

Il T.a.r. per il Lazio, nell'ambito di una vicenda contenziosa riguardante la revoca di un contributo europeo disposta dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nei confronti di Anas s.p.a. per ipotizzate violazioni nella gestione della gara d'appalto, ha, con articolata ordinanza, disposto il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE al fine di ottenere la corretta interpretazione della disciplina eurounitaria (e, in parte, la correlata conformità o meno della normativa nazionale in materia di appalti) su alcune questioni specifiche relative al perimetro della nozione di "irregolarità" idonea a determinare la revoca del contributo, agli effetti del tentativo di corruzione dei componenti della commissione di gara, alla misura della rettifica finanziaria del contributo.

T.a.r. per il Lazio, sez. I, ordinanza 4 agosto 2021, n. 9204 – Pres. Savo Amodio, Est. Ravasio

Contributi e finanziamenti – Finanziamenti europei per realizzazione opere pubbliche – Revoca e rettifica finanziaria – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *se l'art. 70, par. 1, lett. b) del Regolamento UE n. 1083 del 2006, l'art. 27, lett. C) del Regolamento UE n. 1828 del 2006, l'art. 1 della Convenzione TIF di cui all'atto del Consiglio del 26 luglio 1995, l'art. 1, par. 2 del Regolamento n. 2988/95, e l'art. 3, comma 2, lett. b) della direttiva n. UE/2017/1371, debbano essere interpretati nel senso che le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrano sempre nella nozione di "irregolarità" o "frode", costituendo pertanto base giuridica per la revoca del contributo, anche quando non vi sia la prova piena che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero non vi sia la prova piena che siano state determinanti nella scelta del beneficiario;*

2) *se l'art. 45, comma 2, lett. d) della direttiva n. 2004/18/CE osti ad una norma, come l'art. 38, comma 1, lett. f) del decreto legislativo n. 163 del 2006, che non consente di escludere dalla gara l'operatore economico che abbia tentato di influire sul processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, in particolare quando il tentativo sia consistito nella corruzione di alcuni componenti la commissione di gara;*

3) *in caso di risposta positiva a uno o entrambi i quesiti che precedono, se le norme richiamate debbano essere interpretate nel senso che impongono sempre la revoca del contributo, da parte dello Stato membro, e la rettifica finanziaria, da parte della Commissione, al 100%, nonostante tali contributi siano stati comunque utilizzati per il fine per cui erano destinati e per un'opera ammissibile al finanziamento europeo ed effettivamente realizzata;*

4) *nel caso in cui la risposta al quesito sub 3) sia negativa, ovvero nel senso che non è imposta una revoca del contributo, o una rettifica finanziaria del 100%, se le norme richiamate al punto I), ed il rispetto del principio di proporzionalità, consentano di determinare la revoca del contributo e la rettifica finanziaria tenendo conto del danno economico effettivamente cagionato al bilancio generale*

dell'Unione Europea: in particolare si chiede se, in una situazione tale quella oggetto del presente giudizio, le "implicazioni finanziarie", ai sensi dell'art. 98, comma 3, del Regolamento UE n. 1083/2006, possano essere stabilite in via forfettaria, mediante applicazione dei criteri indicati nella tabella sub paragrafo 2 della Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per il Lazio ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, in tema di presupposti per la revoca di contributi UE erogati ad una società pubblica (nel caso di specie, Anas s.p.a.), con quattro quesiti:

