

---

ANDREA MALTONI

**LA CORTE DI GIUSTIZIA ASCRIVE GLI ILLECITI ANTITRUST NELLA CATEGORIA DEI GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI NONOSTANTE LE “RITROSIE” MANIFESTATE DA UNA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Gli illeciti antitrust e la disciplina di cui all’art. 38, lett. f) d.lgs. n. 163/2016: i diversi orientamenti della giurisprudenza amministrativa. — 3. L’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016: il mancato recepimento dell’art. 57, par. 4 lett. d) Dir. 2014/24/UE comporta l’esclusione degli illeciti antitrust dal novero delle cause di esclusione dalle gare? — 4. L’ordinanza 4.06.2019 (causa C-425/18) della Corte di giustizia in cui la violazione di norme in materia di concorrenza è stata pacificamente ricondotta alla nozione di errore professionale grave. — 5. La sentenza 24.10.2018 (causa C-124/17) della Corte di giustizia, il periodo di durata massima di esclusione dalle gare per illeciti antitrust e il nuovo comma 10-*bis* dell’art. 80, d.lgs. n. 50/2016. — 6. Le stazioni appaltanti sono tenute a valutare la rilevanza degli illeciti antitrust in base ad alcuni parametri individuati dalle Linee guida n. 6 dell’Anac.

According to an important case-law of the Consiglio di Stato, the national laws, transposing Directive EU 2004/18, did not allow a broad interpretation of the provision regarding the concept of “grave professional misconduct” — proven by any means which the contracting authorities can demonstrate — in order to encompass the commission of an infringement of the competition rules, in particular where that infringement is penalised by a fine.

Even after the transposition of Directives EU 2014/23-24-25 into national law (see article 80, par. 5, decree legislative no. 50/2016), a significant part of the case-law and academic scholars have kept denying that the finding of infringement of the competition rules, even when that infringement is penalised by a fine, ought to be considered a reason of exclusion from procurement procedures, on the grounds of a formalistic approach.

However, after some recent judgements of the European Court of Justice no doubt can be raised about the fact that even in the Italian

*Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario* - 2019

legal system the finding of an infringement of competition rules, where that infringement is penalised by a fine imposed by the Authority Antitrust, ought to be considered a reason of exclusion from procurement procedures.

In 2019 the Italian legislator added paragraph 10-*bis* to article 80 of the Legislative Decree no. 50/2016; that legislative change, however, seems to raise the question of whether the domestic law complies with European law.

#### 1. *Premessa.*

Il recepimento della direttiva 2004/18, da parte del legislatore italiano, non consentiva, ad avviso di una parte della giurisprudenza amministrativa, di interpretare in termini estensivi la fattispecie dell'errore professionale. Più precisamente, nella vigenza del Codice dei contratti pubblici del 2006, in mancanza di un'espressa previsione che qualificasse le condotte costituenti un'infrazione alle regole in materia di concorrenza, quali cause di esclusione facoltative dalle procedure di evidenza pubblica, la giurisprudenza era prevalentemente orientata nel senso di escludere che dette condotte potessero essere comprese tra le ipotesi di errore professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163/2006.

Non sembra però che il tema della rilevanza giuridica delle violazioni delle norme in materia di concorrenza — ai fini che qui interessano — con riferimento alla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, possa essere considerato come avulso dal più generale contesto ordinamentale. Occorre al riguardo considerare che, come è stato rilevato dal massimo organo della giustizia amministrativa, la c.d. "concorrenza per il mercato" — che assume specifica rilevanza nel settore in considerazione — va qualificata come « interesse pubblico di rango costituzionale ed europeo » (1). Qualificazione, quest'ultima, che, riflettendo un preciso quadro assiologico, dovrebbe, in linea generale, portare a considerare gli illeciti anticoncorrenziali come connotati da un particolare disvalore sociale, a prescindere dall'ambito in cui siano accertati. Né

---

(1) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 11 maggio 2018, n. 6, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si sottolinea come l'attribuzione all'ANAC della legittimazione all'impugnazione di bandi, altri atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto di qualsiasi stazione appaltante, sia stata conferita « a presidio dell'interesse concorrenziale in senso complessivo ».

sembra che possa attribuirsi rilievo al momento in cui siano perpetrate le violazioni delle regole poste a tutela della concorrenza, dovendosi considerare tanto la fase della procedura di gara quanto quella dell'esecuzione del contratto (2).

Non può inoltre essere sottovalutato il fatto che, col recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 2014/104/UE — con cui è stata rafforzata la tutela nei confronti degli illeciti antitrust (3), nonché attribuita una particolare valenza probatoria agli accertamenti dei medesimi da parte dell'Autorità competente (4) — una maggiore rilevanza sia stata riconosciuta alle violazioni della disciplina antitrust.

Nel Codice dei contratti del 2016 — con cui sono state recepite le più recenti direttive in materia di appalti e concessioni — la considerazione degli illeciti antitrust nel novero dei gravi errori professionali è sembrata divenire non più eludibile.

(2) Come è stato posto in rilievo in dottrina, per quanto il Codice dei contratti pubblici non contempli il principio di libera concorrenza tra quelli riferibili all'esecuzione dei contratti pubblici, ciò non di meno detto principio trova applicazione anche nella fase di esecuzione di tali contratti, come si evince dai limiti che sono posti in relazione alla possibilità di introdurre varianti al loro contenuto o di prorogare la durata dei medesimi. Sul punto si v.: M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, I, Milano, 2008, 145 s.; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, spec. 335 s.

(3) All'art. 1, par. 1, Dir. 2014/104/UE si prevede che: « *La presente direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno. Essa stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione* ».

(4) A norma dell'art. 9, par. 1, Dir. 2014/104/UE: « *Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza* ». Detta disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento dall'art. 7, comma 2, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in base al quale: « *La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove* ». In tema si v. *ex multis*: G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2016, spec. pp. 1000 s.; A. NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02 - No.01, 2016, pp. 131 s.; F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante. Il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. industr.*, 2016, 3, pp. 252 s.; R. CALAZZO, *The legislative decree of implementation of Directive 2014/24/EU on Antitrust damages Actions*, in *Riv. It. Antitrust*, n. 272016, pp. 104 s.

Tuttavia, anche in seguito all'entrata in vigore dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha continuato a negare che l'accertamento di illeciti antitrust possa costituire motivo di esclusione dalle gare, facendo leva soprattutto sul fatto che, nel nostro ordinamento, è stata recepita soltanto la fattispecie di cui all'art. 57, par. 4, lett. c) Dir. 2014/24/UE.

Non sembra, però, che alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte di giustizia si possa fondatamente continuare a dubitare che, anche nel nostro ordinamento giuridico, gli illeciti antitrust costituiscano una causa di esclusione dalle procedure di aggiudicazione. Un espresso rilievo a detto tipo di illeciti è stato peraltro attribuito dalle linee guida emanate dall'ANAC.

L'intervento legislativo con cui, nel 2019, è stato introdotto il comma 10-*bis* all'art. 80 del Codice dei contratti sembra, tuttavia, porre una nuova questione di compatibilità del diritto interno con quello euro-unitario.

2. *Gli illeciti antitrust e la disciplina di cui all'art. 38, lett. f) d.lgs. n. 163/2016: i diversi orientamenti della giurisprudenza amministrativa.*

Come si è anticipato, la giurisprudenza amministrativa era propensa ad accogliere una interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo della fattispecie normativa inerente all'errore professionale.

Occorre in particolare osservare come i giudici del Consiglio di Stato, nell'escludere che le condotte anticoncorrenziali potessero essere qualificate come errori professionali gravi — che l'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 espressamente individuava come una delle cause di esclusione dalle procedure di aggiudicazione — avessero fatto leva più che altro su elementi di carattere giuridico formale. Più nello specifico, i giudici di palazzo Spada ritenevano che l'errore professionale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 dovesse essere riferito soltanto ad « inadempimenti e condotte negligenti commessi nella esecuzione di un contratto pubblico », e che, per contro, risultavano « esclusi dal campo applicativo della norma i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento » (5). Detta limitazione del campo applicativo della

(5) Si v., in particolare: Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722, 4 dicembre 2017, n. 5704, 30 ottobre 2017, n. 4973, 15 giugno 2017, n. 2934, nonché Cons. Stato, sez. V, 4 agosto

predetta disposizione trovava fondamento, secondo detta ricostruzione, in « ragioni di tipicità e tassatività della causa ostativa, e dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche » (6).

