



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 838 del 2017, proposto da

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Gennaro Rocco Notarnicola, Aristide Police, Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Gruppo Torinese Trasporti Gtt S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Dealessi, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Stati Uniti 62;

nei confronti

Consorzio Stabile G.I.S.A. Gestione Integrata Servizi Aziendali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Carlo Maria Tanzarella, Massimiliano Napoli, Luigi Gili, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Gili in Torino, via Vela 29;

La Lucente S.p.A., Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Martina Alo', Angela Turi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angela Turi in Torino, Galleria

Enzo Tortora N. 21;

So.Co.Fat. S.C. non costituito in giudizio;

Per:

I) l'annullamento

del provvedimento di GTT prot. n. 25703 del 14 luglio 2017, comunicato in pari data, con il quale è stata disposta “*la decadenza di CNS s.c. dall'aggiudicazione dei lotti 1, 2 e 6 disposta con provvedimento comunicato il 16.12.2016, o comunque il suo ritiro in autotutela*” in relazione alla procedura competitiva avente ad oggetto “*Appalto 96/2015 Servizio di pulizia veicoli, locali e aree, servizio movimentazione e rifornimento veicoli e servizi accessori presso i siti GTT*”;

II) la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, e di subentro di CNS nel rapporto;

III) la condanna della Stazione Appaltante, in via principale, al risarcimento in forma specifica per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto d'appalto ove stipulato;

IV) in via subordinata, per la sola ipotesi in cui non dovessero ritenersi sussistenti i presupposti per il risarcimento in forma specifica, il risarcimento per equivalente monetario degli ingiusti danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gruppo Torinese Trasporti Gtt S.p.A. e di Consorzio Stabile G.I.S.A. Gestione Integrata Servizi Aziendali e di La Lucente S.p.A. e di Dussmann Service S.r.l.;

Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le “*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*” (2016/C 439/01; d'ora in poi anche “*Raccomandazioni*”) della Corte di Giustizia della Unione Europea;

Visti gli art. 19, paragrafo 3, lett. b) del Trattato sulla Unione Europea (TUE) e 267 del Trattato sul Funzionamento della Unione Europea (TFUE);

Visti lo Statuto ed il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia della Unione Europea;

Visto l'articolo 79 comma 1 del Decreto legislativo n. 104 del 2010, Allegato 1 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo), recante il Codice del processo amministrativo;

Visto l'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006, Codice dei Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A – ESPOSIZIONE SUCCINTA DELL'OGGETTO DELLA CONTROVERSIA.

1. Con bando spedito per la pubblicazione in GUCE il 30 luglio 2015 e successiva lettera di invito del 27 novembre 2015 il Gruppo Torinese Trasporti S.p.a. (di seguito "GTT" o "stazione appaltante") società che gestisce servizi di ferrovia urbana, tram, filobus e bus, ha indetto ai sensi della Direttiva 2004/17/CE – Servizi speciali, una procedura ristretta ai sensi dell'art. 220 del d.lgs. n. 163/2006, suddivisa in 6 Lotti, per l'affidamento del "*Servizio di pulizia veicoli, locali ed aree, servizio movimentazione e rifornimento veicoli e servizi accessori presso i siti GTT – n. 6 lotti. Procedura ristretta – Settori speciali*": il valore complessivo dell'appalto indicato da GTT nella lettera di invito, comprensivo di eventuale incremento del 5% e degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, è pari ad Euro 29.434.319,39 IVA esclusa, suddiviso tra i vari lotti, tutti di importo compreso tra Euro 4.249.999,10 ed Euro 6.278.734,70.

2. In esito alla gara tre dei sei lotti sono stati inizialmente aggiudicati al Consorzio Nazionale Servizi (in prosieguo anche solo "CNS").

3. Tuttavia la Stazione Appaltante, con provvedimento n. 25703 del 14 luglio 2017 ha pronunciato la decadenza dalla aggiudicazione del precitato CNS essendo emerso che l'Autorità italiana Garante per la Concorrenza ed il Mercato – AGCOM, con provvedimento del 22.12.2015 pubblicato sul Bollettino n. 50 del 25.1.2016, l'ha sanzionato con una multa dell'importo di €. 56.190.090,00 per aver partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza di tipo orizzontale, perpetrata dalle parti con variegata forma di condotta (accordi, scambi di informazione, pratiche concordate in senso stretto), con la finalità di condizionare

gli esiti di una gara indetta da altra amministrazione attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili nel numero massimo fissato dalla *lex specialis* (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 740/2017).

4. In sintesi la stazione appaltante ha fondato il provvedimento di decadenza sulle seguenti considerazioni: a) la legittimità del provvedimento sanzionatorio della Autorità nazionale antitrust è già stata riconosciuta in sede giurisdizionale con sentenza passata in giudicato; b) il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, con sentenze nn. 428 del 29 marzo 2017 e n. 446 del 3 aprile 2017, ha affermato che costituisce errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 lett. f) del D.lgs. n. 163/2006 e art. 45 par. 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE anche il comportamento consistente in una intesa restrittiva di concorrenza accertato in via amministrativa, posto in essere dall'operatore in altra procedura di gara; c) il CNS ha del tutto omesso di dichiarare negli atti di gara l'esistenza, nei di lui confronti, di un procedimento sanzionatorio pendente avanti la Autorità nazionale antitrust; d) il comportamento sanzionato dall'Autorità antitrust è tale da comportare l'interruzione del rapporto fiduciario; e) le misure di *self cleaning* implementate dal CNS sono intervenute solo in corso di gara e pertanto non sono idonee a far venir meno la causa di esclusione sin dall'inizio della gara.

