trib.*, 2006, 3, 2, 696, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 5, 515, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 540, con nota di LOTTI, in *Appalti & Contratti*, 2006, 77, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 310, in *Riv. corte conti*, 2006, fasc. 1, 254, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1391, in *Riv. amm. appalti*, 2006, 45, con nota di TOMASSI, in *Corriere trib.*, 2006, 1189, con nota di LAMBERTI, in *Guida al dir.-Dir. comunitario e internaz.*, 2006, fasc. 2, 42, con nota di CARUSO, in *Rass. avv. Stato*, 2007, fasc. 1, 180), secondo cui: *“spetta alle norme nazionali determinare fino a che momento o entro quale termine gli interessati ad una gara di appalto devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi o aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono soddisfatte. Tale termine può essere, in particolare, la data per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta, la data della presentazione delle offerte dei candidati, la data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o, ancora, il momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto”;* *“Sono compatibili con il diritto comunitario una normativa o una prassi amministrativa nazionali secondo cui, in caso di misure di sanatoria o di condono fiscale nonché in seguito ad un*

*concordato, i candidati interessati che possano provare di aver beneficiato di tali misure sono considerati in regola con i propri obblighi al fine della loro ammissione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto”.*