Peraltro, nonostante la Corte di giustizia europea in almeno una decisione si fosse espressa nel senso della riconducibilità dell'illecito antitrust alla fattispecie del grave errore professionale (7), tali giudici avevano evidenziato come la disposizione italiana presentasse una formulazione diversa da quella ungherese — con riferimento alla quale si erano pronunciati i giudici europei — in tema di grave errore professionale, con la conseguenza che le intese restrittive delle concorrenza non potevano essere ricondotte all'attività professionale dell'impresa, costituendo « fatti illeciti commessi appunto a vantaggio di quest'ultima, in violazione delle norme a tutela del fisiologico esplicarsi delle attività economiche » (8).

Un diverso orientamento, tuttavia, era stato accolto dai giudici del Tar del Lazio, secondo i quali « non tutte le ipotesi contemplate dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 assumono rilievo esclusivamente ove riconducibili alla fase di esecuzione delle prestazioni », come si desume dal fatto che detta norma contempla sia l'ipotesi della « grave negligenza o malafede », che è correlata alla fase di esecuzione della prestazione contrattuale, sia « l'ipotesi del “grave errore professionale”, che, al contrario, rappresenta una formula di chiu-

2016, n. 3542 (con riguardo alla decisione dell'AGCM che ha accertato l'illecito antitrust, che, tuttavia, secondo i giudici del Tar del Lazio non poteva costituire oggetto di valutazione ai fini della esclusione dalla gara, si v. M. GIANNINO, *Competition Law Enforcement and Public Contracts procurement in Italy: The School Cleaning Services Case*, in *EPPPL*, n. 1/2017, pp. 40 s.), Id., 25 febbraio 2016, n. 771, Id., 21 luglio 2015, n. 3595, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Nel senso che la violazione della normativa antitrust non integra una delle circostanze previste dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, si v. anche: Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 813, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(6) Si v. Cons. Stato, 4 dicembre 2017, n. 5704, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722, cit., ove si precisa che esulano « 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) ».

(7) Si v. Corte di giustizia, sez. X, 18 dicembre 2014, in causa C-470/13, in <http://www.curia.europa.eu>.

(8) Si v. ancora Cons. Stato, 4 dicembre 2017, n. 5704, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722, cit., che hanno altresì ritenuto di non dover sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, essendo la disposizione interna meramente riproduttiva di quella contenuta nella direttiva europea.

sura di più ampio spettro applicativo, per la quale può assumere rilevanza anche la violazione della cornice legale in cui gli operatori sono chiamati ad operare » (9). Detta interpretazione, secondo tali giudici, risultava conforme a quella desumibile dalla direttiva 2004/18/CE (*i.e.* dall'art. 45, par. 2, lett. f) di tale direttiva), essendo riconducibile alla nozione di errore professionale qualsiasi episodio di errore che caratterizza la storia professionale dei concorrenti, purché sia abbastanza grave, comprese dunque anche le condotte anticoncorrenziali accertate dall'A.G.C.M.

3. *L'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016: il mancato recepimento dell'art. 57, par. 4 lett. d) Dir. 2014/24/UE comporta l'esclusione degli illeciti antitrust dal novero delle cause di esclusione dalle gare?*

Si è rilevato in dottrina come il legislatore italiano, nel recepire nel nostro ordinamento la Dir. 2014/24/UE, non abbia ripreso la previsione di cui all'art. 57, par. 4 lett. d), Dir. 2014/24/UE, ove si specifica che « *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ... d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza* ».

Diversamente da altri Stati membri — tra cui, ad esempio, la Germania (10) — all'art. 80, comma 5 d.lgs. n. 50/2016, non è infatti contenuto alcun esplicito riferimento alla fattispecie degli illeciti antitrust, con la conseguenza che, secondo una parte della dottrina, non sarebbe possibile annoverarli tra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara, neppure quali gravi illeciti

(9) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2018, in <http://www.curia.europa.eu>.

(10) Si v. l'art. 124, comma 4 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge di repressione delle restrizioni alla concorrenza), ove si stabilisce che « *In conformità col principio di proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere in qualsiasi momento un'impresa dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici qualora: (...) l'amministrazione aggiudicatrice disponga di elementi sufficientemente plausibili per ritenere che l'impresa abbia concluso con altre imprese accordi al fine o con l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza* ».

professionali (11). Ciò, anche in considerazione del fatto che la valutazione discrezionale che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici attiene « non alla individuazione delle fattispecie espulsive — che senz'altro compete al legislatore, in materia di requisiti generali, secondo una elencazione da considerare tassativa — bensì alla riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l'uso di concetti giuridici indeterminati » (12).

Per contro, si è rilevato che la mancata fedele riproduzione nell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 della fattispecie di cui all'art. 57, par. 4 lett. d) Dir. 2014/24/UE, trova giustificazione nel fatto che gli illeciti antitrust possono essere compresi nell'ampia categoria dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, comma 5 d.lgs. cit. Detta ipotesi ricostruttiva risulterebbe, in particolare, suffragata dal considerando 101 della Dir. 2014/24, ove si prevede che « *Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio, a causa ... di altre forme di grave violazione dei doveri*

(11) Si v. S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016, spec. p. 10, il quale rileva come l'ipotesi di considerare anche gli illeciti antitrust sia stata successivamente recuperata dall'Anac, con la proposta di linee guida — poi divenute le linee guida n. 6/2016 — che li annovera « tra gli altri illeciti professionali, aggiuntivi rispetto a quelli esemplificativamente indicati dal d. lgs. n. 50/2016, con previsione di dubbia legittimità, almeno quanto alla competenza dell'Autorità medesima ad ampliare il perimetro fissato dall'art. 80, comma 13, del d.lgs. n. 50 ». In termini non dissimili, si v. anche: G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, in *Federalismi.it*, 2017, spec. p. 15, che osserva come il legislatore italiano all'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, abbia recepito soltanto la fattispecie di cui all'art. 57, par. 4, lett. c) Dir. 2014/24/UE e non anche quella di cui alla lett. d) del medesimo paragrafo, dimostrando, in tal modo, di non voler qualificare l'illecito antitrust come motivo di esclusione dalle gare; nonché M. DI DONNA, *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo codice*, *Il commento*, in *Urb. e app.*, 2017, pp. 554 s. In giurisprudenza si v.: T.A.R., Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 febbraio 2017, n. 2084, nonché per la sottolineatura che l'art. 57, par. 4 Dir. 2014/24/UE non è una disposizione avente carattere *self-executing*, T.A.R., Puglia, Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, nonché Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(12) Si v. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10, ove si sottolinea che per quanto la previsione di cui all'art. 80 abbia una portata molto più ampia di quella dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 — dal momento che abbraccia « molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente, ma anche in fase di gara » — nel ventaglio delle ipotesi alla medesima riconducibili non possono tuttavia rientrare « anche i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione peraltro di una precisa scelta, se si pensi che non sono state riprodotte, nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza »; si v. anche in senso adesivo: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 febbraio 2017, n. 2084, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

*professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale*». In altri termini, il citato considerando confermerebbe il fatto che gli illeciti antitrust sono ascrivibili alla categoria delle gravi violazioni dei doveri professionali, il che spiegherebbe perché il diritto interno, in sede di recepimento della direttiva, non li abbia espressamente menzionati tra le cause di esclusione (13).

Non mancano neppure pronunzie che risultano perfettamente allineate con detto indirizzo dottrinale (14). In alcune di queste, i giudici amministrativi hanno ben evidenziato come, in base al tenore letterale dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, detta disposizione non preveda un numero chiuso di illeciti professionali — avendo l'elencazione dei medesimi un carattere esemplificativo — con la conseguenza che possono essere individuate dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici anche ipotesi non contemplate dalla normativa e dalle linee guida dell'Anac (15). Considerazione, quest'ultima, che ha poi indotto i giudici amministrativi, in altre sentenze, a recepire l'interpretazione proposta dall'Anac nelle linee guida n. 6, secondo cui gli illeciti antitrust debbono considerarsi compresi tra i casi di esclusione previsti dal Codice dei contratti pubblici (16). Nel motivare detta adesione, i giudici del Tar Lazio hanno in particolare sottolineato come risulti corretta l'inclusione degli illeciti antitrust nella più ampia categoria degli illeciti professionali nell'ottica della proporzionalità, in quanto, « tra le fattispecie espressamente contemplate dall'art. 80, comma 5, lett. c), compaiono ipotesi, quali quelle della condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni, sintomatiche di un disvalore sociale inferiore a quello

(13) Si v. sul punto: A. MAURO, *Selezione delle offerte (artt. 77-82)*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 319-320.