- a) una prima questione è volta a chiarire se la disciplina sovranazionale che regola l'erogazione di contributi pubblici europei nei procedimenti di attuazione del PON (Programma operativo nazionale reti e mobilità 2007-2013) previsto nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale per gli interventi strutturali nelle regioni italiane interessate all'Obiettivo Convergenza, debba essere interpretata (o meno) nel senso che le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrino sempre nella nozione di "irregolarità" o "frode", con conseguente revoca del contributo, anche quando non vi sia la prova piena che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero non vi sia la prova piena che siano state determinanti nella scelta del beneficiario;
- b) una seconda questione riguarda la compatibilità tra disciplina interna contenuta nell'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 e la direttiva "appalti" del 2004, in considerazione che la prima, contenuta nel vecchio codice dei contratti pubblici, non consente di escludere dalla gara l'operatore economico che abbia tentato di influire sul processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, in particolare quando il tentativo sia consistito nella corruzione di alcuni componenti la commissione di gara;
- c) una terza questione riguarda la correttezza di una lettura della disciplina sovranazionale nel senso di consentire la revoca del 100% del contributo nonostante esso sia stato comunque utilizzato per il fine per cui era destinato e per un'opera ammissibile al finanziamento europeo, poi effettivamente realizzata;
- d) una quarta questione attiene alla circostanza se una ammessa riduzione del contributo inferiore al 100% possa dar luogo ad una sua rettifica (finanziaria) tenendo conto del danno economico effettivamente cagionato al bilancio generale UE.

La vicenda contenziosa nella quale si è innestata l'ordinanza in rassegna muove dall'impugnazione, da parte di Anas s.p.a., del provvedimento con il quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) ha revocato il finanziamento per la realizzazione di lavori

di ammodernamento di una strada statale, sul rilievo che da alcune indagini penali sarebbe emersa l'esistenza di un sistema corruttivo coinvolgente taluni funzionari di ANAS s.p.a.

Aspetto, questo, che con riferimento alla gara in argomento, renderebbe l'erogazione del contributo quale "*spesa irregolare*" (affermazione contestata dalla parte ricorrente), con conseguente emanazione dell'ordine di recupero (ovvero mancata erogazione delle somme residue).

II. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante, sia sul versante della disciplina nazionale ed europea in materia di contratti pubblici vigente *ratione temporis*, sia con riferimento, tra gli altri, al Regolamento CE n. 1083 del 2006 (recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione) e alla direttiva n. 2017/1371/UE (relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale), il Collegio ha osservato:

- e) l'opera di cui trattasi ("*S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle*") sarebbe stata inserita nel PON 2007-2013 e la relativa ammissibilità a finanziamento, a valere sul bilancio generale dell'Unione, non è mai stata contestata; tale opera, inoltre, è stata realizzata ed ultimata regolarmente;
- f) in tal senso non sarebbe ravvisabile un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione, quantomeno per quel che riguarda l'utilizzazione del contributo per un fine inesistente o diverso da quello stabilito;
- g) non sarebbe noto il *se* e il *come* sarebbe stato turbato il processo di valutazione delle offerte tecniche nel corso della gara d'appalto finalizzata all'affidamento dell'opera, in considerazione che:
 - g1) l'unica "*irregolarità*" di cui è stato raggiunto un principio di prova sarebbe quella insita nella condotta del legale rappresentante della aggiudicataria di influire sul procedimento di decisione, corrompendo alcuni dei membri della commissione giudicatrice;
 - g2) tale principio di prova emergerebbe dalla sentenza del GIP che però è stata resa a seguito di una procedura (c.d. "*patteggiamento*", o "*applicazione della pena su richiesta della parte*"), che è frutto di una scelta processuale dei funzionari corrotti e che non è opponibile al legale rappresentante della società aggiudicataria (presunto corruttore), perché nei suoi confronti il processo penale è ancora pendente e potrebbe essere definito con una sentenza di proscioglimento per non aver commesso il fatto;
 - g3) allo stato, dunque, non si può ritenere pienamente raggiunta la prova del fatto che il legale rappresentante della s.p.a. aggiudicataria abbia corrotto

alcuni membri della commissione, per assicurarsi l'aggiudicazione della gara;