5. Il Consorzio Nazionale Servizi ha impugnato il provvedimento di decadenza dalla aggiudicazione sostenendo, *inter alia*: a) che l'illecito antitrust non può integrare errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006 e quindi non può essere considerato ai fini della esclusione di un operatore da una gara; b) che la decadenza dalla aggiudicazione in un caso simile comporterebbe violazione del *ne bis in idem*, perpetuando a carico del CNS delle conseguenze sanzionatorie ulteriori rispetto alla sanzione comminata dalla Autorità antitrust; c) che le misure di *self cleaning* avrebbero dovuto essere tenute in considerazione ancorché intervenute solo in corso di gara.

6. Alla prima udienza in camera di consiglio, celebratasi l'11 ottobre 2017, sentite tutte le parti, il Tribunale, con ordinanza cautelare n. 442/2017 ha respinto la domanda del CNS di concessione di misure provvisorie, a motivo della infondatezza nel merito delle varie censure proposte contro il provvedimento impugnato.

7. Su appello del CNS il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4921 del 20 novembre 2017 ha riformato l'ordinanza n. 442/2017 di questo Tribunale, rilevando in particolare la possibile fondatezza del primo motivo di ricorso, vertente sulla possibilità di considerare un illecito anticoncorrenziale quale errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006.

8. Con pronunce n. 5704 del 4 dicembre 2017 e n. 722 del 5 febbraio 2018 il Consiglio di Stato ha riformato le sentenze di questo Tribunale nn.428/2017 e 446/2017: la riforma verte, in particolare, sull'affermazione di diritto secondo cui l'illecito anticoncorrenziale può essere valutato dalla stazione appaltante quale errore professionale grave ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006.

9. Il ricorso è stato chiamato per la decisione alla pubblica udienza del 7 febbraio 2018, in occasione della quale il CNS, sulla scorta dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con l'ordinanza cautelare del 20 dicembre 2017 e con le sentenze n. 5704/2017 e n. 722/2018, ha insistito per l'annullamento dell'atto impugnato sul rilievo che l'illecito anticoncorrenziale non può essere considerato errore professionale grave.

10. Il Collegio ha quindi ritenuto di dover sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte il quesito che in appresso si va ad illustrare, dirimente ai fini della definizione del giudizio.

B. IL CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI CHE TROVANO APPLICAZIONE NEL CASO DI SPECIE ED IL DIRITTO DELLA UNIONE EUROPEA.

B.1.: Il diritto nazionale.

11. Con il Decreto Legislativo n. 163/2006 del 12 aprile 2006, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 2 maggio 2006, la Repubblica Italiana ha recepito nel proprio ordinamento le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori, rispettivamente, speciali e nei settori ordinari.

12. Tale Decreto è rimasto in vigore sino al 18 aprile 2016, data di entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 50/2016, che ha recepito in Italia le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE: l'art. 216 del Decreto Legislativo n. 50 del 18 maggio 2016 stabilisce, in particolare, che esso si applica alle procedure indette con bandi o avvisi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore ovvero, relativamente alle procedure senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali al 18 maggio 2016 non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare offerte.

13. La gara d'appalto oggetto del presente giudizio, iniziata con la pubblicazione di un bando per procedura ristretta avvenuta il 30 luglio 2015 e successiva lettera di invito del 27 novembre 2015, ha un valore che supera le soglie di rilevanza comunitaria ed è quindi disciplinata dal Decreto Legislativo n. 163/2006.

14. Questo ultimo disciplina gli appalti nei settori speciali di rilevanza comunitaria agli articoli 206 e seguenti. Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio vengono in considerazione le seguenti norme del Decreto Legislativo 163/2006:

- l'art. 206, il quale elenca in modo tassativo gli articoli, dettati per gli appalti nei settori ordinari, applicabili anche ai settori speciali di rilevanza comunitaria, includendovi anche l'art. 38, di cui infra si dirà;

- l'art. 207, che recependo gli articoli 2 e 8 della Direttiva 2004/17/CE stabilisce che *“1. La presente parte si applica, nei limiti espressamente previsti, a soggetti: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice; b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente. 2. Sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività.”*;

- l'art. 210, che recependo l'art. 5.1 della Direttiva 2004/17/CE stabilisce che *“1. Ferme restando le esclusioni di cui all'articolo 23, le norme della presente parte*

si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

2. Nei servizi di trasporto, si considera esistere una rete se il servizio viene fornito alle prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, come ad esempio quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizi”;

- l’art. 217, emanato in recepimento dell’art. 20 della Direttiva 2004/17/CE, secondo cui *“1. La presente parte non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.2. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su sua richiesta, qualsiasi attività che considerano esclusa in virtù del comma 1.”;*

l’art. 230, emanato in attuazione dell’art. 51 della Direttiva 2004/17/CE, secondo cui *“Gli enti aggiudicatori applicano l'articolo 38 per l'accertamento dei requisiti di carattere generale dei candidati o degli offerenti.”.*

15. L’art. 38 comma 1 del Decreto Legislativo n. 163/2006, intitolato *“Requisiti di ordine generale”*, emanato in attuazione dell’art. 45 della Direttiva 2004/18/CE ha tipizzato le cause di esclusione di un operatore economico dalle gare per l’affidamento di appalti pubblici: nessuna di esse contempla specificamente la commissione dell’illecito anticoncorrenziale. Si deve inoltre soggiungere che in realtà tutte le cause di esclusione menzionate dall’art. 38 comma 1, salvo quella di cui alla lett. f) di cui infra si dirà, operano automaticamente e sono individuate in maniera tale che l’illecito anticoncorrenziale certamente non può ritenersi incluso nella rispettiva definizione.