(14) Pronunzie nelle quali si sottolinea, in particolare, che l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 risulta innovativo in quanto ha individuato una nozione di illecito professionale che « abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente [Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595], ma anche in fase di gara », (si v. il parere del Cons. Stato, Comm. Spec. 3 novembre 2016 n. 2286), nonché nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704; T.A.R. Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(15) Si v. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(16) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119; T.A.R. Lombardia, Brescia, ord. 12 settembre 2018, n. 352; nonché più di recente: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 22 marzo 2019, n. 3894, (tutte in <http://www.giustizia-amministrativa.it>), ove i giudici amministrativi non soltanto si rifanno alle linee guida n. 6, ma utilizzano anche i parametri indicati nelle stesse ai fini della valutazione della gravità degli illeciti antitrust.



che connota l'illecito anticoncorrenziale, rilevando pure, sotto altro profilo, il fatto che la stessa previsione normativa di rango primario fa riferimento a fatti e comportamenti non più circoscritti alla fase esecutiva del contratto, ma a comportamenti ricadenti nella fase di scelta del contraente, laddove volte ad influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, mediante l'alterazione del meccanismo di gara posto a garanzia della concorrenza » (17).

4. *L'ordinanza 4.06.2019 (causa C-425/18) della Corte di giustizia in cui la violazione di norme in materia di concorrenza è stata pacificamente ricondotta alla nozione di errore professionale grave.*

Prima di esaminare le statuizioni contenute nella recente ordinanza del 2019 della Corte di giustizia (18), occorre muovere da alcune considerazioni contenute nell'ordinanza con cui il giudice del rinvio (*i.e.* il Tar Piemonte) ha sottoposto alla medesima Corte una questione pregiudiziale (19). Per quanto detta questione pregiudiziale attenesse alla valutazione circa la compatibilità di una disposizione legislativa italiana — *i.e.* l'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163/2006 — rispetto all'art. 45, par. 2 lett. *d*) Dir. 2004/18, i giudici amministrativi di prime cure, al fine di corroborare una nozione estesa di errore professionale grave, hanno ritenuto che potessero trarsi utili elementi interpretativi dall'art. 57, par. 4 e dal considerando 101 della Dir. 2014/24. Più precisamente, tali giudici hanno osservato come, là dove l'art. 57, par. 4, Dir. 2014/24 stabilisce, con riguardo alle cause di esclusione facoltative, che « *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni ...* », e il considerando 101 Dir. 2014/24/UE prevede che « *Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero*

(17) Si v. ancora T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119, cit. Come si desume da questa parte della motivazione appare netto il contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato sopra segnalato.

(18) Si v. Corte di giustizia, sez. IX, 4 giugno 2019, in causa C-425/18, in <http://www.curia.europa.eu>.

(19) Si v. T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 21 giugno 2018, n. 770, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

*continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa ... di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale*», il diritto europeo abbia inteso attribuire direttamente alle amministrazioni aggiudicatrici l'esercizio della facoltà di esclusione e agli Stati membri soltanto il potere di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a valutare le situazioni ascrivibili a dette cause facoltative di esclusione. Dette previsioni europee più recenti avrebbero dunque soltanto un valore ricognitivo, essendo espressione di principi immutabili nel diritto euro-unitario, ossia già individuabili in base alla direttiva 2004/18/CE (20).

Per quanto nella ordinanza della Corte di giustizia non vi sia traccia di dette argomentazioni addotte dai giudici del rinvio, con riferimento alle previsioni indicate contenute nella Dir. 2014/24 va osservato come, nella medesima ordinanza, si dia atto che non tutte le cause facoltative indicate all'art. 45, par. 2 Dir. 2004/18/CE erano sottoposte al medesimo regime. I giudici europei, per un verso, in linea con la precedente giurisprudenza, sottolineano che gli Stati membri hanno la « facoltà di non applicare affatto » le cause di esclusione facoltative ovvero « di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi », per l'altro, rilevano — riprendendo quanto era invero già stato sottolineato in una precedente sentenza (21) — come soltanto con riguardo alla causa facoltativa costituita dall'errore grave professionale (art. 45, par. 2, lett. *d*, Dir. cit.) sia previsto un diverso regime, atteso che il diritto europeo, in detta ipotesi, diversamente dai casi indicati alle lett. *a*), *b*), *e*) ed *f*), « non rinvia alle normative e alle regolamentazioni nazionali », ma stabilisce soltanto che spetta agli Stati membri precisare le condizioni per la sua applicazione (22).

(20) Si v. ancora: T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 21 giugno 2018, n. 770, cit.

(21) Si v. Corte di giustizia, sez. III, 13 dicembre 2012, in causa C-465/11, in <http://www.curia.europa.eu>, ove si sottolinea, per rafforzare detto costrutto, che l'art. 45, par. 2, comma 2 Dir. 2004/18 prevede che gli Stati membri precisano, conformemente al diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni della sua applicazione.

(22) Si v. ancora Corte di giustizia, sez. IX, 4 giugno 2019, in causa C-425/18, cit. punti 26 e 27, ove si sottolinea che, come rilevato dal giudice del rinvio, era già emerso nella giurisprudenza precedente che « quando una causa facoltativa di esclusione prevista dall'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, come quella contenuta al primo comma, lettera *d*), di quest'ultimo, non rinvia al diritto nazionale, il potere discrezionale degli Stati membri è regolato più rigorosamente. In un caso siffatto, spetta alla Corte definire la portata di una tale causa facoltativa di esclusione ».

Detta statuizione deve ora porsi in relazione a quanto prevedono le cause facoltative di esclusione previste rispettivamente alle lett. *c)* e *d)* del par. 4 dell'art. 57, Dir. 2014/24/UE. Come si può facilmente desumere dalla formulazione di dette cause di esclusione facoltative — nella quale è, appunto, assente qualsiasi riferimento alle regolamentazioni nazionali — contenuta in dette disposizioni del diritto europeo, agli Stati membri non è attribuita alcuna facoltà di prevederle o meno, bensì è rimessa soltanto la precisazione delle condizioni per la loro applicazione. Ed in effetti all'art. 57, par. 7, primo periodo Dir. cit., si prevede che « *in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo* ».

Se ciò è corretto, il legislatore italiano non era neppure tenuto a recepire le previsioni indicate alle lett. *c)* e *d)* dell'art. 57, par. 4 Dir. cit., dal momento che tale disposizione attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici (23), in mancanza di una regolamentazione nazionale — che, nel caso di specie, potrebbe soltanto precisare le condizioni che debbono essere valutate da parte delle stesse amministrazioni (24) ai fini dell'esclusione dell'impresa dalla procedura di gara (25) — la possibilità di tener conto di dette cause facoltative, ai fini della esclusione dalle procedure di aggiudicazione dell'operatore economico, con riferimento al quale sia configurabile una di dette ipotesi.

---

(23) Come sottolinea A. MASSERA, *La trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2016, p. 11, nelle disposizioni a recepimento facoltativo, come ad es. l'art. 57, par. 4 Dir. cit., « la formula linguistica utilizzata è principalmente quella per la quale le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di operare o meno secondo determinate regole o modalità di condotta, oppure può essere loro imposto dallo Stato di appartenenza di operare secondo le regole o modalità indicate ».

(24) Come è stato evidenziato dai giudici europei una normativa nazionale, in applicazione dell'art. 45, par. 2, primo comma Dir. 2004/18, non può imporre alle amministrazioni aggiudicatrici « condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze, superando quindi il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, in forza dell'articolo 45, paragrafo 2, secondo comma della direttiva stessa, quanto alla precisione delle condizioni di applicazione della causa di esclusione prevista dal paragrafo 2, primo comma lett. *d)*, nel rispetto del diritto dell'Unione », si v. Corte di giustizia, sez. III, 13 dicembre 2012, in causa C-465/11, cit. punto 35.

(25) Una conferma indiretta pare potersi ricavare da altra decisione della Corte di giustizia, in cui la stessa era stata chiamata a fornire un'interpretazione dell'art. 45, par. 2, Dir. 2004/18/CE con riferimento ad una normativa olandese, la quale, con riguardo ai gravi errori professionali, aveva previsto un obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di valutare quando i medesimi comportino l'esclusione dell'operatore economico, si v. Corte di giustizia, sez. IV, 14 dicembre 2016, in causa C-171/15, in <http://www.curia.europa.eu>.