- g4) ove pure si potesse ritenere raggiunta la prova di tale condotta, tale constatazione non giustificerebbe, a posteriori, la declaratoria di illegittimità di tale aggiudicazione: l'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, vigente *ratione temporis*, nel disciplinare i casi di esclusione di un operatore economico, non vi includeva la condotta dell'operatore economico che avesse tentato di influire sul processo decisionale. La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704; sez. VI, 2 gennaio 2017, n. 1) ha, infatti, escluso che gli estremi del grave errore professionale possano essere ricavati da procedimenti penali nei confronti di esponenti dell'impresa concorrente, *"per i rischi di sovrapposizione tra la causa ostativa di cui alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 con quella autonoma prevista dalla lettera c) della medesima disposizione, per il rischio di violazione del principio di tassatività della cause di esclusione"*;
- g5) nondimeno, è possibile che il quadro normativo italiano, come sopra descritto, non sia conforme alla direttiva n. 2004/18/CE, vigente all'epoca dei fatti, laddove l'art. 45, comma 2, lett. d) della predetta direttiva debba essere interpretato nel senso che nel concetto di *"errore grave commesso nel corso dell'attività professionale"* dall'operatore economico debbano ricomprendersi anche le condotte dirette ad influenzare il processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, come lo è un atto di corruzione o di turbamento degli incanti: il Collegio, in effetti, dubita che tale interpretazione sia quella corretta, considerando che la direttiva n. 2014/24/UE, all'art. 57, comma 4, lett. i), ha esplicitamente stabilito che tali condotte debbono essere causa di esclusione dalla gara dell'operatore economico, indipendentemente dalla rilevanza penale dei fatti, e che tale previsione potrebbe essere meramente ricognitiva di un principio già immanente nel sistema nel vigore della direttiva n. 2004/18/CE;
- h) sul versante della misura della rettifica finanziaria:
- h1) nel caso di specie è anche dubbio che vi sia stato pregiudizio al bilancio dell'Unione, in relazione al fatto che l'offerta vincitrice non sarebbe quella che realizza il miglior rapporto tra offerta tecnica ed economica;
- h2) il concetto di *"irregolarità"*, che emerge dalla lettura combinata della disciplina UE sopra richiamata, sembra richiedere il necessario riscontro di un pregiudizio, quantomeno potenziale, al bilancio generale dell'Unione, in particolare mediante *"imputazione di spese indebite"*;

- h3) anche per quanto riguarda le irregolarità consistenti in una *“frode”* è richiesto un pregiudizio, che deve manifestarsi: I) nella *“percezione illecita”* o nella *“ritenzione illecita”* di fondi provenienti dal bilancio generale UE; II) ovvero nell'utilizzazione dei fondi per fini diversi da quelli per cui sono stati concessi: questa seconda ipotesi non sembra ricorrente, nel caso di specie;
- h4) la decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013 – laddove essa stabilisce che *“Una rettifica finanziaria del 100% può essere applicata per i casi più gravi, quando l'irregolarità favorisce determinati offerenti/candidati o è connessa a una frode accertata da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente”* – sembra lasciar intendere che: I) i concetti di *“spesa indebitamente imputata”* al bilancio generale dell'Unione Europea, di *“indebita percezione”* e di *“indebita ritenzione”* di fondi provenienti dal bilancio medesimo, debbano essere interpretati nel senso di comprendervi anche quelle situazioni in cui i fondi europei, benché effettivamente utilizzati per lo scopo previsto inizialmente, sono stati tuttavia erogati ad un soggetto che non era quello legittimato a riceverli; II) occorra attribuire rilevanza a qualsiasi condotta con cui si sia inteso *“favorire”* un determinato operatore economico, indipendentemente dalla prova che tale condotta sia stata effettivamente posta in essere o che abbia effettivamente contribuito a far ottenere, a quell'operatore, l'erogazione di fondi europei o di altri benefici per le ragioni già sopra evidenziate;
- i) nondimeno, deve dubitarsi che tale interpretazione in punto di rettifica finanziaria, fornita dalla Commissione nella decisione n. 9527 del 19 dicembre 2013, possa non essere completamente aderente alle norme di riferimento, e ciò per varie ragioni:
- i1) le norme di riferimento non evocano specificamente la situazione in cui i fondi europei siano stati percepiti ed utilizzati da un soggetto diverso da quello legittimato;
- i2) è dubbio che le *“irregolarità”*, in tutte le loro forme, comprese le frodi, presuppongano che a carico del bilancio generale dell'Unione siano riscontrati esborsi di danaro che senza le *“irregolarità”* non sarebbero stati in nessun caso erogati: se ciò è corretto non pare giustificarsi la revoca, al 100%, del contributo relativo ad un'opera ammissibile, che è stata regolarmente portata a termine;
- i3) gli artt. 98 e 99 del Regolamento UE n. 1083 del 2006 stabiliscono che la Commissione, nel determinare l'entità delle rettifiche finanziarie, *“tiene conto della natura e della gravità dell'irregolarità, nonché dell'ampiezza e delle*