16. Va però rilevato, per quanto di interesse nel presente giudizio, che l’art. 38, comma 1 lett. f) si legge come segue:

“1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

.....

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;
.....”.

16.1. La previsione di cui alla lettera f) in realtà contempla due ipotesi. Nella prima parte essa si riferisce a comportamenti dell'operatore verificatisi in occasione di un precedente contratto stipulato tra le stesse parti, e cioè tra quell'operatore e quella stessa amministrazione appaltante: tale previsione chiaramente non si attaglia al caso che si sta esaminando poiché è pacifico in atti che il comportamento anticoncorrenziale per il quale il CNS è stato sanzionato è stato commesso nel corso della esecuzione di un precedente contratto affidato da una diversa amministrazione.

16.2. Nella seconda parte la lett. f) prende in considerazione, invece, comportamenti che abbiano integrato “*gravi errori professionali*” commessi dall'operatore economico “*nell'esercizio della sua attività*”.

17. Occorre a questo punto effettuare alcune precisazioni su come la giurisprudenza nazionale ha interpretato le norme sopra ricordate.

18. Per quanto riguarda l'individuazione degli appalti da considerarsi soggetti alla Direttiva 2004/17/CE ed agli articoli 206 e seguenti del D. L.vo 163/2006, il Collegio rileva che in passato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con sentenza n. 9 del 2004) ha avuto modo di affermare che il servizio di pulizia di beni destinati all'espletamento del servizio ferroviario potesse e dovesse considerarsi soggetto alla disciplina degli appalti relativi ai “settori speciali”, ex “settori esclusi”. Successivamente il Consiglio di Stato ha ribadito tale concetto, nel vigore della Direttiva n. 2004/17/CE, nella sentenza della Adunanza Plenaria n. 16 del 2011, che ha enunciato più esplicitamente un criterio di “strumentalità”, che in seguito è stato più volte ripreso e confermato dal Consiglio di Stato (si vedano le pronunce della Sezione VI, nn. 2026/2014, n. 4257/10, n. 4934/13, n. 4902/13): in base a tale criterio rimangono attratti alla disciplina dei settori speciali anche, ma solo, gli appalti aventi ad oggetto attività strettamente connesse o funzionali all'espletamento del servizio “speciale”. Così, nella vicenda

esaminata dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011, laddove veniva in considerazione un appalto avente ad oggetto servizi di pulizia di edifici indetto da un ente che esercitava attività di prospezione mineraria, la sentenza ha effettuato una distinzione, affermando che solo i servizi di pulizia degli edifici utilizzati per l'espletamento del servizio speciale dovevano essere affidati nel rispetto della Direttiva 2004/17/CE, non essendo invece soggetto a tale disciplina l'affidamento dei servizi di pulizia degli edifici utilizzati, dal medesimo soggetto, per svolgervi attività diverse.

18.1. Poiché nella specie vengono in considerazione servizi di pulizia di automezzi destinati all'espletamento del servizio di trasporto pubblico, servizi di rifornimento carburante e di movimentazione dei medesimi automezzi, nonché servizi di pulizia di locali ed aree accessorie, utilizzati dal GTT per gestire il servizio di trasporto pubblico, il Collegio ritiene che il servizio oggetto della gara per cui è causa è effettivamente assoggettato - così come indicato esplicitamente nel bando - alla disciplina dei "servizi speciali", non essendo del resto contestato in giudizio che il GTT sia un soggetto tenuto alla applicazione della Direttiva 2004/17/CE.

19. Malgrado ciò, la gara d'appalto oggetto del presente giudizio è soggetta alla applicazione dell'art. 38 del Decreto Legislativo n. 163/2006, emanato in applicazione della Direttiva 2004/18/CE ma espressamente richiamato anche per gli appalti nei "settori speciali". Tale norma è interpretata, dalla costante giurisprudenza nazionale, nel senso che essa attribuisce alla stazione appaltante un ampio potere di verificare se l'operatore economico ha violato doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni scaturenti da precedenti rapporti contrattuali e, conseguentemente, se è venuta meno l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario: è stato quindi affermato che se è vero che l'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006 non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario, è pur vero che tale misura *"esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una motivata valutazione dell'episodio addebitato all'operatore economico sindacabile dal giudice amministrativo"* (Cons. Stato sez. V n. 5299/2015; Cons. Stato sez. VI n. 5030/2010; TAR Lazio sez. III, 06/03/2017n. 3140). Di conseguenza nell'ordinamento italiano, l'accertata

commissione di un “*errore professionale grave*” da parte di un operatore economico non è causa di esclusione automatica, in quanto si richiede che la stazione appaltante valuti autonomamente se detto errore professionale incida, compromettendolo, sul rapporto fiduciario.

20. Per quanto riguarda la natura e tipologia dei comportamenti ascrivibili alla categoria degli “*errori professionali gravi*”, rilevanti ai sensi dell’art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006, le recenti pronunce del Consiglio di Stato nn. 3505 del 17 aprile 2017, 5704 del 4 dicembre 2017 e n. 722 del 5 febbraio 2018 - quest’ultima pronunciata in giudizio che vedeva parte il CNS - hanno affermato che tra essi non si possono includere i comportamenti integranti illecito anticoncorrenziale. In particolare le sentenze nn. 5704 del 4 dicembre 2017 e n. 722 del 7 febbraio 2018 hanno riformato le sentenze di questo Tribunale nn. 428 e 446 del 2017 sul presupposto che per consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale possono costituire “*errori professionali gravi*”, rilevanti ai fini della eventuale esclusione da una gara d’appalto, “*solo inadempimenti e condotte negligenti commessi nell’esecuzione di un contratto pubblico*”, dovendosi invece escludere dal campo applicativo della norma “*i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento*”.