Occorre però considerare che il diritto interno, come si è già evidenziato, mentre detta una regolamentazione della fattispecie inerente ai gravi errori professionali di cui alla lett. c) dell'art. 57, par. 4 Dir. cit., non specifica alcunché con riguardo all'altra ipotesi prevista alla lett. d) dell'art. 57, par. 4 Dir. cit.

Ma vi è di più. Nella più recente decisione della Corte di giustizia, sopra richiamata, si precisa — riprendendo statuizioni contenute in precedenti sentenze — che la nozione di errore nell'esercizio della propria attività professionale, proprio perché comprendente « qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico » non può che costituire oggetto di un'interpretazione ampia, ovvero che « non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico » (26). Peraltro, di assoluto rilievo è il fatto che, in detta ordinanza, i giudici europei hanno evidenziato, per un verso, che l'accertamento di detto errore professionale « non richiede una sentenza passata in giudicato » e, per l'altro, che se « 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 », « la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'amenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della Direttiva 2004/18 » (27).

Quantunque appaia innegabile che, mentre l'art. 45, par. 2 Dir. cit. contemplava soltanto la previsione inerente al grave errore professionale, l'art. 57, par. 4 individua anche una specifica ipotesi riguardante gli accordi tra operatori economici intesi a falsare la concorrenza, non sembra revocabile in dubbio che quest'ultima tipologia di illeciti possa continuare a ricondursi all'ampia nozione di grave errore professionale, come è stato posto in rilievo dai giudici europei (28). Anche per ragioni di certezza giuridica è da ritenere

(26) Si v. ancora Corte di giustizia, sez. IX, 4 giugno 2019, in causa C-425/18, cit. punti 29 e 30.

(27) Si v. sempre Corte di giustizia, sez. IX, 4 giugno 2019, in causa C-425/18, cit. punti 32 e 33.

(28) Occorre considerare che nella sentenza del 18 dicembre 2014 (si v. Corte di giustizia, sez. X, 18 dicembre 2014, in causa C-470/13, cit.) i giudici di Lussemburgo, dopo aver sottolineato al punto 35 che la nozione di grave errore professionale comprende qualsiasi comportamento scorretto che incide sulla credibilità professionale dell'operatore, rilevano al

che sia quest'ultima la ricostruzione interpretativa da preferirsi, dal momento che soltanto l'ipotesi riguardante gli accordi tra operatori economici intesi a falsare la concorrenza, a differenza di tutte le altre indicate all'art. 57, par. 4 Dir. cit., non ha costituito oggetto di una specifica regolamentazione da parte del diritto interno.

A ciò si aggiunga che il legislatore italiano, dando attuazione a quanto previsto all'art. 57, par. 7 Dir. cit., ha dettato una disciplina unitaria anche con riguardo al periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti alcuna misura di *self cleaning* per dimostrare la sua affidabilità (si v. *infra* § 6). Ciò induce a concludere che, in aderenza ai principi di certezza del diritto e di ragionevolezza, gli illeciti antitrust sono da ascrivere alla categoria dei gravi illeciti professionali come disciplinati dalla normativa nazionale. In tal modo, non soltanto si delinea un quadro di riferimento più chiaro per gli operatori economici, ma si garantisce anche (o quanto meno si dovrebbe garantire) che la valutazione, rimessa alle amministrazioni aggiudicatrici, degli illeciti antitrust, che integrano una delle ipotesi di gravi illeciti professionali, sia ancorata a determinati presupposti.

5. *La sentenza 24.10.2018 (causa C-124/17) della Corte di Giustizia, il periodo di durata massima di esclusione dalle gare per illeciti antitrust e il nuovo comma 10-bis dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016.*

Come si è sopra anticipato, in base all'art. 57, par. 7 Dir. 2014/24/UE gli Stati membri erano tenuti a determinare « *il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità* », nonché a prevedere che, nel caso in cui « *il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non [possa superare] i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4* ». Con riguardo quindi a

---

punto 37 che « *il considerando 101 della direttiva 2014/24, adottata successivamente all'epoca dei fatti del procedimento principale, il quale stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici, segnatamente per errori gravi nell'esercizio della propria attività professionale, come la violazione di regole in materia di concorrenza, perché un errore del genere può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico, dimostra che la causa di esclusione menzionata nel punto 35 della presente sentenza è considerata giustificata alla luce del diritto dell'Unione* ».

tutti i casi indicati all'art. 57, par. 7 — e dunque anche a quello degli accordi tra operatori economici intesi a falsare la concorrenza — gli Stati membri erano chiamati a dettare le condizioni di applicazione.

Tuttavia, tenuto conto della ricostruzione che si è sopra richiamata, il recepimento dell'art. 57, par. 7 Dir. cit. poteva considerarsi avvenuto, anche con riguardo agli illeciti antitrust, con l'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che, prima della recente modifica introdotta dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, stabiliva che: « *Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, ... e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna* ». Con detta disposizione del nostro Codice dei contratti, nella parte in cui faceva decorrere il termine di tre anni dalla « *data del suo accertamento definitivo* » si era dunque inteso recepire, in relazione ai gravi illeciti professionali di cui al comma 5 dell'art. 80, l'inciso « *dalla data del fatto in questione* », contenuto all'art. 57, par. 7 Dir. cit. In altri termini, la data del fatto coincideva, per il diritto italiano, con il suo accertamento definitivo in sede amministrativa o giurisdizionale.

Va rilevato come l'AGCM in un noto parere del 2018, espresso con riguardo all'emanando aggiornamento delle Linee guida n. 6, da parte dell'ANAC, avesse manifestato alcune perplessità con riferimento alla formulazione del punto 2.2.3.1, ritenendo che lo stesso non fosse compatibile con quanto previsto all'art. 80, comma 10, d.lgs. cit., dal momento che con la locuzione « *accertamento definitivo* », contenuta in quest'ultima disposizione legislativa, il legislatore aveva inteso riferirsi alle ipotesi del suo accertamento giudiziale definitivo (29). In realtà, con riferimento agli illeciti antitrust detto accertamento definitivo, come di recente ha chiarito la Corte di giustizia, dovrebbe individuarsi nella decisione dell'Autorità antitrust con cui si accerta l'illecito e si commina la sanzione (30).

(29) Si v. AGCM, parere AS1474 — Linee guida n. 6 dell'Autorità nazionale anticorruzione — contrattualistica pubblica, ove il Presidente dell'AGCM suggeriva di modificare al riguardo le linee guida, individuando « la data dell'accertamento definitivo non in quella del provvedimento esecutivo dell'Autorità (che non è definitivo), ma in quello dell'intervenuta inoppugnabilità dell'accertamento da parte dell'Autorità (nell'ipotesi di provvedimenti non impugnati) o nella pronuncia definitiva del giudice amministrativo (in caso di impugnazione).

(30) Un elemento che supporta detta conclusione sembra potersi desumere, sia pure indirettamente, dal fatto che all'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, si equipara, quanto alla

In merito all'interpretazione dell'art. 57, par. 7 della direttiva 2014/24 deve segnalarsi una recente sentenza dei giudici di Lussemburgo, nella quale, con riferimento ad un caso riguardante una normativa tedesca, tali giudici hanno ritenuto che « l'articolo 57, paragrafo 7, della Direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che, qualora un operatore economico abbia tenuto un comportamento che integra il motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera *d*), di tale direttiva, comportamento che sia stato sanzionato da un'autorità competente, il periodo massimo di esclusione è calcolato a decorrere dalla data della decisione di tale autorità » (31).

Per quanto attiene infatti all'accertamento di illeciti antitrust, « l'esistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza può essere dimostrata solo dopo una decisione che qualifichi giuridicamente i fatti in tal senso », ovvero allorquando detti comportamenti abbiano costituito oggetto « di una constatazione di violazione da parte dell'autorità competente », *i.e.* dell'Autorità antitrust (32). A detta conclusione si perviene, come rimarcano i medesimi giudici, non soltanto per ragioni di coerenza con le modalità di calcolo del termine previsto per i motivi obbligatori di esclusione, ma anche al fine di garantire il rispetto dei principi di prevedibilità e certezza del diritto.

Com'è evidente, con le precisazioni sopra indicate, si poteva forse ritenere che la « *data del suo accertamento definitivo* » (33), in base al comma 10 dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, con specifico riferimento agli illeciti antitrust — assumendo che i medesimi costituiscono una *species* del più ampio *genus* dei gravi illeciti professionali

---

valenza probatoria dell'accertamento di una violazione del diritto della concorrenza, la decisione definitiva dell'Autorità antitrust competente a quella del giudice del ricorso di altro Stato membro.