implicazioni finanziarie delle carenze riscontrate nel programma operativo....”; inoltre, nel Regolamento UE n. 1303 del 2013 è stata aggiunta (agli articoli 144 e 145) la precisazione secondo cui le suddette decisioni devono essere prese nel rispetto del principio di proporzionalità: occorre, dunque, interrogarsi se le norme appena citate non sottendano il principio per cui la revoca di un contributo, e la correlativa rettifica finanziaria della Commissione, debbano porre rimedio a un danno effettivo, ragione per cui se l’irregolarità/frode sia consistita solo nel fatto che sarebbe stato indebitamente favorito un soggetto, la quota di contributo da restituire dovrebbe rispecchiare il danno economico effettivamente subito dall’UE;

- i4) quanto, ancora, alla soprarichiamata decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013 deve rilevarsi, per un verso, che essa prevede un tasso di rettifica massimo del 25% per l’ipotesi in cui *“i criteri di aggiudicazione (o i rispettivi sottocriteri o le ponderazioni) indicati nel bando di gara o nel capitolato d’oneri non sono stati rispettati, il che ha comportato l’applicazione di criteri di selezione o di aggiudicazione illegali”* e che, per la parte in cui in cui consente l’applicazione di un tasso di rettifica del 100% in presenza di qualsiasi condotta tesa a *“favorire”* un operatore economico, anche laddove manchi la dimostrazione che una simile condotta si sia effettivamente concretizzata o abbia effettivamente favorito l’operatore economico, finisce per far assumere al provvedimento di revoca del contributo una valenza punitiva e sanzionatoria.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- j) in generale sulla doverosità della decadenza per recupero benefici disciplinati dal diritto europeo: Cons. Stato, Ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18, in *Foro it.*, 2021, 175, 3, 1, secondo cui:
- j1) *“Laddove un privato abbia ottenuto, quali benefici per la produzione di energia da fonti rinnovabili, sia la tariffa incentivante, sia il suo incremento – previsto al ricorrere di determinati presupposti – in ragione della produzione di false dichiarazioni od omettendo informazioni rilevanti, il Gse, se la certificazione prodotta riguarda solo la maggiorazione, non può dichiararlo decaduto dall’intero incentivo, ma solo da quest’ultima”;*
- j2) *“In tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, laddove si riscontri violazione riguardante una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del dieci per cento rispetto alla tariffa base incentivante, essa deve intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla sola maggiorazione del dieci per cento per ottenere la quale era stata prodotta”;*

- j3) *“In tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, l'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall'elemento soggettivo, che viene in evidenza soltanto nel prosieguo del procedimento sanzionatorio avanti alla competente autorità di settore”;*
- k) sulla specifica questione della revoca dell'aiuto di Stato a seguito dell'ammissione a concordato preventivo in continuità: Corte di giustizia UE, sez. III, 6 luglio 2017, C-245/16, *Nerea SpA*, secondo cui:
- k1) *“L'articolo 1, paragrafo 7, lettera c), del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli [107 e 108 TFUE] (Regolamento generale di esenzione per categoria) dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «procedura concorsuale per insolvenza» in esso contenuta riguarda tutte le procedure concorsuali relative alle imprese previste dal diritto nazionale, tanto allorché sono avviate d'ufficio dalle autorità amministrative o giurisdizionali nazionali, quanto allorché sono avviate su iniziativa dell'impresa interessata”;*
- k2) *“L'articolo 1, paragrafo 7, lettera c), del regolamento n. 800/2008 dev'essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa si trovi nelle condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una procedura concorsuale per insolvenza, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, è sufficiente ad impedire la concessione nei suoi confronti di un aiuto di Stato in applicazione di detto regolamento o, se l'aiuto è già stato concesso, per constatare che ciò non sarebbe stato possibile in applicazione del citato regolamento, qualora le citate condizioni sussistessero alla data in cui l'aiuto è stato concesso. Per contro, un aiuto concesso ad un'impresa nel rispetto del regolamento n. 800/2008, e in particolare dell'articolo 1, paragrafo 6, dello stesso, non può essere revocato per il solo motivo che nei confronti di detta impresa, in una data successiva rispetto alla concessione dell'aiuto, è stata aperta una procedura concorsuale per insolvenza”;*
- l) sulla *ratio* della revoca contributi pubblici: Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2020, n. 8422; sez. V, 27 giugno 2012, n. 3778; Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 20; con riferimento ai contributi europei: Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 913; sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; 28 maggio 2012, n. 3132;
- m) sulla revoca di contributi pubblici per realizzazione di interventi non conformi al progetto, cfr. Corte dei conti, sez. appello, 7 marzo 2018, n. 100, secondo cui:
- m1) *“in tema di aiuti finanziari, con fondi di natura statale, regionale o comunitaria, qualsiasi violazione delle clausole contenute nell'atto di progetto approvato costituisce - sul piano amministrativo - causa di revoca delle agevolazioni concesse*