20.1. Nelle sopra indicate pronunce il Consiglio di Stato ha rammentato che “*la delimitazione della fattispecie in esame alle sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici si giustifica sulla base di 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 (sulle esigenze di certezza nel settore dei contratti pubblici ed in particolare con riguardo alle cause di esclusione dalle relative procedure di affidamento si rinvia alla sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea 2 giugno 2016, C-27/15)*”, ed ha inoltre richiamato i numerosi precedenti nei quali è stato affermato il suindicato principio. (*ex multis Cons. Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; V, 13 luglio 2017, n. 3444, 20 febbraio 2017, n. 742, 11 aprile 2016, n. 1412, 18 giugno 2015, n. 3107, 15 giugno 2015, n. 2928, 23 marzo 2015, n. 1567, 3 dicembre 2014, n. 5973; VI, 1 settembre 2017, n. 4161.*)”

20.2. Anche con specifico riguardo alle condotte costituenti illecito concorrenziale il Consiglio di Stato, nelle sopra indicate pronunce, ha ribadito che esse vanno escluse dal campo applicativo dell'art. 38 comma 1 lett. f del Decreto Legislativo n. 163/2006 perché costituiscono condotte non contemplate da tale norma, la quale, sia nella prima che nella seconda parte, prefigura situazioni che *“hanno un nucleo comune, incentrato sullo svolgimento dell'attività di impresa sulla capacità tecnica e correttezza esecutiva manifestata dall'operatore economico nello svolgimento di quest'ultima. Esulano quindi dal perimetro applicativo della norma i fatti illeciti commessi al di fuori dell'esecuzione di rapporti contrattuali, a qualsiasi titolo sanzionati dall'ordinamento. Tali ipotesi risultano infatti incompatibili sul piano letterale e logico con la nozione di «errore» impiegata nella lettera f), nel contesto di una disposizione che per altre cause ostative, relative a fatti lesivi di interessi generali e non circoscritti alla sfera imprenditoriale, impiega invece le espressioni «gravi infrazioni» (lett. e) o «violazioni gravi» (lett. “g” e “i”); o ancora «hanno violato il divieto» (lett. d).”*

20.3. Secondo il Consiglio di Stato non osta a tale ricostruzione neppure la sentenza della Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, C-470/13, nella quale si afferma che nell'ambito dell' *“errore professionale”* commesso *“nell'esercizio dell'attività professionale”*, rilevante ai sensi dell'art. 45 comma 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 può essere inclusa anche *“un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda”*: tale pronuncia non sarebbe rilevante – secondo il Consiglio di Stato - poiché resa nell'ambito di un giudizio in cui si doveva valutare la conformità al diritto della Unione di una norma ungherese che dava espressa rilevanza all'infrazione al diritto della concorrenza ai fini della partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici: in sostanza, secondo il Consiglio di Stato, dalla pronuncia della Corte di Giustizia C-470/13 si potrebbe solo far discendere la constatazione che una norma nazionale che espressamente qualifichi quale *“errore professionale grave”* un illecito concorrenziale non è difforme dal diritto della Unione, ma sul piano del diritto nazionale occorre che il legislatore interno chiarisca espressamente che per *“errore professionale”* rilevante ai fini della applicazione dell'art. 45 comma 2,

lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, può includersi anche l'illecito anticoncorrenziale.

21. Concludendo la disamina dell'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006, interpretato ed applicato alla luce della giurisprudenza nazionale e segnatamente, per quanto rileva nell'ambito del presente giudizio, per come interpretato dalle pronunce del Consiglio di Stato n. 3505 del 17 aprile 2017, n. 5704 del 4 dicembre 2017 e n. 722 del 7 febbraio 2018, si deve rilevare che l'art. 38 comma 1 del Decreto legislativo n. 163/2006: a) non prevede che la commissione di illeciti anticoncorrenziali, una volta accertata, possa essere causa di esclusione automatica di un operatore economico da una gara; b) non consente alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione siffatti comportamenti quale "*errore professionale grave*", per valutarli autonomamente e discrezionalmente ai fini della sussistenza del rapporto fiduciario. Nell'ordinamento italiano, dunque, nelle gare d'appalto disciplinate dal Decreto Legislativo n. 163/2006 la commissione di illeciti anticoncorrenziale non assume alcuna rilevanza perché non può mai essere causa di esclusione da una gara d'appalto, sia pure a seguito di valutazione discrezionale della amministrazione aggiudicatrice.

B.2. Il diritto della Unione.

B.2.a. La Direttiva 2004/17/CE

22. Per quanto riguarda la Direttiva applicabile al caso di specie si è già osservato che l'appalto oggetto della causa principale rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/17/CE relativa ai c.d. "settori speciali".

23. L'art. 53 paragrafi 1 e 3 di tale Direttiva stabilisce che:

"1. Gli enti aggiudicatori possono, se lo desiderano, istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici.

Gli enti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione provvedono affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.

.....

3. I criteri e le norme di qualificazione di cui al paragrafo 2 possono includere i criteri di esclusione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE alle

condizioni stabilite in detto articolo.”