(31) Si v. Corte di giustizia UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, in causa C-124/17, in <http://www.curia.europa.eu>.

(32) Si v. ancora Corte di giustizia UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, in causa C-124/17, cit.

(33) Il Cons. Stato Comm. Spec., nel parere n. 2286/2016 del 3 novembre 2016, avente ad oggetto le Linee guida ANAC « *indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice* », aveva suggerito che si procedesse alla modifica dell'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, con riguardo alla rilevanza temporale degli illeciti diversi da quelli di cui all'art. 80, comma 1, in termini più restrittivi rispetto a quanto previsto dalla direttiva europea, « ancorando il triennio di rilevanza temporale alla data non già del "fatto" ma del suo accertamento giudiziale (definitivo o, se del caso, di primo grado) ». Tuttavia, si può notare come il comma 10 dell'art. 80, d.lgs. cit. sia poi stato modificato, ma non sia stata inserita la specificazione secondo cui doveva trattarsi di un accertamento giudiziale definitivo.

— coincidesse, in linea con quanto statuito dai giudici europei nella pronunzia richiamata, con quella in cui viene adottata dall’Autorità garante della concorrenza la decisione di accertamento dell’illecito e di irrogazione della sanzione. Siffatta interpretazione, d’altra parte, sembra essere stata recepita al punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6 aggiornate nel 2017, ove si stabilisce che rilevano, quali gravi illeciti professionali, che debbono essere valutati dalle stazioni appaltanti, ai fini dell’eventuale esclusione degli operatori economici, « *i provvedimenti esecutivi dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato di condanna ... per illeciti antitrust gravi ...* » (34). Si consideri che, nel caso che ha originato la pronunzia dei giudici europei, la questione pregiudiziale sollevata risultava incentrata sull’interpretazione da darsi all’art. 57, comma 7 Dir. 2014/24, in ragione del fatto che la normativa tedesca riprendeva pedissequamente la predetta disposizione della direttiva, facendo appunto decorrere il periodo di tre anni — con riferimento ai casi in cui l’amministrazione aggiudicatrice disponga di elementi sufficientemente plausibili da far ritenere che l’operatore economico abbia concluso con altri operatori economici accordi che configurino un illecito antitrust — dalla « *data del fatto in questione* ».

Occorre ora valutare se il diritto italiano, atteso che, di recente, il Codice dei contratti pubblici è stato modificato dal d.l. n. 32/2019, conv. con mod. dalla l. n. 55/2019, possa considerarsi o meno compatibile con l’interpretazione che è stata data dai giudici europei di detta disposizione del diritto euro-unitario. Si deve, al riguardo, tener conto che la corrispondente disposizione, con cui veniva data attuazione all’art. 57, par. 4, lett *d*) — *i.e.* il previgente comma 10 dell’art. 80 — è stata eliminata, e la stessa è ora individuabile nel comma 10-bis, secondo periodo, a norma del quale « *Nei casi di cui al comma 5 (35), la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della*

(34) Si v., di recente, sul carattere “autonomamente esecutivo fino al suo annullamento o ad una sua sospensione” dei provvedimenti sanzionatori dell’Autorità antitrust, come sancito dalle linee guida dell’Anac, Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1381, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(35) All’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, si prevede che « *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità* ».



---

*propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso ».*

Come appare di immediata evidenza, al comma 10-*bis* dell'art. 80, d.lgs. cit. sono state considerate in modo unitario (dal momento che non sono state operate distinzioni tra) le diverse ipotesi riconducibili ai gravi illeciti professionali. Inoltre, diversamente dalla previgente disposizione contenuta nel comma 10 dell'art. 80, al comma 10-*bis* del medesimo articolo si prevede che il termine di tre anni decorra « *dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione* », ovvero, là dove detto provvedimento sia stato contestato in giudizio « *dalla data di passaggio in giudicato della sentenza* ». Al ricorrere di quest'ultima ipotesi si stabilisce che il fatto che ha portato all'esclusione, poi impugnata, debba costituire oggetto di una valutazione da parte delle stazioni appaltanti, le quali, quindi, anche in pendenza del contenzioso, allorquando ritengano che il grave illecito professionale sia tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, potranno escluderlo dalle procedure di aggiudicazione dalla medesima indette. In altri termini, l'impugnazione di una esclusione in sede giurisdizionale non determina alcun effetto di "congelamento" della stessa, essendo le stazioni appaltanti sempre chiamate a valutare la gravità dell'illecito professionale commesso dall'operatore economico ai fini dell'eventuale sua esclusione, là dove ne ricorrano i presupposti.

Il legislatore italiano, col più recente intervento legislativo, ha dunque specificato che i « *tre anni dalla data del fatto in questione* », previsti dall'art. 57, par. 7 Dir. cit., che vanno riferiti a tutte le ipotesi di gravi illeciti professionali (art. 57, par. 4, lett. c)) — e dunque, secondo la ricostruzione prospettata *supra* (si v. § 5), anche alle ipotesi di illeciti antitrust (art. 57, par. 4, lett. d)) — debbono considerarsi come decorrenti « *dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione* ».

Si deve osservare a tal riguardo che, per quanto i giudici europei abbiano interpretato il termine dei tre anni come decorrente non dall'intesa intervenuta tra operatori economici, bensì dalla data in cui è intervenuta una decisione dell'autorità nazionale o europea competente ad accertare comportamenti posti in essere in violazione del diritto antitrust ed a comminare le sanzioni previste, nel diritto tedesco, diversamente da quello italiano, è rinvenibile una disposi-

zione con cui è stata data specifica attuazione all'art. 57, par. 4, lett. d).

Deve dunque porsi la questione se possa attribuirsi un qualche rilievo al fatto che il diritto italiano non ha espressamente recepito l'art. 57, par. 4, lett. d) Dir. 2014/24.

Quel che emerge dalla sentenza richiamata è che, anche in mancanza di un espresso recepimento dell'art. 57, par. 4, lett. d) Dir. 2014/24 da parte del diritto interno — nel quale è comunque rinvenibile una formulazione ampia della categoria dei gravi illeciti professionali — nel caso di illeciti antitrust, in base a quanto stabilito dall'art. 57, par. 7 Dir. cit., sempre che non siano poste in essere misure di *self cleaning* sufficienti a dimostrare l'affidabilità dell'operatore economico (36), nonostante gli illeciti accertati, i tre anni non possono che decorrere dalla decisione dell'Autorità antitrust competente.

Se ciò è esatto, riesce però difficile conciliare il comma 10-*bis* dell'art. 80, d.lgs. cit. con quanto statuito dalla Corte di giustizia. Non sembra, infatti, che una previsione come quella di cui all'art. 10-*bis*, riguardante i gravi illeciti professionali, che fa decorrere i tre anni dal provvedimento di esclusione, possa conciliarsi con quanto previsto dall'art. 57, par. 7, come interpretato dai giudici europei con riferimento anche agli illeciti antitrust.

Si consideri infatti che, in base alla previsione contenuta nell'art. 10-*bis*, non si può tener conto della data in cui è intervenuta la decisione dell'Autorità antitrust, dal momento che, perché possa iniziare a decorrere il termine di tre anni, occorre attendere che la prima stazione appaltante proceda all'esclusione dell'operatore economico a cui è stata comminata la sanzione. In tal modo, però, gli effetti della intervenuta decisione della competente autorità antitrust verrebbero sospesi, ai fini del decorso del termine di tre anni, fino al momento dell'esclusione, con la conseguenza che verrebbe di fatto disatteso sul punto quanto statuito dalla Corte di giustizia (37). A questo riguardo occorre anche tener conto che il giudice nazionale del rinvio, nel sottoporre la questione pregiudiziale, aveva altresì chiesto ai giudici europei se per « *fatto in questione* » debba intendersi « la realizzazione dei motivi di esclusione contemplati dal medesimo paragrafo 4 ovvero se rilevi invece il momento in cui

(36) Si v. l'art. 57, par. 6, Dir. 2014/24/UE e l'art. 80, comma 7, d.lgs. n. 50/2016.

(37) Si v. ancora Corte di giustizia UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, in causa C-124/17, cit.

l'amministrazione aggiudicatrice disponga di sicura e solida conoscenza della sussistenza del motivo di esclusione ». Nella sentenza, come si è indicato *supra*, si è sottolineato come detto fatto debba farsi coincidere col momento della realizzazione dei motivi, che, nel caso degli illeciti antitrust, si concretizza con l'adozione della decisione dell'Autorità antitrust.