e sul piano erariale, che qui rileva, causa di risarcimento del danno pubblico che ne consegue”;

- m2) *“la realizzazione parziale dei progetti come anche la sua variazione non assentita (e quindi arbitraria) non può essere presa in alcuna seria considerazione, atteso che tutto il quadro normativo di sistema degli aiuti finanziari, statali, regionali o comunitari, postula l’esecuzione perfetta e fedele del programma, secondo modalità e tempi prestabiliti e che anche l’omissione di una minima parte di esso, come l’esecuzione parziale o scorretta dei lavori o del progetto in genere, è indice critico di cattiva gestione del denaro pubblico concesso e postula la sua integrale restituzione, a prescindere dallo stato di avanzamento dei lavori o del progetto, oltre al risarcimento del danno pubblico provocato”;*
- n) sulla revoca di contributi comunitari per la sussistenza di forme di collegamento tra imprese: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 5 ottobre 2020, n. 882, secondo cui:
- I) *“oltre alla «formale» situazione di collegamento fra imprese, consistente nel fatto che una delle due detiene parte maggioritaria del pacchetto azionario o delle quote dell’altra, può esistere anche una forma di collegamento, per così dire, «sostanziale», desumibile - cioè - dalle relazioni interpersonali esistenti fra le varie persone fisiche che operano per ciascuna di esse”;* II) *“Il che significa che quando non risulti esistente un collegamento formale (mediante detenzione di partecipazioni o quote) occorre comunque verificare se vi sia un collegamento sostanziale, ma non anche che il collegamento formale sia di per sé irrilevante. Ed anzi è vero proprio il contrario; e cioè che di fronte all’accertata esistenza di un collegamento formale fra due imprese non occorre procedere ad alcuna ulteriore verifica in ordine alla concreta sussistenza ed operatività di un sistema di relazioni interpersonali volto a realizzare la cooperazione fra esse, posto che in tal caso quest’ultima (id est: la cooperazione per il fine economico unitario) è fisiologicamente e strutturalmente connessa al legame giuridico costituito (consistente nel controllo azionario o nella detenzione di quote di partecipazione di maggioranza)”;*
- o) sulla nozione di *“irregolarità”* definita all’art. 2, punto 7, del regolamento n. 1083 del 2006 e sui tre elementi che la compongono (esistenza di una violazione del diritto UE, violazione discendente da un’azione o un’omissione di un operatore economico ed esistenza di un pregiudizio, attuale o potenziale, arrecato al bilancio dell’Unione), Corte di giustizia UE, sez. III, 1 ottobre 2020, C-743/18, LSEZ SIA *“Elme Messer Metalurgs”* la quale ha specificato che l’art. 2, punto 7, del regolamento n. 1083 del 2006 concerne:
- o1) le violazioni di una disposizione del diritto UE in quanto tale;
- o2) le violazioni delle disposizioni del diritto nazionale che sono applicabili alle operazioni sostenute dai Fondi strutturali e che contribuiscono, in tal modo,