24. L’art. 54 di tale Direttiva, relativo ai criteri di selezione qualitativa, paragrafi 2 e 4, si legge come segue:

“....

2. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati ad una procedura di appalto ristretta o negoziata devono farlo secondo regole e criteri oggettivi da essi definiti che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.

.....

4. I criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 possono comprendere quelli di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE.

.....”.

B.2.b. La Direttiva 2004/18/CE.

25. Come più volte si è ricordato, l’art. 45 comma 2 lett d.) della Direttiva 2004/18/CE stabilisce:

“Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

.....

lett. d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato.

.....

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo.”

B.2.c. La Direttiva 2014/24/UE.

26. La Direttiva 2014/24/UE, al considerando 101, si legge come segue:

“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l’integrità di un operatore economico e dunque rendere quest’ultimo inidoneo ad ottenere

l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni.

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione."

27. La Direttiva medesima, all'art. 57 paragrafo 4, stabilisce quanto segue:

"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:

.....

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

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;

...

g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

.....

Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b).”.

B.2.d. La Direttiva 2014/25UE.

28. La Direttiva 2014/25/UE, relativa agli appalti nei settori speciali, ai “considerando” nn. 106 e 107 si legge come segue:

“Gli enti aggiudicatori dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'ente aggiudicatore sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, gli enti aggiudicatori dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici o appalti con altri enti aggiudicatori hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, si dovrebbe prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione.

Nei casi in cui gli enti aggiudicatori sono tenuti ad applicare o scelgono di applicare i criteri di esclusione di cui sopra, dovrebbero applicare la direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda la possibilità che gli operatori economici adottino misure volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire che tali comportamenti non ammessi si verifichino di nuovo.”

29. L'art. 80 della Direttiva in esame, “Uso dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione di cui alla 2014/24/UE” stabilisce inoltre che:

“1. Le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione e le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione possono includere i motivi di esclusione

di cui all'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo.

Se l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice, tali criteri e norme comprendono i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo.

Se gli Stati membri lo richiedono, tali criteri e norme comprendono inoltre i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo.

.....”

C. ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

30. In relazione alla interpretazione dell'art. 45 comma 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE la Corte di Giustizia della Unione Europea ha già avuto modo di precisare, nella sentenza resa in causa C-465/11, punto 27 che *“la nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore in questione e non soltanto la violazione delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore, che sarebbero accertate dall'organo di disciplina prevista per tale professione o da una decisione giurisdizionale passata in giudicato”*.

31. Nella sentenza resa in causa C- 470/13 la Corte ha ulteriormente precisato, ai punti 35, 36 e 37 , quanto segue:

“35.la commissione di un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18.

36. *Orbene, se una tale causa di esclusione è possibile in applicazione della direttiva 2004/18, essa deve a maggior ragione ritenersi giustificata in relazione agli appalti pubblici che non raggiungono la soglia rilevante definita all'articolo 7 della medesima direttiva e che, di conseguenza, non sono soggetti alle procedure particolari e rigorose previste dalla direttiva stessa (v., in tal senso, sentenza Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, EU:C:2014:2063, punto 37).*

37. Inoltre, 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. Inoltre, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della stessa direttiva prevede in modo chiaro e preciso tale causa di esclusione.”

31.1. Osserva il Collegio che nel menzionato pronunciamento C-470/13 la Corte, pur chiamata ad interpretare l'art. 45 comma 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE, nonché gli artt. 49 e 56 TFUE, ha fondato la sua decisione anche sulla Direttiva 2014/24/UE, benché certamente non applicabile alla procedura di gara oggetto di quel contenzioso, giungendo per tale via ad affermare che le violazioni in materia di concorrenza costituiscono causa di esclusione che si giustifica alla luce del diritto della Unione: sembra in particolare al Collegio che in quel caso la Corte abbia utilizzato le previsioni contenute nella più recente Direttiva per trarre da essa la conferma dell'esistenza della causa di esclusione di cui si discute anche nel previgente diritto della Unione, assegnando così alle statuizioni contenute al “considerando” 101 ed all'art. 57 comma 4 della Direttiva 2014/24/UE un valore non solo innovativo ma anche ricognitivo di principi già immanenti nel sistema previgente.

32. Il Collegio, si chiede, a questo punto, se anche altre previsioni della Direttiva 2014/24/UE siano espressione di principi già immanenti nel sistema previgente. Il Collegio, in particolare, si pone questo interrogativo con riferimento alle previsioni dalle quali sembra potersi desumere che le cause di esclusione tipizzate all'art. 57 comma 4 sono “facoltative” non già perché sia data agli Stati membri la possibilità di non attribuirvi rilevanza ai fini di escludere un operatore economico da una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture, quanto piuttosto per il fatto che tali cause di esclusione, sebbene accertate, non conducono ad esclusione automatica ma possono essere valutate autonomamente dalle amministrazioni aggiudicatrici.