Peraltro, la previsione di cui al comma 10-*bis* dell'art. 80, d.lgs. cit., che collega il decorso dei tre anni al provvedimento di esclusione da una gara finisce, a ben vedere, quanto meno con riguardo agli illeciti antitrust, per porsi in contrasto con i principi di prevedibilità e di certezza del diritto, alla luce dei quali la Corte di Giustizia è pervenuta alle conclusioni di cui si è detto in ordine alla sopra riportata interpretazione dell'art. 57, par. 7 Dir. cit.

Infine, appare evidente come anche quanto previsto al punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6, aggiornate nel 2017, ove si fa riferimento ai « *provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato* », risulti disallineato con la previsione di cui al comma 10-*bis* dell'art. 80, d.lgs. cit.

Tutti elementi, questi, che inducono a ritenere auspicabile un intervento correttivo dell'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 50/2016. Pur essendo, nel caso di specie, disapplicabile la norma interna incompatibile col diritto europeo, esigenze di certezza del diritto impongono di esplicitare l'inapplicabilità agli illeciti antitrust della disciplina di cui al comma 10-*bis*. In alternativa, si dovrebbe valorizzare quella proposta ricostruttiva (si v. *supra* § 5), secondo cui il legislatore italiano non aveva alcuna necessità di recepire la previsione contenuta nella lett. *d*) dell'art. 57, par. 4 Dir. cit., dal momento che detta disposizione attribuisce direttamente alle amministrazioni aggiudicatrici, pur in mancanza della specificazione delle condizioni di applicazione da parte del diritto interno, la possibilità di tener conto di detta causa facoltativa, ai fini dell'esclusione dalle gare dell'operatore economico. Giova al riguardo rilevare come, a seguire detta impostazione, il termine dei tre anni inizi a decorrere, ai sensi dell'art. 57, par. 7, ultimo periodo, Dir. cit., « *dalla data del fatto in questione* », che, nel caso degli illeciti antitrust, come puntualizzato dai giudici europei, deve appunto farsi coincidere con la data della decisione della competente autorità antitrust. In tal modo, tuttavia, almeno con riguardo a detto profilo, gli illeciti antitrust verrebbero sottratti al regime cui sono sottoposte tutte le fattispecie di gravi illeciti professionali.

6. *Le stazioni appaltanti sono tenute a valutare la rilevanza degli illeciti antitrust in base ad alcuni parametri individuati dalle Linee guida n. 6 dell'Anac.*

Come si è osservato, appare ormai difficilmente contestabile il fatto che l'accertamento degli illeciti antitrust, con conseguente irrogazione di una sanzione nei confronti di un'impresa, possa indurre la stazione appaltante ad escluderla dalla procedura di gara, tanto nel caso in cui si accolga la tesi secondo cui, in base all'art. 57, par. 4, lett. d) Dir. 2014/24, è riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici, in mancanza di una regolamentazione nazionale, la possibilità di tener conto di detta causa facoltativa ai fini dell'esclusione dalle gare, quanto là dove si aderisca alla ricostruzione in base alla quale gli illeciti antitrust integrano una delle ipotesi riconducibili alla nozione ampia di errore professionale cui si riferisce l'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti.

Se ciò è esatto, non sembra neppure che possa dubitarsi della legittimità delle Linee guida n. 6 adottate dall'Anac, ai sensi dell'art. 80, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, con cui si sono individuate, tra le situazioni suscettibili di rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità degli operatori economici — e dunque di comportare l'esclusione dalle procedure di gara di un operatore economico — anche « *i provvedimenti esecutivi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare* » (38).

La previsione di detta fattispecie, pur in mancanza di una disposizione di legge che la preveda e la disciplini, trova fondamento nel fatto che con le citate linee guida, aventi carattere non vincolante — adottate al fine di « *garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti* » (39) — si sono specificate, a titolo esemplificativo, alcune fattispecie riconducibili alle ipotesi individuate in via generica

(38) Si v. il punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6, aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

(39) Come è stato sottolineato dalla Comm. Spec., Cons. Stato, 3 novembre 2016, parere n. 1888/2016, « sia dalla circostanza che lo stesso codice fornisce una elencazione esemplificativa di illeciti professionali, sia dalla circostanza che le linee guida in materia hanno natura non vincolante e funzione promozionale di buone prassi, si evince che le linee guida individuano gli illeciti professionali in modo non tassativo ma solo esemplificativo ». Ciò comporta, osserva la stessa Commissione speciale, che è lasciata « alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale ».

all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, nonché ulteriori ipotesi rilevanti ai sensi della medesima disposizione legislativa e indicati i mezzi di prova ritenuti adeguati a comprovarne la sussistenza.

Come si desume dal punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6, la funzione di regolazione esercitata dall'Anac si è tradotta nell'individuazione di parametri che restringono l'ambito di valutazione discrezionale rimesso alle stazioni appaltanti (40).

La previsione di parametri, che debbono essere previamente verificati, al fine di determinare la rilevanza dell'illecito antitrust con riguardo all'esclusione dalla gara, appare, a ben vedere, rispettosa anche del principio di proporzionalità. Occorre infatti considerare che, con riferimento alle cause facoltative di esclusione, la stazione appaltante è chiamata a valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'operatore economico nell'esercizio della sua attività professionale, ossia ad operare un giudizio che non ha carattere sanzio-

(40) In generale sulla funzione di regolazione svolta dall'Anac si v.: L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 2/2016, pp. 72 s., nonché S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016. In tema, prima dell'istituzione dell'Anac, si v. anche: A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, spec. pp. 35 s.

Sulla distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti dell'Anac, si v. Cons. Stato, Comm. Spec., 1° aprile 2016 parere n. 855, punto II.g) 5. Inoltre, con riguardo al carattere non vincolante di dette linee guida, aventi una funzione promozionale di buone prassi, si v. ancora Cons. Stato, Comm. Spec., 3 novembre 2016, parere n. 1888/2016, cit., ove si specifica che detto carattere è desumibile « da molteplici dati esegetici: a) l'art. 80, c. 5, lett. c), recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva; b) l'art. 80, c. 13, prevede le linee guida come "facoltative", e dunque quale strumento non necessario per l'operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione; c) l'art. 80, c. 13 indica con chiarezza la finalità di tali linee guida, che è quella di "garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti" ». Inoltre, sulla valenza giuridica delle linee guida non vincolanti, diverse sono le ricostruzioni che sono state prospettate in dottrina. Propende per la tesi secondo cui le stesse costituiscono espressione di un potere di direttiva G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 301 s., che le definisce uno strumento sia di guida che di garanzia, mentre C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in <http://www.giustamm.it>, n. 4/2016 le qualifica alla stregua di circolari e S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 1/2016, spec. pp. 31 s. le considera strumenti di soft law. Peraltro, a prescindere da quale sia la qualificazione preferibile anche tale tipo di linee guida risultano impugnabili, ex art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016; in tema si v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, spec. pp. 417 s., nonché M. CORRADINO, G. LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Milano, 2019, spec. 452, che sottolineano come non possa neppure escludersi che dette linee guida costituiscano fonte di autonomo pregiudizio. Sulla valenza delle Linee guida n. 6 quale atto che fornisce validi parametri per l'attività interpretativa del Codice, si v. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

natorio ma fiduciario (41). Il fatto che le stazioni appaltanti, per un verso, siano tenute a compiere detta valutazione in base a determinati parametri, e, per altro, debbano tener conto di eventuali misure di *self cleaning* adottate dall'impresa responsabile della condotta anticoncorrenziale (42), rendono evidente come l'esclusione dalla gara dell'operatore economico non possa avvenire in base ad alcun automatismo. La rilevanza dell'illecito antitrust, tenuto conto di quanto indicato nelle Linee guida n. 6, presuppone non soltanto che risulti integrato il carattere della gravità, ma anche che detto illecito produca effetti sulla contrattualistica pubblica e sia stato posto in essere nel medesimo mercato, con riferimento al quale dovrà affidarsi il nuovo contratto. I tre parametri testé menzionati debbono essere dunque tutti soddisfatti perché possa procedersi all'esclusione dell'impresa dalla procedura di gara.

Occorre osservare come dette circostanze rendano la regolamentazione dei presupposti, da osservarsi nella valutazione degli illeciti antitrust, contenuta nelle Linee guida n. 6, conforme oltre che alle disposizioni della direttiva europea anche al principio di proporzionalità.