- a garantire la corretta applicazione del diritto UE relativo alla gestione dei progetti finanziati tramite tali fondi;
- p) sulla non qualificabilità dell'obbligo di restituire un vantaggio indebitamente percepito tramite una pratica irregolare quale "sanzione": Corte di giustizia UE, sez. V, 26 maggio 2016, C-260/14 e C-261/14, *Județul Neamț e Județul Bacău*, secondo cui *"l'obbligo di restituire un vantaggio indebitamente percepito tramite una pratica irregolare non costituisce una sanzione, bensì è la semplice conseguenza della constatazione che le condizioni richieste per l'ottenimento del beneficio previsto dalla normativa dell'Unione non sono state rispettate, rendendo indebito il vantaggio conseguito"*;
- q) sul recupero di somme indebitamente erogate a titolo di contributi comunitari e riparto di giurisdizione: Cass. civ., sez. un., 19 novembre 2019, n. 30007;
- r) in generale, sulla nullità dell'atto amministrativo, v.:
- r1) Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22 (in *Foro it.*, 2021, III, 370, con nota di Cavalieri e oggetto della News US in data 4 novembre 2020 alla quale si rinvia per un ampio approfondimento sulle varie cause di nullità del provvedimento, sul relativo regime processuale e c.d. nullità regionali);
- r2) Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2018, n. 5097, oggetto della News US in data 14 marzo 2018 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento;
- s) sui rapporti fra illecito penale e invalidità dell'atto amministrativo:
- s1) Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3583, secondo cui: I) *"Rifiutata una concezione pan-penalistica, per la quale all'accertamento del reato segue l'automatica illegittimità dell'atto amministrativo che ne sia stato mezzo esecutivo (come nel caso del reato di abuso d'ufficio, ex art. 323 Cod. pen. o di corruzione, ex art. 317 Cod. pen.) ovvero oggetto (come nel caso del reato di turbata libertà degli incanti), va ammesso, invece, l'autonomo apprezzamento della legittimità dell'atto alla luce dei vizi enunciati dall'art. 21-octies l. 7 agosto 1990, n. 241"*; II) *"La concezione atomistica dei rapporti tra atto amministrativo e reato, siccome impone l'autonomo ed oggettivo riscontro dell'illegittimità del provvedimento amministrativo alla luce dei noti vizi di invalidità, rende irrilevante, da un lato, che il beneficiario dell'atto sia rimasto estraneo alla condotta criminale (ed assolto da ogni reato, ovvero ne sia stata archiviata la posizione), e, dall'altro, che l'organo che lo ha emanato fosse all'oscuro del turbamento intervenuto nella regolare formazione della sua stessa volontà"*;
- s2) Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5473 secondo cui, tra l'altro, *"la sentenza penale non incide sui poteri decisori nel presente giudizio amministrativo, poiché [...] non si è costituita parte civile nel processo penale"*;

- s3) Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028, secondo cui: I) *“pur dopo la positivizzazione della nullità strutturale” del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall’art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l’inesistenza dell’oggetto”*; II) *“Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l’atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da rendere impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell’azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell’annullabilità ex art. 21-octies, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale”*; III) *“Al di fuori di questa evenienza (e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo) ogni patologia da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta deve essere ascritta all’ipotesi generale dell’annullabilità ai sensi dell’art. 21-octies poc’anzi citato. Nell’ambito di quest’ultima vanno tra l’altro inclusi tutti i vizi da cui è affetta la volontà dell’amministrazione e che comportano una deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell’atto sia qualificabile come reato”*;
- s4) Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755, in *Foro it.*, 2014, III, 219;
- t) sul grave illecito professionale:
- t1) Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16 (in *Urbanistica e appalti*, 2021, 85, con nota di NICODEMO; in *Giornale dir. amm.* 2021, 79 (m), con nota di RIVELLINI; in *Riv. giur. edilizia* 2020, I, 1334, con nota di GIUFFRÈ, STRAZZA; oggetto della News US in data 17 settembre 2020 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento in tema di limiti agli automatismi delle cause di esclusione, poteri degli Stati membri e valore probatorio delle dichiarazioni sostitutive). Detta pronuncia: I) definisce e perimetra le conseguenze della omissione e violazione degli obblighi dichiarativi delle imprese previsti dall’art. 80, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016 nelle sue diverse declinazioni, con particolare riferimento alle lett. c-bis ed f-bis) della medesima disposizione; II) nel ricordare che gli obblighi dichiarativi hanno natura strumentale rispetto ai provvedimenti di ammissione/esclusione e di aggiudicazione da adottarsi dalla stazione appaltante e che le relative decisioni sono assunte non solo sulla base di riscontri fattuali ma di opinabili valutazioni giuridiche (aspetti, questi, di concreta difficile distinzione), afferma che poiché si tratta di aspetti