32.1. Appare al Collegio assai significativo sul punto l'*incipit* del "considerando" 101 della Direttiva 2014/24/UE, il quale, nell'affermare che "*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili*", sembra dare per scontato che anche in passato le amministrazioni aggiudicatrici, e non già gli Stati membri, avevano la possibilità di escludere gli operatori che avevano dato dimostrazione di inaffidabilità: il passaggio in esame del "considerando" 101 mostra dunque, ad avviso del Collegio, che la facoltà di escludere da una gara un operatore dimostratosi inaffidabile anche nel passato era attribuita, dal diritto della Unione, direttamente alle amministrazioni aggiudicatrici, e non già agli Stati membri, conseguendo da ciò che un intervento del legislatore nazionale sul punto poteva ritenersi ammissibile non già al fine di limitare tale facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici, escludendo o limitando la rilevanza e l'operatività di taluna delle cause di esclusione c.d. "facoltative", quanto piuttosto per renderle meno flessibili e per esplicitare i criteri di applicazione delle stesse, ad esempio al fine di renderle conformi al principio di proporzionalità o di assicurare omogeneità di comportamento tra le varie stazioni appaltanti. Solo una simile interpretazione spiega, ad avviso del Collegio, la ragione per cui nell'*incipit* del "considerando" 101 il legislatore europeo ha utilizzato il verso "continuare" con specifico riferimento alla possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di escludere un operatore dimostratosi inaffidabile per essere incorso nella grave violazione dei doveri professionali come la trasgressione alle norme sulla concorrenza.

32.2. Una siffatta interpretazione trova ulteriore conferma, ad avviso del Collegio, nell'*incipit* dell'art. 57 comma 4 della Direttiva 2014/24/UE: stabilendo 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....*" il legislatore europeo sembra infatti aver ribadito direttamente in capo alle amministrazioni aggiudicatrici l'esercizio della facoltà di esclusione e aver assegnato agli Stati membri solo il potere di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a valutare sempre le situazioni ascrivibili alle cause di esclusione "facoltative" tipizzate al comma 4, se non addirittura di obbligare le stesse ad escludere gli operatori economici che versino in una di tali

situazioni, e non già anche il potere di escludere o limitare l'operatività delle predette cause di esclusione, che di regola rimangono "facoltative" nel senso che non determinano l'automatica esclusione perché spetta alle amministrazioni aggiudicatrici di valutarle autonomamente ai fini di escludere un operatore economico.

33. Se quella dianzi esposta è la corretta interpretazione del "considerando" 101 e dell'art. 57 comma 4 della Direttiva 2014/24/UE, e se tali previsioni hanno valore ricognitivo e quindi sono espressione di principi immanenti nel diritto della Unione anche nel vigore della Direttiva 2004/18/CE, allora ne dovrebbe conseguire che l'art. 45 comma 2 lett. d) di tale Direttiva, laddove stabilisce che *"Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo."* non autorizzava gli Stati membri, all'atto di recepire nei rispettivi ordinamenti la Direttiva medesima, ad espungere tutte o alcune delle cause di esclusione indicate al comma 2, o ad attribuirvi un significato diverso e comunque meno ampio di quello attribuito dal legislatore europeo, quale evincibile dalle norme della Direttiva 2014/24/UE che sopra sono state esaminate.

34. Il Collegio, peraltro, non ignora che con la sentenza resa in causa C-171/15 la Corte di Giustizia della Unione Europea ha affermato, al punto 28, che *"per quanto riguarda gli appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, l'articolo 45, paragrafo 2, di quest'ultima lascia alla valutazione degli Stati membri l'applicazione dei sette casi di esclusione menzionati, che fanno riferimento all'integralità professionale, alla solvibilità e all'affidabilità degli offerenti in una gara d'appalto, come testimonia l'espressione «[p]uò essere escluso dalla partecipazione all'appalto», che compare al principio di tale disposizione [v., per quanto riguarda l'articolo 29 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), sentenza del 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 21]. Inoltre, ai sensi di detto articolo 45, paragrafo 2, secondo comma, gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del*

paragrafo stesso (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 35).”

34.1. Il sopra ricordato precedente non indica in maniera esplicita che gli Stati membri hanno il potere di non applicare alcune delle cause di esclusione indicate all’art. 45 comma 2 della Direttiva 2004/18/CE, e di limitarne il campo di applicazione escludendo dalla loro sfera applicativa fatti e comportamenti che, invece, per il diritto della Unione vi rientrano.

35. Peraltro nella decisione resa sulle cause riunite C-226/04 e C-228/04, richiamata dal sopra ricordato precedente, la Corte ha affermato, al punto 23, che *“l’art. 29 della direttiva (n.d.r.: 92/50/CEE) non prevede in materia una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dall’art. 29 della direttiva.”*

36. D’altro canto nella sentenza resa nella causa C-465-11, del 13 dicembre 2012, la Corte ha affermato (ai punti 25-27): *“Occorre constatare che l’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, a differenza delle disposizioni sulle cause di esclusione previste al medesimo comma, lettere a), b), e) e f), non rinvia alle normative e alle regolamentazioni nazionali e che, però, il secondo comma del medesimo paragrafo 2 enuncia che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell’Unione, le condizioni della sua applicazione. 26. Di conseguenza le nozioni di «errore» «grave» commesso «nell’esercizio della propria attività professionale», di cui al citato articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), possono essere precisate ed esplicitate nel diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell’Unione. 27. A tal riguardo occorre osservare che, come afferma giustamente il governo polacco, la nozione di «errore nell’esercizio dell’attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore in questione e non soltanto le violazioni*

delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore, che sarebbero accertate dall'organo di disciplina prevista per tale professione o da una decisione giurisdizionale passata in giudicato...". Più oltre la stessa pronuncia afferma (punti 33-35): "33. A tal riguardo occorre osservare che, tenuto conto delle caratteristiche proprie degli ordinamenti giuridici nazionali in materia di responsabilità, la nozione di «circostanze imputabili» è molto ampia e può comprendere situazioni che vanno ben oltre un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Orbene, l'articolo 54, paragrafo 4, primo comma, della direttiva 2004/17 rinvia alla facoltà di applicazione dei criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18 alle condizioni stabilite in tale articolo, di modo che la nozione di «errore grave», nel senso indicato al punto 25 della presente sentenza, non può essere sostituita dalla nozione di «circostanze imputabili» all'operatore economico interessato. 34. Inoltre la normativa nazionale oggetto della causa principale stabilisce essa stessa i parametri sulla base dei quali un comportamento precedente di un operatore economico impone all'amministrazione aggiudicatrice in questione di escludere automaticamente tale operatore dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di nuova indizione, senza lasciare alla stessa amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto dell'operatore in parola nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto precedente. 35. Di conseguenza si deve necessariamente constatare che la normativa controversa nel procedimento principale non si limita a tracciare il contesto generale di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, bensì impone a tal riguardo 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 al medesimo paragrafo 2, primo comma, lettera d), nel rispetto del diritto dell'Unione."

36.1. A parere di questo Collegio la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia UE nella causa C-465/11, è rilevante perché: a) conferma che la nozione di “errore grave” rilevante ai fini dell’art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE comprende anche comportamenti diversi dai meri inadempimenti contrattuali - potendosi estendere a qualsiasi violazione, persino di norme deontologiche, idonea ad evidenziare la propensione di un operatore economico a non rispettare regole -; b) richiama l’attenzione sul fatto che gli Stati membri con riferimento alle cause di esclusione “facoltative” debbono tenere conto della nozione di “errore grave” rilevante ai fini del diritto della Unione, potendo tali cause essere “*precisate ed esplicitate nel diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell’Unione*”. Sembra dunque al Collegio che la pronuncia in esame confermi che nel recepire le cause di esclusione gli Stati membri, già nel vigore delle Direttive 2004/17 e 2004/18/CE, non potevano mutarne il contenuto, come non potevano trasformare le cause di esclusione facoltative in cause di esclusione automatica.

37. Ritiene pertanto il Collegio che relativamente alle cause di esclusione c.d. “facoltative” la giurisprudenza della Corte formatasi nel vigore delle Direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE non risulta di univoca interpretazione. Alcune pronunce sembrerebbero riconoscere agli Stati membri il potere di non attribuire rilevanza giuridica a tutte o a talune di tali cause di esclusione ovvero di ridimensionare la portata applicativa di ciascuna di esse, in particolare prevedendo che non debbano essere applicate in alcune situazioni che invece sono rilevanti per il diritto della Unione. Altra giurisprudenza, come quella di cui alla pronuncia resa nella causa C-465/11, sembrerebbe invece suggerire che gli Stati membri potevano solo chiarire il significato, senza mutare la nozione rilevante ai fini del diritto europeo, o specificandone i criteri applicativi.

38. Il Collegio ha dunque necessità che la portata dei sopra richiamati precedenti della Corte di Giustizia venga precisata, tanto più per il fatto che anche la Direttiva 2014/24/UE, con previsioni alle quali la stessa Corte di Giustizia parrebbe aver attribuito (con la sentenza C-470/13) natura ricognitiva, sembra aver assegnato agli Stati membri solo il potere di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a tenere in considerazione le cause di esclusione “facoltative” indicate all’art. 57 comma 4 – tra cui anche le condotte che si siano estrinsecate

nella conclusione di accordi limitativi della concorrenza - , e non certo anche il potere di privare le amministrazioni aggiudicatrici del potere di valutare autonomamente le medesime cause di esclusione.

39. Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio il Collegio rileva, ancora, che la conclusione di accordi limitativi della concorrenza è stata ritenuta dal legislatore europeo un indice di inaffidabilità così significativo da essere tipizzata quale causa autonoma di esclusione facoltativa, venendo scorporata dall' "errore professionale". Se è corretta l'affermazione secondo cui l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE non consente agli Stati membri di privare le amministrazioni aggiudicatrici del potere di applicare le cause di esclusione "facoltative" indicate all'art. 57 comma 4, tra le quali v'è anche la violazione delle norme sulla concorrenza, e se la Direttiva 2014/24/UE è espressione di principi già immanenti anche nel passato diritto della Unione europea, allora ciò dovrebbe significare che il legislatore italiano non avrebbe potuto escludere, dalla sfera di applicazione dell' "errore grave" di cui all'art. 45 comma 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/UE, la commissione di illeciti anticoncorrenziali. Al contempo ciò dovrebbe anche significare che non possa ammettersi un'interpretazione del sistema normativo volta a non ricondurre la violazione della concorrenza nell'ambito delle cause di inaffidabilità professionale dell'operatore che se ne sia reso responsabile.

40. Quanto sin qui argomentato in ordine all'art. 45 comma 2 della Direttiva 2004/18/CE risulta pertinente ai fini della decisione nel presente giudizio, sebbene esso abbia ad oggetto una procedura ristretta soggetta alla Direttiva 2004/17/CE. Infatti lo Stato italiano si è avvalso della facoltà concessa agli Stati membri dall'art. 54 comma 4 della Direttiva 2004/17/CE, relativa alla possibilità, anche nei settori speciali, di selezionare gli operatori in base ai criteri individuati dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE: ciò risulta palese dal fatto che gli articoli 206 e 230 del Decreto Legislativo n. 163/2006 richiamano esplicitamente e senza riserva alcuna, anche per le procedure concernenti i "settori speciali", l'art. 38 del Decreto legislativo n. 163/2006, emanato in attuazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE.