Con riguardo al presupposto della gravità dell'illecito antitrust, la giurisprudenza amministrativa si è limitata a sottolineare un dato,

(41) Si v. sul punto, già con riferimento all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio n. 2016, n. 3070; Id., sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444, 20 febbraio 2017, n. 742, 11 aprile 2016, n. 1412, 18 giugno 2015, n. 3107, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(42) Si v. il punto 7.3. delle Linee guida Anac n. 6, ove si prevede che: «*Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito: 1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; 2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; 3. la rinnovazione degli organi societari; 4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo*». Inoltre, mentre al punto 7.4. delle medesime si stabilisce che «*Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata*», al punto 7.5 si prevede che «*La stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione*». Si v., inoltre, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 febbraio 2017, n. 2094, cit., ove si precisa che allorquando le misure di *self cleaning* siano ritenute sufficienti dalla stazione appaltante «*l'operatore è ammesso alla gara senza bisogno di una espressa motivazione al riguardo*», essendo viceversa prevista dal comma 8 [dell'art. 80], «*una "motivata" comunicazione solo per il caso di esclusione*».

che invero appare scontato, ossia che si deve tener conto del lasso di tempo trascorso dall'accertamento dell'illecito antitrust, atteso che, in base all'art. 57, par. 7 Dir. 2014/24/UE, il periodo massimo di esclusione, in mancanza di una sentenza definitiva che lo individui, non può superare i tre anni (43).

In dottrina si è anche sostenuto che, sempre ai predetti fini, deve valutarsi « la natura isolata o reiterata della condotta illecita » posta in essere dall'impresa a cui è stata comminata la sanzione dall'AGCM (44). Detta ricostruzione interpretativa non appare tuttavia convincente, sia per ragioni di ordine letterale, sia tenuto conto delle garanzie che debbono essere assicurate agli operatori economici nei procedimenti sanzionatori innanzi all'AGCM. Sotto il primo profilo, si consideri infatti che al punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6 non si stabilisce che la mancata reiterazione di comportamenti anticoncorrenziali costituisce un elemento che deve essere preso in considerazione dalle stazioni appaltanti ai fini della qualificazione dei medesimi come gravi. Con riguardo al secondo aspetto indicato, si può certamente convenire con quanto osservato dai giudici amministrativi, ad avviso dei quali « alla luce delle particolari garanzie che assistono l'adozione del provvedimento antitrust (emanazione da parte di un'autorità in posizione di terzietà, rispetto delle garanzie partecipative e del principio del contraddittorio), appare sufficiente, al fine di imporre alla stazione appaltante un onere di valutazione in ordine all'incidenza dei fatti sulla gara in corso di svolgimento, la mera idoneità del provvedimento sanzionatorio a spiegare, in via anche solo temporanea, i suoi effetti » (45). D'altro canto, non può non tenersi conto del fatto che la gravità dell'illecito antitrust è individuato dalla l. n. 287/1990 (46) quale presupposto ai fini dell'adozione del provvedimento di condanna, dal che può forse argomentarsi l'insussistenza di uno specifico onere motivazionale "aggiuntivo" per la stazione appaltante, la cui valutazione finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi, in modo improprio, a quella compiuta dall'Autorità istituzionalmente preposta all'accertamento ed alla repressione degli illeciti di cui trattasi.

(43) Si v. T.A.R., Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394, cit. Su detto tema si v. *supra*, *amplius* § 5.

(44) Si v. G. VERCILLO, *op. cit.*, p. 13.

(45) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119, cit.

(46) Si v. in particolare l'art. 15, comma 1, l. n. 287/1990.

Tuttavia, appare controverso il rilievo pratico che possono rivestire condanne per pratiche commerciali scorrette — nonostante il riferimento alle stesse sia contenuto nelle Linee guida n. 6 — atteso che, ad avviso dell'AGCM, detta tipologia di violazione non configura « un illecito professionale riferibile alla contrattualistica pubblica, non inquadrandosi nell'ambito di un rapporto di consumo la condotta posta in essere nella fase di partecipazione dell'operatore economico alla gara » (47). In altri termini, come è stato evidenziato dall'AGCM, dette condanne non possono assurgere a cause di esclusione dalle gare in quanto non è predicabile con riferimento alle stesse alcun riflesso sulla contrattualistica pubblica, ovvero risulta assente uno dei presupposti indefettibili per la configurazione di detta fattispecie. Non sembra, però, che detta impostazione sia stata condivisa dai giudici di palazzo Spada, secondo i quali, nella controversia esaminata, non sussisteva alcun obbligo di dichiarare il provvedimento esecutivo di condanna per pratiche commerciali scorrette, esclusivamente in ragione del fatto che nella formulazione del punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6, all'epoca vigente, l'omessa dichiarazione della sanzione relativa a detto illecito non avrebbe potuto determinare l'esclusione dalla gara (48). Peraltro, in senso contrario all'impostazione restrittiva seguita dall'AGCM e di cui si è dato sopra conto, sembra potersi osservare come, in realtà, la rilevanza, a fini escludenti, delle pratiche commerciali scorrette, costituendo queste ultime una fattispecie diversa da quella dell'illecito anticoncorrenziale (49), debba essere valutata prescindendo dalla considerazione dei limiti di operatività che le menzionate Linee guida delineano con riguardo alla portata dell'illecito *de quo*. In questa prospettiva, tenuto conto del particolare disvalore sociale delle condotte imprenditoriali che risultano ascrivibili alla nozione di « pratica commerciale scorretta », non potrebbe neppure escludersi che la condanna a siffatto titolo configuri un'ulteriore ipotesi di grave illecito

(47) Si v. AGCM, 13 febbraio 2018, AS1474, cit.

(48) Si v. Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2019, n. 6096, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(49) Per la definizione di pratica commerciale scorretta si v. l'art. 20, comma 2, d.lgs. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) a norma del quale « una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori ».



professionale, ai sensi del novellato art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016.

Più in generale, il presupposto costituito dalla sussistenza di effetti sui contratti pubblici, come conseguenza dell'accertamento di illeciti antitrust, sembra doversi connettere alla tipologia di questi ultimi. Non tutte le violazioni della disciplina antitrust, come si è appena sottolineato, possono esplicitare effetti sui contratti pubblici, sicché si rende opportuno cercare di definire meglio quali siano gli illeciti rilevanti nel caso di specie. In linea teorica, violazioni della normativa antitrust — di qualunque tipo esse siano — che siano accertate con riferimento a casi di affidamento di contratti pubblici, appaiono sempre rilevanti in relazione a detto settore o, secondo la terminologia utilizzata dalle Linee guida n. 6, sono suscettibili di produrre effetti sulla contrattualistica pubblica. Il discorso appare abbastanza intuitivo, dal momento che violazioni che sono state accertate proprio con riferimento a procedure di affidamento di contratti pubblici appaiono sempre idonee, astrattamente, a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico che, successivamente a detto accertamento, partecipi ad una procedura di gara ai fini dell'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Se ciò è corretto, sembra allora che detto presupposto debba essere considerato congiuntamente a quello di « *medesimo mercato oggetto del contratto da affidare* »: è quest'ultimo, infatti, che consente di verificare con più precisione la concreta rilevanza o meno degli illeciti antitrust ai fini della esclusione dalla singola gara.

Si può osservare come sui concetti di intesa, di accordo (50) e di pratica concordata (51) — che, là dove sussistenti, sfociano nell'accertamento di un illecito antitrust da parte dell'autorità competente — si sia formata una consolidata giurisprudenza europea e nazionale.

Per quanto la verifica in ordine alla sussistenza delle circostanze di fatto e alla loro sussunzione nei concetti giuridici indeterminati (ad es. quello di mercato rilevante), al fine di accertare i comportamenti

(50) In tema si v. *ex multis*: C. LO SURDO, "Accordo" contrattuale e "intesa" ai sensi della normativa antitrust, in *Contr.*, 2001, III, pp. 299 s.; G. COLANGELO, *Intesa restrittiva e nozione di accordo*, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 34 s.; M. D'OSTUNI, *Il concetto di intesa*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013, pp. 69 s.; R. PARDOLESI, *Le intese verticali*, *ibidem*, pp. 80 s.

(51) In tema si v. *ex multis*: R. CAIAZZO, *Pratiche concordate: concertazione e parallelismo cosciente. Limiti e confini di una categoria logico-giuridica molto speciale*, in *Foro amm./C.d.S.*, 2006, pp. 3179 s.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, spec. pp. 245 s.; F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013 spec. pp. 114 s.; V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 443 s.

anticoncorrenziali, costituisca un'attività che viene compiuta dall'Autorità antitrust e, nel caso di impugnazione della decisione dalla stessa adottata, dai giudici amministrativi, nel caso che qui ci occupa la valutazione dei parametri individuati al punto 2.2.3.1 delle Linee guida n. 6 è rimessa alle singole stazioni appaltanti.

Non può sfuggire allora come nel caso degli illeciti anticoncorrenziali, in seguito all'accertamento da parte dell'autorità antitrust competente della violazione delle regole in materia di concorrenza, ciascuna stazione appaltante sia chiamata a compiere valutazioni complesse, in ordine alla qualificazione o meno di detti illeciti come gravi — pur con i limiti di cui si è sopra detto — e alla rilevanza dei medesimi sulla contrattualistica pubblica, valutazione, quest'ultima, che va più concretamente parametrata al fatto che l'illecito accertato attenga al « *medesimo mercato oggetto del contratto da affidare* ».

La più recente giurisprudenza amministrativa, nel valutare se sussiste detta attinenza, tende a far riferimento alla nozione di « mercato rilevante », la quale « non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale, sicché, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso » (52). Il riferimento a detta nozione trova giustificazione nel fatto che, com'è ovvio, per poter stabilire se ricorre il presupposto del « medesimo mercato » occorre prima individuare il mercato in relazione al quale è stato accertato l'illecito antitrust. Un metodo semplice — a cui probabilmente l'Anac ha inteso riferirsi nelle Linee guida n. 6, là dove ha precisato che si deve trattare del medesimo mercato oggetto del contratto da affidare — può consistere nel considerare soddisfatto tale requisito ove l'illecito anticoncorrenziale sia stato commesso nell'affidamento di contratti pubblici dello stesso tipo (ad es. prestazioni di servizi oppure di lavori oppure forniture di beni di un certo tipo). Verrebbe in tal modo assunto un criterio di carattere essenzialmente merceologico (53), che tuttavia

(52) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 22 marzo 2019, n. 3894, nonché Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(53) Ad un criterio di questo tipo si sono riferiti i giudici amministrativi nella sentenza

non sembra cogliere appieno la varietà dei casi rilevanti a detti fini. La stazione appaltante è chiamata a valutare, come si è evidenziato, se l'illecito antitrust, allorquando debba considerarsi grave e rilevante per la contrattualistica pubblica, sia in grado di far dubitare dell'integrità o dell'affidabilità dell'operatore economico con riguardo a quel contratto oggetto di affidamento nella singola procedura di gara. In detta prospettiva, deve però considerarsi che l'ambito valutativo della singola stazione appaltante finisce per essere delimitato dalla nozione di mercato di riferimento del contratto da affidare.

Al riguardo, occorre anzitutto considerare che vi sono talune forme di coordinamento tra imprese « che possono essere considerate per loro natura dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza », come quelle che originano da « accordi finalizzati alla ripartizione dei mercati », che « appartengono a una categoria di accordi espressamente vietata dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un'analisi del contesto economico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale » (54). Casi di intese restrittive per oggetto, che appunto portano a ritenere non necessario l'esame dei loro effetti, sono state individuate in forme di coordinamento per la partecipazione a gare d'appalto (c.d. *bid rigging*) (55). Detti accordi per la spartizione del mercato nelle gare ad evidenza pubblica sono ascrivibili « tra le fattispecie più gravi ("*hard core*") di intese antitrust, nonché tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori-contribuenti) » (56).

E poi del tutto evidente che, in presenza di siffatte intese, la nozione di mercato di riferimento debba essere delineata in relazione all'oggetto dell'accordo collusivo. Il mercato o i mercati, a cui si riferiva l'accordo collusivo accertato con la decisione dell'autorità

---

già richiamata (si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 22 marzo 2019, n. 3894), nella quale hanno ritenuto che l'oggetto della procedura di gara, con riferimento alla quale la ricorrente chiedeva l'esclusione di altra concorrente, si riferiva ad un mercato differente rispetto a quello per il quale era stata irrogata la sanzione antitrust.

(54) Si v. *ex multis*: Corte di giustizia, sez. II, 20 gennaio 2016, in causa C-373/14 P, punti 26-28; più in generale sulla nozione di « restrizione per oggetto » si v. Corte di giustizia, sez. II, 16 luglio 2015, in causa C-172/14; Corte di giustizia, sez. III, 11 settembre 2014, in causa C-67/13 P, punti 48-50, in <http://www.curia.europa.eu>.

(55) Si v. sul punto: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 ottobre 2016, n. 10309; Id., 25 luglio 2016, n. 8506; Id., 16 novembre 2015, nn. 12931, 12932, 12933, 12934 e 12935, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(56) Si v. sul punto T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 novembre 2015, n. 12934, cit.

antitrust competente, dovranno essere raffrontati con l'oggetto dell'appalto o della concessione da affidare, che potrebbe avere un carattere misto (57). In quest'ultima ipotesi sarà sufficiente che una delle prestazioni dedotte nell'oggetto del contratto da affidare sia riferibile al mercato di riferimento dell'intesa, dell'accordo o della pratica concordata, che configura l'illecito antitrust accertato e sanzionato.

In definitiva, il riferimento, contenuto nelle Linee guida n. 6, al « *medesimo mercato oggetto del contratto da affidare* » deve essere declinato non in astratto — ossia rapportandolo alla rilevanza degli illeciti antitrust nel settore della contrattualistica pubblica in generale — bensì in concreto, ovvero con riguardo all'ambito oggettivo di riferimento dell'illecito antitrust accertato dall'autorità competente. Illecito antitrust che potrebbe intercettare diversi mercati e dunque essere rilevante con riguardo a molteplici ambiti della contrattualistica pubblica, non risultando, invero, a detti fini particolarmente significativo l'ambito territoriale con riferimento al quale detto illecito è stato accertato.

Infine, si può rilevare come la giurisprudenza tenda a configurare il sindacato sulla valutazione discrezionale compiuta dalle stazioni appaltanti, in dette situazioni, come circoscritto alla « non pretestuosità » di detta valutazione sugli elementi di fatto, non potendo il medesimo estendersi fino all'evidenziazione della « "non condivisibilità" » della valutazione medesima, pena lo sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa ed un conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione » (58). Ciò porta, in sostanza, i giudici amministrativi a ritenere possibile soltanto un sindacato nei casi di manifesta illogicità o irrazionalità, essendo escluso che gli stessi possano sostituirsi alla stazione appaltante in ordine alla valutazione della affidabilità o meno di un operatore economico (59). Occorre però rilevare come detto orientamento, di recente, abbia

(57) Si v. l'art. 28, d.lgs. n. 50/2016.

(58) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394, cit., che richiama Cass. civ. sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Foro Amm./C.d.S.* (II) 2012, 3, p. 552.

(59) Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394, cit., nonché Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299. Si consideri inoltre, con più specifico riferimento all'orientamento consolidato della giurisprudenza in ordine ai limiti del sindacato o sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust (si v. anche: Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947, 13 giugno 2014, n. 3032, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>) che in dottrina (si v. F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABBITI BEDOGNI, P. BARUCCI, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, spec. p. 272), si è osservato come, il g.a. non possa mai sottrarsi dall'assicurare

costituito oggetto di una parziale riconsiderazione da parte dei giudici di palazzo Spada, con riferimento alle sanzioni antitrust. Più precisamente, si è ritenuto che la sussunzione di circostanze di fatto nel perimetro logico e semantico dei concetti giuridici indeterminati costituisca « una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il “tratto libero” dell'apprezzamento tecnico si limita ... a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche », con la conseguenza che la tutela giurisdizionale « deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *questio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (...) » (60). Ai fini che qui rilevano, tenuto conto che un concetto giuridico indeterminato appare individuabile nella nozione di « mercato di riferimento », o meglio di « *medesimo mercato oggetto del contratto da affidare* », risulta configurabile almeno sotto questo profilo — richiamando l'incisiva espressione utilizzata dai medesimi giudici — un sindacato pieno « di maggiore attendibilità », più che un sindacato (non sostitutivo) di attendibilità (61).

---

una tutela piena ed effettiva delle posizioni degli operatori economici cui siano comminate sanzioni.

(60) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2109, n. 4990, nella quale, peraltro, i giudici di Palazzo Spada puntualizzano che occorre dare dell'art. 7, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017, una lettura costituzionalmente conforme agli artt. 24, 113 e 117, comma 1 Cost., nel senso che « nonostante l'evidente imprecisione linguistica, il precetto riveste una mera funzione didascalica, quella cioè di richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento “diretto” di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (...) dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria », in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In tema si v. anche M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, n. 8/2018.

(61) Si v. ancora Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2109, n. 4990, cit.