riconducibili all'art. 80, comma 5, lett. c-bis d. lgs. n. 50 del 2016, quest'ultima 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; III) in relazione alla previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis, afferma il carattere residuale della disposizione la quale si applica alle ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c-bis;

- t2) va evidenziato che l'art. 57, comma 4, direttiva 2014/24/UE prevede espressamente i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici – in termini di facoltà – *possono* escludere, oppure gli Stati membri *possono* chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico e tra questi è annoverato (lett. i della medesima disposizione) quello dell'operatore economico 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”*;
- u) sul rilievo delle misure correttive (*self cleaning*): Corte di giustizia UE, sez. II, sentenza 30 gennaio 2020, C-395/18, Tim SpA (oggetto della correlata News US in data 11 febbraio 2020, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- v) sulla turbativa d'asta:
- v1) Cass. pen., sez. VI, 23 settembre 2021, n. 35268 (in *Riv. pen.* 2021, 10), secondo cui *“Il delitto di turbata libertà degli incanti è integrato da tutte le condotte indicate dall'art. 353 cod. pen. che si inseriscono nell'ambito della procedura di incanto falsandone l'esito, anche se intervenute nell'intervallo tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, atteso che la prima ha una valenza meramente endoprocedimentale ed è solo con l'aggiudicazione definitiva che il procedimento di scelta del contraente giunge al termine”*;
- v2) in caso di affidamento diretto: Cass. pen, sez. V, 12 luglio 2021, n. 26556, secondo cui: I) *“il reato di turbativa nella libertà di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente”*; II) *“le condotte dirette ad interferire*

illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara, o dell'atto ad esso equipollente, assumono rilevanza solo se l'organo o l'ente pubblico abbia iniziato il procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre, ma non è necessario il ricorso a modelli tipizzati per individuare tale «inizio» o riconducibili a qualche specifica normativa, neppure quella del cd. codice degli appalti”; III) “non è necessario, pertanto, che vi sia stata già la pubblicazione di un bando di gara, ma soltanto che una procedura amministrativa finalizzata alla gara si sia aperta, sebbene non occorra che si sia dato inizio ad essa con modelli tipizzati”;

- w) sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione e lotta contro la frode: Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2021 sulla tutela degli interessi finanziari dell'UE – lotta contro la frode – relazione annuale 2019;
- x) in dottrina, sul grave illecito professionale in genere e sulla turbativa d'asta, cfr. l'ampio approfondimento in R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 751 ss., 769 ss. dove, tra l'altro, è evidenziato:
- x1) quanto ai profili generali del grave illecito professionale, che la previsione secondo cui la stazione appaltante esclude l'operatore quando dimostri con mezzi adeguati che questi si è reso colpevole di gravi illeciti tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità è “una causa di esclusione obbligatoria per l'ordinamento nazionale, laddove le direttive consentivano di prevederla come facoltativa o come obbligatoria”;
- x2) quanto alla turbativa di gara, che “l'ulteriore casistica già contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c-bis prevede quattro condotte, tutte però riconducibili al genus turbativa di gara” e che “acquistano rilevanza illeciti professionali commessi durante le fasi di gara, laddove la negligenza in fase esecutiva afferisce alla condotta tenuta durante la fase di esecuzione del contratto”.