41. A tale riguardo il Collegio rileva che proprio la già ricordata sentenza resa nella causa C-465/11 aveva ad oggetto una procedura proveniente dalla Repubblica di Polonia assoggettata, in linea di principio, alla Direttiva

2004/17/CE, e proprio la constatazione che il suddetto Stato membro si era avvalso della facoltà concessa dagli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva 2004/17/CE ha indotto la Corte di Giustizia a ritenere applicabile a quel caso l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Al paragrafo 33 della ricordata pronuncia la Corte di Giustizia ha in particolare affermato che *“l'articolo 54, paragrafo 4, primo comma, della direttiva 2004/17 rinvia alla facoltà di applicazione dei criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18 alle condizioni stabilite in tale articolo, di modo che la nozione di «errore grave», nel senso indicato al punto 25 della presente sentenza, non può essere sostituita dalla nozione di «circostanze imputabili» all'operatore economico interessato.”*: pare al Collegio che con tale frase la Corte abbia inteso affermare che la nozione delle cause di esclusione indicate dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE deve essere sempre la medesima, sia che venga in considerazione una procedura soggetta alla Direttiva 2004/18/CE, sia che venga in considerazione una procedura afferente ai “settori speciali”, quando lo Stato membro si sia avvalso della facoltà prevista all'art. 54 paragrafo 4 della Direttiva 2004/17/CE. Per tale ragione il Collegio ritiene che tutto quanto esposto nei paragrafi che precedono, in ordine al contenuto ed alla portata dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE ed alla non conformità, rispetto ad esso, dell'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto legislativo n. 163/2006, sia rilevante anche ai fini del presente giudizio, ancorché esso abbia ad oggetto una procedura soggetta alla disciplina dei “settori speciali”.

D. FORMULAZIONE DEL QUESITO.

42. Sulla base di quanto sino ad ora osservato il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“se il combinato disposto da una parte degli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva 2004/17/CE, e d'altra parte dell'art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE osti ad una previsione, come l'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006 della Repubblica Italiana, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, che esclude dalla sfera di operatività del c.d. “errore grave” commesso da un operatore economico “nell'esercizio della propria attività professionale”, i comportamenti integranti violazione delle

norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale antitrust con provvedimento confermato in sede giurisdizionale, in tal modo precludendo a priori alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente siffatte violazioni ai fini della eventuale, ma non obbligatoria, esclusione di tale operatore economico da una gara indetta per l'affidamento di un appalto pubblico”.

E. RILEVANZA DELLA QUESTIONE CON RIFERIMENTO AL CASO DI SPECIE.

43. Come già precisato sub A) questo Tribunale, con sentenza n. 446/2017, ebbe ad affermare, in diversa causa in cui già era parte il CNS, il principio secondo cui costituisce errore professionale valutabile ai fini dell'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006 la commissione di un illecito anticoncorrenziale. Tale sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 722/2018, con la quale, dando seguito alle precedenti decisioni n. 3505 del 17 aprile 2017, n. 5704 del 4 dicembre 2017, ha ribadito che il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva 2004/18/CE, ha limitato l'ambito di applicazione dell' *“errore professionale commesso nell'esercizio della attività professionale”*, circoscrivendolo agli inadempimenti commessi nel corso della esecuzione di un precedente contratto pubblico, per l'effetto escludendo che possa integrare tale causa di esclusione la violazione di norme sulla concorrenza, ancorché debitamente accertata e sanzionata dalla Autorità antitrust, e confermata in sede giurisdizionale.

44. Tale principio, già affermato nell'ambito di contenzioso in cui era parte il CNS, è stato ribadito dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 4921 del 20 novembre 2017, che ha riformato l'ordinanza cautelare n. 442/2017 di questo Tribunale, resa nel corso del presente giudizio.

45. Il provvedimento impugnato nel presente giudizio, in espresso ossequio alle sentenze di questo Tribunale nn. 428 e 446 del 2017, ha fondato la pronuncia di decadenza del CNS dalla aggiudicazione di tre lotti sulla possibilità di considerare gli illeciti anticoncorrenziali quali fattispecie di *“errore grave commesso nell'esercizio di attività professionale”*; tuttavia, a fronte dei dianozi richiamati precedenti del Consiglio di Stato il Collegio dovrebbe mutare il proprio

precedente orientamento, conseguentemente dichiarando l'illegittimità della decadenza pronunciata dal GTT nei confronti del CNS, dall'aggiudicazione della gara oggetto del presente giudizio.

46. Al contrario, ove la Corte di Giustizia della Unione Europea dovesse riconoscere la non conformità al diritto europeo dell'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006, nella misura in cui non consente agli enti aggiudicatori di valutare gli illeciti anticoncorrenziali quale "*errore grave commesso nell'esercizio di attività professionale*", il Collegio dovrebbe dichiarare che il GTT in linea di principio ha agito correttamente, valutando la sanzione inflitta al CNS dalla Autorità italiana Garante per la Concorrenza ed il Mercato – AGCOM.

F. CONCLUSIONE.

47. Ai sensi delle Raccomandazioni si dispone che la Segreteria di questa Sezione trasmetta alla cancelleria della Corte di Giustizia, mediante plico raccomandato, il fascicolo di causa.

48. Visto l'art. 79 cod. proc. amm. e il punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe,

- a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- b) dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della presente ordinanza e di copia degli atti indicati in motivazione, nonché di ogni ulteriore atto eventualmente richiesto, in futuro, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea;
- c) sospende il presente giudizio fino alla notificazione a questo TAR, da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della decisione

emessa dalla suddetta Corte.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO