

## L'illecito concorrenziale quale causa di esclusione da gara pubblica nell'ordinamento giuridico italiano

Mario Tocci

*La problematica dell'inclusione dell'illecito concorrenziale nel novero delle cause di esclusione dalle gare pubbliche nell'ordinamento giuridico italiano è di difficile soluzione. Le principali questioni che ad essa rimontano concernono: il dubbio sulla vincolatività delle linee guida n. 6/2016 dell'Autorità nazionale anticorruzione, il contrasto tra il contenuto di queste e il disposto dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, il mercato e il range temporale di riferimento della preclusione di partecipazione a nuova gara pubblica a carico dell'operatore economico interessato.*

### 1. Gli orientamenti giurisprudenziali tra definitività ed esecutività dell'illecito concorrenziale

All'interno dell'attuale codice dei contratti pubblici i motivi di esclusione dalle gare pubbliche sono enumerati dal disposto dell'art. 80<sup>1</sup>, che non annovera espressamente l'avvenuto accertamento dell'illecito concorrenziale a carico del soggetto partecipante.

Con le linee guida n. 6/2016, emanate in ossequio alla prefata disposizione normativa, l'Autorità nazionale anticorruzione aveva stabilito di includere nel novero dei motivi *de quibus* i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust aventi gravi effetti sulla con-

---

(1) S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 80 ss.; O. MARONGIU, *La selezione delle offerte*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, Neldiritto, 2016, p. 503 ss.; D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, Dike, 2016, p. 273 ss.

trattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare».

Per vero l'ANAC si è pronunciata ad illustrazione delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto ritenute significative ai fini esclusivi dell'operatore economico interessatone.

La giurisprudenza si è tuttavia attestata su posizioni differenti, favorite evidentemente dall'asserito carattere non vincolante delle linee guida in questione<sup>2</sup>.

Attraverso apposito parere reso sullo schema<sup>3</sup>, il Consiglio di Stato ha affermato che le linee guida n. 6/2016 vanno ricomprese nell'alveo di quelle a carattere non vincolante e vieppiù rivestono una funzione meramente promozionale della diffusione di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti, atteso che esse sono facoltative e incidono su una disciplina già completa ed autoesecutiva.

Gli orientamenti giurisprudenziali formati sono due, di segno diametralmente opposto: l'uno incline ad affermare e l'altro propenso a negare la rilevanza dell'illecito concorrenziale quale causa di esclusione da una gara pubblica.

In ossequio al primo:

non è stata accreditata un'interpretazione estensiva o analogica del disposto del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 al fine di evitare la non attuazione del principio del *favor participationis* in materia di appalti pubblici<sup>4</sup>;

è stata abbracciata la tesi in omaggio alla quale il mancato inserimento degli accordi intesi a falsare la concorrenza nell'insieme delle condotte di cui al disposto del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 non sarebbe stata frutto di una svista del legislatore, che avrebbe dunque

---

(2) Sulla discussa natura giuridica delle linee guida ANAC non vincolanti: M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 436 ss., L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2016, p. 72 ss.

(3) Cons. Stato, Sez. cons., parere 2286/2016.

(4) TAR Campania, Salerno, sez. I, 2.1.2017, 10 (conforme: TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 15.1.2018, n. 18).

espressamente voluto non riconnettere all'avvenuto accertamento della stipulazione di uno di tali accordi alcun effetto esclusivo<sup>5</sup>.

Ad avviso del secondo si è ritenuto che, in base al considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, la violazione di norme in materia di concorrenza è sintomo di inaffidabilità dell'operatore economico, prescindente dal possesso della capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto e tale da indurre doverosamente la stazione appaltante all'esercizio della potestà di esclusione<sup>6</sup>.

L'orientamento da ultimo considerato era quantunque riferito ad una fattispecie verificatasi sotto il vigore del disposto della lettera *f*) del comma primo dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, che appunto menziona genericamente il grave illecito professionale dell'operatore economico quale motivo di non ammissione ad una gara pubblica. Vero è, tuttavia, che esso si è fondato su una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>7</sup> che ha riconosciuto la compatibilità tra una disposizione dell'ordinamento ungherese che sanciva l'esclusione dalle gare pubbliche di quegli operatori economici destinatari di sanzioni definitive (e non ancora impugnabili, come nel caso italiano rimesso a giudizio) in materia *antitrust* e la direttiva 2004/18/UE<sup>8</sup>.

Senonché, a seguito dell'aggiornamento di cui alla delibera n. 1008/2017 dell'11 ottobre 2017, pubblicata nella serie generale della Gazzetta Ufficiale n. 260 del 07 novembre 2017, l'Autorità nazionale anticorruzione ha modificato le linee guida n. 6/2016, stabilendo che l'accertamento dell'illecito concorrenziale esecutivo – e non più definitivo – può essere considerato quale motivo di esclusione dalla gara pubblica. Indi, altra giurisprudenza<sup>9</sup> ha asserito che la disposizione dell'art. 80

---

(5) TAR Lazio, Roma, sez. I *bis*, 7.2.2017, n. 2084.

(6) TAR Piemonte, sez. I, 22.2.2017, n. 428.

(7) CGUE, sez. X, 18.12.2014, causa C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*.

(8) G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, in *federalismi.it*, 23, 2017, p. 15.

(9) TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22.12.2017, n. 12640 e *Id.*, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119. In particolare, con la sentenza da ultimo menzionata, è stato accolto il ricorso dell'impresa seconda classificata ad una gara indetta per l'affidamento del servizio integrato e coordinato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare e impiantistico di società concessionarie

comma quinto lettera *c*) del d.lgs. 50/2016 non contempla un numero chiuso di illeciti ma disegna una fattispecie aperta in cui possono rientrare anche illeciti diversi da quelli elencati.

Lo scenario si è assai complicato poiché oggidi appare inconciliabile con il nuovo contenuto delle linee guida in questione il principio di presunzione di innocenza, predicato dalle disposizioni dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e del paragrafo 2 dell'art. 6 della CEDU.

Quanto al primo, infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato la doverosa applicabilità anche al diritto della concorrenza; in particolare è stato acclarato, su rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo supremo della Lituania a proposito dell'accertamento di un presunto accordo di cartello tra imprese turistiche, che il semplice invio di una notifica di lettura di un messaggio di posta elettronica – ritenuto elemento probatorio dell'accordo *de quo* dall'Autorità nazionale della concorrenza – non possa essere di per sé sufficiente a inferire la consapevolezza del recepimento del suo contenuto<sup>10</sup>.

Quanto al secondo, dipoi, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa ritenendo che i procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti e degli organismi ad esse equiparati devono prevedere tutte le garanzie – quali: il contraddittorio tra le parti<sup>11</sup>; la pubblicità delle udienze<sup>12</sup>; la separatezza dell'organo istruttorio-accusatorio da quello decisorio<sup>13</sup> – proprie del processo penale, stante appunto la necessità di considerare chiunque innocente sino a contraria intangibile statuizione.

---

del servizio di somministrazione del gas ad uso domestico, che aveva lamentato la non esclusione della vincitrice sebbene già attinta da un provvedimento sanzionatorio, esecutivo ma non definitivo, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito di altra gara finalizzata all'affidamento dei servizi manutentivi di edifici scolastici e relativi impianti. I giudici decidenti non hanno potuto che approdare a questo risultato, anche sulla scorta delle rilevate garanzie a presidio dell'adozione delle sanzioni antitrust ossia terzietà, integrità del contraddittorio e assicurazione della difesa

(10) CGUE, sez. V, 21.1.2016, causa C-74/14, *Eturas*.

(11) CEDU, 23.7.2002, caso 34619/97 *Janosevic c. Svezia* e 30/06/ 2011, caso 25041/07, *Messier c. Francia*.

(12) CEDU, 20.1.2011, caso 30183/06, *Vernes c. Francia*.

(13) CEDU, 11.6.2009, caso 5242/04, *Dubus c. Francia*.

In buona sostanza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha attribuito alle sanzioni emesse al culmine dei procedimenti testé menzionati valore di sentenze penali nonostante una nomenclatura e una veste formale meramente amministrativistiche<sup>14</sup>.

In argomento è emblematica una la pronuncia<sup>15</sup> che ha censurato una sanzione definitiva della Commissione nazionale per le società e la borsa proprio perché emanata in seguito ad un procedimento non contemplativo delle garanzie *supra* viste<sup>16</sup>.

Non casuale, peraltro, è stata un'ordinanza con cui il Consiglio di Stato ha imposto alla CONSOB, appunto, di modificare il regolamento della propria procedura sanzionatoria mediante inserimento delle garanzie stesse<sup>17</sup>.

Di pari contenuto la pronuncia dei giudici di Strasburgo<sup>18</sup> resa a proposito di una sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>19</sup>.

Nondimeno, l'esclusione di un operatore economico reso destinatario di sanzione non definitiva si paleserebbe altresì come incoerente col

---

(14) A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 456 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss. Con particolare riferimento alle sanzioni amministrative a tutela della concorrenza: M. BONKERS, A. VALLERY, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World competition*, 2011, p. 535 ss.

(15) CEDU, 4.3.2014, casi riuniti 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens c. Italia*.

(16) M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri contro Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 693 ss.

(17) Cons. Stato, ord., sez. VI, 2.10.2014, n. 4492.

(18) CEDU, 27.9.2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

(19) M. ABENHAÏM, *Quel droit au juge en matière de cartels?*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2012, p. 117; A.-E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, 4, 2011; T. BOMBOIS, *L'Arrêt Menarini c. Italie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – Droit antitrust, champ pénale et contrôle de pleine jurisdiction*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2011, p. 541; M. BONKERS, A. VALLERY, *Business as usual after Menarini?*, in *Mlex Magazine*, 1, 2012, p. 44.

principio di proporzionalità<sup>20</sup>, giustamente ritenuto da vari arresti giurisprudenziali<sup>21</sup> paradigma imprescindibile dell'esercizio della funzione amministrativa.

Addirittura la Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che il principio di proporzionalità debba *generaliter* applicarsi a qualsiasi procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Vieppiù, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la compatibilità con la direttiva 2014/18/UE del diritto amministrativo olandese allorché consente alle stazioni appalti di ammettere a gara l'operatore economico a seguito di valutazione nel merito del grave errore professionale contestato nonostante la disposizione del bando che preveda in tale ipotesi l'esclusione automatica<sup>22</sup>.

Ma il contrasto col principio di presunzione di innocenza rimane; né vale a superarlo – secondo chi scrive – l'assunto delle sentenze<sup>23</sup> secondo cui qualsiasi impresa rea di illecito concorrenziale e per questo destinataria di sanzione potrebbe eludere l'applicazione del motivo di esclusione basato sulla non definitività della sanzione medesima grazie al mero decorso del tempo, vista la sua delimitazione temporale (su cui si dirà in modo più approfondito nel prosieguo del presente scritto).

Peraltro la mera esecutività del provvedimento potrebbe venir meno in caso di sospensione cautelare di esso; ma se, al lume del suo carattere interinale, la sospensione venisse meno in conseguenza di un esito negativo di giudizio impugnatorio, e comunque nelle more, l'operatore economico interessato avesse partecipato alla gara e vinto, si sarebbe configurato uno scenario tale per cui l'impresa effettivamente rea di illecito concorrenziale avrebbe aggirato la preclusione da esso derivante.

---

(20) D.-U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 389 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e principio di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.

(21) TAR Lazio, Roma, sez. II, 5.3.2014, n. 2544; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 7.5.2014, n. 480; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 23.7.2014, n. 1999.

(22) CGUE, sez. IV, 14.12.2016, causa C-171/15, *Connexxion Taxi Services*.

(23) TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22.12.2017, n. 12640 e *Id.*, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119.

Tanto valeva lasciare in vigore la definitività, considerando che in uno scenario come quello appena tratteggiato il risultato sarebbe il medesimo nonostante la mera previsione dell'esecutività.

## ***2. La tesi più convincente: rilevanza dell'illecito concorrenziale***

A parere di chi scrive, la tesi maggiormente convincente è proprio la seconda (propensione a riconoscere la rilevanza dell'illecito concorrenziale). I tre elementi argomentativi astrattamente contrari non appaiono difficilmente superabili.

Il primo elemento di criticità rimonta al confronto tra il paragrafo 4 della direttiva 2014/24/UE e il disposto della lettera *c*) del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

Orbene – avendo (secondo la giurisprudenza nazionale<sup>24</sup>) la norma sovranazionale alternativamente facultato gli Stati membri dell'Unione europea a chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla gara l'operatore economico del quale sia congruamente dimostrata la commissione di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità (lettera *c*)) oppure la sottoscrizione di accordi con altri operatori economici finalizzati all'alterazione della concorrenza (lettera *d*) e avendo unicamente recepito il disposto della lettera *c* del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 la seconda ipotesi – il legislatore italiano non avrebbe inteso qualificare l'illecito *anti-trust* come motivo di esclusione dalla gara pubblica<sup>25</sup>.

Secondo chi scrive e senza confutare l'arresto del Consiglio di Stato, in effetti, ben può costituire l'illecito concorrenziale grave illecito professionale, soprattutto in ragione della considerazione secondo cui il principio di concorrenza è tra i capisaldi dell'Unione europea.

Il secondo elemento di criticità concerne invece la preclusività del cosiddetto divieto di *gold plating*<sup>26</sup>, che perentoriamente impedirebbe di

---

(24) Cons. Stato, sez. V, 27.4.2017, n. 1955.

(25) S. CAGACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d. lgs. n. 50/2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 10; G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, cit., p. 15.

(26) In generale, sul divieto di *gold plating* quanto al recepimento della direttiva 2014/24/UE: R. DE NICOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 514; A. PAJNO, *La*

estendere l'ambito soggettivo ovvero oggettivo di applicazione delle disposizioni delle direttive comunitarie a tutti gli atti giuridici ad esse riconducibili<sup>27</sup>.

Alla luce di quanto testé evidenziato, la contemplazione dell'illecito concorrenziale tra i motivi di esclusione dalla gara pubblica integrerebbe violazione del divieto di *gold plating*<sup>28</sup>.

Si è tuttavia già argomentato che la formula di grave illecito professionale può senza dubbio compendiare altresì l'illecito concorrenziale.

Dipoi – correttamente inquadrato, anche in ossequio alla raccomandazione n. 918/2004 della Commissione europea – il *gold plating* non è illegale, stante la possibilità per gli Stati membri dell'Unione europea di ampliare i contenuti precettivi delle direttive comunitarie, ma si palesa di solito come una cattiva prassi in quanto impositiva di costi che avrebbero potuto essere evitati<sup>29</sup>.

In specie, per vero, non sembra affatto ricorrere l'ipotesi di aggravio di costi per la pubblica amministrazione, la quale piuttosto riesce a dotarsi di un'arma alquanto importante per informare il proprio operato al rispetto del principio di buona amministrazione ex artt. 97 della Carta costituzionale e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea senza correre il rischio di affidare l'esecuzione di un contratto pubblico ad un operatore economico poco serio e incappare nel pericolo di dover rimediare con maggiori esborsi ad eventuali inefficienze.

Il terzo elemento di criticità concerne la dichiarata non vincolatività delle linee guida n. 6/2016 dell'ANAC.

---

*nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 2015, p. 1127 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 291 ss.

(27) P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 33 ss.

(28) G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, cit., p. 16.

(29) P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy-out*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, pp. 5 e 6.

Invero proprio la facoltatività dei contenuti consente alle stazioni appaltanti di individuare caso per caso il grave illecito professionale indi di qualificare come tale altresì l'illecito concorrenziale.

Il che non significa attribuire eccentricamente alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di individuare le singole ipotesi espulsive, non potendosi negare del resto che l'elencazione di cui al disposto del secondo capoverso della lettera *c*) del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 è meramente esemplificativa ancorché tassativa ed esaustiva.

Al riguardo si è orientata anche certa giurisprudenza<sup>30</sup>, che ha riconosciuto a ciascuna stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità circa l'esatta riconduzione dell'astratta ipotesi normativa del grave illecito professionale al caso che emerge in ogni singola gara.

Vero è che le disposizioni dei commi settimo e ottavo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 permettono alla stazione appaltante di ammettere l'escludendo operatore economico alla duplice prova dell'effettuato risarcimento del danno cagionato dall'illecito e dell'avvenuta adozione di concrete misure tecnico-organizzative-lavoristiche idonee a prevenire eventuali reiterazioni (il cosiddetto *self-cleaning*); altrettanto incontestabile è che all'uopo non occorra l'attivazione di un procedimento amministrativo (che, anzi sarebbe ingiustificato alla luce del paradigma normativo) ma sia sufficiente la concessione di termini per il raccoglimento e la delibazione di memorie e documenti.

Del resto, l'esercizio "calmierato" – caso per caso e al lume dell'analisi di ogni elemento valutabile in ordine all'affidabilità – della potestà espulsiva del concorrente reo di illecito *antitrust* da parte della stazione appaltante è stata da ultimo sostenuta anche dal supremo consesso della giustizia amministrativa<sup>31</sup>, che – accreditando la tesi della doverosità del rispetto del principio di proporzionalità – ha ribadito l'impossibilità della sostituzione del giudice amministrativo, adito in conseguenza dell'impugnativa di un provvedimento di esclusione da gara pubblica, all'amministrazione e ristretto il suo sindacato alla valutazio-

---

(30) TAR Valle d'Aosta, sez. I, 13.6.2017, n. 36.

(31) Cons. Stato, sez. IV, 2.3.2018, n. 1299.

ne della correttezza e della completezza della motivazione della decisione di questa.

### *3. Il mercato e il range temporale di riferimento*

Ulteriore aspetto da approfondire riguarda l'individuazione del mercato di riferimento dell'esclusione dell'operatore economico reo di illecito concorrenziale, laddove le linee guida n. 6/2016 dell'ANAC si limitano laconicamente ad affermare che detta esclusione può avere effetti soltanto nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

Una prima lettura interpretativa potrebbe essere quella di "mercato rilevante" ossia di zona geograficamente limitata in cui più imprese fornitrici di uno o più prodotti fungibili si fanno reciproca concorrenza<sup>32</sup>. Chi scrive, tuttavia, non ritiene che la contestualizzazione geografica sia corretta in quanto seguendo tale approccio si finirebbe con la paradossale configurazione secondo cui l'impresa rea di illecito concorrenziale verificatosi, ad esempio, in una regione risulterebbe escludibile dalla gara soltanto in quella porzione di territorio e non anche altrove.

Nondimeno risulterebbe sempre potenzialmente arbitraria la fissazione dei limiti geografici del mercato.

Ed allora, piuttosto, per mercato si dovrebbe intendere l'intero circuito commerciale nel quale un operatore economico è legittimato ad operare in regime di concorrenza con altri.

Piuttosto, le linee guida n. 6/2016 dell'ANAC sembrano limitare l'escludibilità al mercato del bene o del servizio in relazione al quale l'illecito concorrenziale si sarebbe verificato.

Ma anche questa interpretazione è fallace, poiché la sottesa limitazione, di natura pressoché qualitativa, apre la strada ad uno scenario surreale ove, ad esempio, l'impresa rea di illecito concorrenziale nel settore delle macchine agricole potrebbe ben sottrarsi a misure esclusive se diversificasse la propria linea produttiva riconvertendola nel settore degli elettromedicali.

---

(32) Cons. Stato, sez. V., 30.6.2016, n. 2947 e Id., sez. V, 4.9.2014, n. 4506.

Né può condividersi quell'opinione<sup>33</sup> a mente della quale un illecito concorrenziale posto in essere per l'affidamento di un contratto non sia significativo in altre gare: come dire, *semel dolosus semper dolosus*. Piuttosto, stavolta concordando con la tesi testé contraddetta e in accordo col disposto dei commi settimo e ottavo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016, la dimostrazione dell'effettuata adozione di correttivi organizzativi ovvero metodologie risarcitorie dei pregiudizi cagionati potrebbe riabilitare (a discrezionale, purché logicamente motivata, decisione della stazione appaltante) l'operatore economico in procinto di essere escluso.

Il mercato, piuttosto, dovrebbe essere metonimicamente identificato in qualsiasi circuito commerciale cui abbia accesso quale soggetto fruitore di beni e servizi la pubblica amministrazione, stante la tesi secondo la quale essa crea artificialmente un mercato (indi, un circuito commerciale appunto) ogniqualvolta debba affidare un contratto pubblico<sup>34</sup>.

Altro elemento da valutare ai fini della rilevanza dell'illecito concorrenziale quale causa di esclusione dalla gara pubblica è la durata del periodo preclusivo nonché la sua decorrenza.

La direttiva 2014/24/UE, al disposto del paragrafo 7 dell'art. 57, prevede che gli Stati membri dell'Unione europea hanno facoltà di determinare il periodo massimo di esclusione, che – in difetto di tale previsione normativa ovvero in mancanza di specifica statuizione mercé sentenza definitiva – non può superare i tre anni dalla data del fatto che vi abbia dato luogo.

Il disposto del comma decimo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 statuisce che l'interdizione a contrattare con la pubblica amministrazione nelle ipotesi di illecito concorrenziale non penalmente rilevanti deve essere pari a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto che via dia luogo.

---

(33) G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, cit., p. 12

(34) M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Pisa University Press, 2011, p. 36.

Peraltro la sezione consultiva del Consiglio di Stato aveva condivisibilmente osservato<sup>35</sup> che la fissazione del termine di decorrenza del periodo preclusivo non ad una data certa, quale quella del verificarsi dell'accertamento del fatto illecito, risultasse eccentrica rispetto ai principi di trasparenza e non discriminazione e parità di trattamento in quanto due violazioni afferenti allo stesso giorno possono essere accertate in tempi diversi<sup>36</sup>.

Ma, *rebus sic stantibus*, non v'è chi non veda il contrasto tra le attuali linee guida n. 6/2016 dell'Autorità nazionale anticorruzione e la disposizione normativa da ultimo menzionata sul piano della definitività/esecutività dell'accertamento.

Dipoi del tutto assurda è la conseguenza: l'accertamento esecutivo dell'illecito concorrenziale, portato da un provvedimento sanzionatorio ancora soggetto ad impugnativa giurisdizionale, proietta la propria efficacia preclusiva della partecipazione a nuova gara dell'operatore economico interessatone a un *range* temporale ben superiore a quello di legge in quanto destinato a decorrere non già dalla data di pubblicazione ma da quella di irrevocabilità della sentenza dell'ultimo giudizio impugnatorio.

Né tantomeno la risoluzione del problema potrebbe consistere nell'astensione dall'esercizio del diritto di impugnare il provvedimento sanzionatorio in questione, che risulterebbe intollerabilmente in contrasto col disposto dell'art. 24 della Carta costituzionale.

Al riguardo, l'Autorità di garanzia per la concorrenza nel mercato – con segnalazione n. AS1473, pubblicata sul Bollettino Ufficiale n. 6/2018 del 19 febbraio 2018 – ha invitato l'ANAC ad espungere dalle prefate linee guida i provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette non definitivi (oltre a rilevare la loro irrilevanza nell'ambito della contrattualistica pubblica a cagione dell'afferenza a rapporti di consumo). Non si può, poi, non tener conto della modifica che il cosiddetto decreto "Sbloccacantieri" ha apportato al codice dei contratti pubblici, modi-

---

(35) Cons. Stato, sez. cons., parere 782/2017.

(36) G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 197 ss.

ficando il disposto del comma decimo e introducendo il comma decimo *bis* dell'art. 80.

Le disposizioni in questione concernono i controlli da operare nelle procedure di gara, ove sussistano a carico dei concorrenti sentenze penali di condanna, al fine della quantificazione del periodo di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica in esecuzione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione nelle ipotesi di mancata fissazione di essa da parte del giudice.

L'illecito concorrenziale associato ad un reato conclamato, quindi, rientra *ipso facto* nel novero delle cause di esclusione da gara pubblica per i periodi a seconda dei casi indicati dalle disposizioni testé menzionate.

#### 4. Il problema della definizione dell'illecito concorrenziale

Le varie tesi finora argomentate costituiscono la protasi di una compiuta definizione di illecito concorrenziale, che merita sicuramente di essere sviluppata.

L'illecito concorrenziale può essere qualificato come il fatto antigiusuridico che alteri la situazione di mercato caratterizzata dalla libera competizione tra più imprenditori.

Apprezzabile dottrina ha inteso suddividere le condotte anticoncorrenziali in due macro-insiemi<sup>37</sup>: da un lato, le condotte escludenti<sup>38</sup> (tendenti all'espulsione di un concorrente dal mercato ovvero alla sua ricollocazione in esso, o, ancora, al suo ingresso se *new comer*); dall'altro, quelle di sfruttamento<sup>39</sup> (sottese alla fissazione del prezzo di un bene oltre l'afferente livello competitivo con ricaduta dannosa sull'acquirente finale consistente nella differenza di corrispettivo *in peius*).

Le tipologie di illecito concorrenziale sono differenti per l'ordinamento italiano e per quello comunitario.

---

(37) L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e responsabilità*, n. 11, 2013, p. 1050.

(38) M. ROMA, *Abuso escludente mediante contratto*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, UTET, 2011, p. 243 ss.

(39) S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 278 ss.; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust - Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 249 ss.

L'art. 2598 del codice civile considera illeciti concorrenziali gli atti di confusione, gli atti di denigrazione e vanteria, gli atti contrari alla correttezza professionale.

Gli atti di confusione mirano ad ingenerare disguidi nella clientela degli operatori economici.

Gli atti di denigrazione e vanteria sono finalizzati a diffamare, anche attraverso pubblicità comparativa, uno o più *competitores*.

Gli atti contrari alla correttezza professionale sono quelli di sviamento della clientela, violazione dei patti di non concorrenza, spionaggio industriale.

Nell'ordinamento comunitario, l'art. 101 TFUE (già art. 81 TCE) vieta le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

In seno al prefato disposto normativo possono individuarsi gli accordi tra imprese, tanto di tipo orizzontale (laddove le imprese medesime si trovano su un piano paritetico) quanto di tipo verticale (nel quale le imprese *de quibus*) operano in fasi distinte del processo produttivo-distributivo, e le pratiche concordate ossia mere condotte fattuali non sorrette da alcuna formalizzazione documentale<sup>40</sup>.

Nell'ambito degli accordi rientrano anche i *gentlemen's agreements*, in considerazione del fatto che essi sono quantunque coercibili mediante ricorso a procedura arbitrale<sup>41</sup>.

L'intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi già consumato, sicché il criterio guida per il suo accertamento è quello della congruenza narrativa degli elementi probatori ancorché indiziari della sua sussistenza<sup>42</sup>.

Nondimeno, sempre in seno all'ordinamento comunitario, l'art. 102 TFUE proibisce gli abusi di posizione dominante, tuitavia esclusivamen-

---

(40) Sulla differenza tra accordo e pratica concordata: Cons. Stato, sez. VI, 19.2.2019, n. 1160.

(41) Decisione della Commissione europea n. 69/240/CEE del 16.7.1969 (seppure riferita al disposto dell'art. 81 TCE).

(42) TAR Lazio, Roma, sez. I, 31.5.2018, n. 6080 e 15.12.2017, n. 12407 e 14/10/2016, n. 10309.

te qualora essi siano suscettibili di influire in modo distorsivo sul mercato<sup>43</sup>.

Alcuni esempi di abuso di posizione dominante sono stati forniti dalla giurisprudenza: esercizio strumentale ed abnorme di poteri contrattuali nell'ambito di una procedura di vendita<sup>44</sup>, rifiuto di fornitura di servizi a terzi concorrenti<sup>45</sup>, imposizione di prezzi iniqui<sup>46</sup>.

### ***5. Verso un probabile futuro intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea***

È assai probabile che la Corte di giustizia dell'Unione europea venga chiamata a rendere la propria autorevole e dirimente interpretazione.

Peraltro è stato già chiesto dal giudice nazionale italiano ai giudici del Lussemburgo di chiarire se il disposto della lettera *e*) del comma quinto dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 sia compatibile con le disposizioni delle lettere *c*) e *g*) della direttiva 2014/24/UE allorché la contestazione giudiziale di rilevanti carenze manifestatesi nel caso dell'esecuzione di un precedente appalto preclude alla stazione appaltante ogni propria discrezionale valutazione sulla serietà dell'operatore economico interessato sino alla definitiva pronuncia del giudice civile<sup>47</sup>.

In realtà, seppur con riferimento al previgente assetto, la Corte di giustizia aveva già stabilito che dall'ambito di applicazione dell'errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale il comportamento integrativo di violazione di norme in materia di concorrenza già acclarato e punito dalla competente *authority* con provvedimento confermato in sede giurisdizionale<sup>48</sup>.

---

(43) CGCE, 14/02/1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV*; TAR Lazio, Roma, sez. I, 31.5.2018, n. 6080.

(44) TAR Lazio, Roma, sez. I, 23.1.2017, n. 1188.

(45) Cons. Stato, sez. VI, 15.5.2015, n. 2479.

(46) TAR Lazio, Roma, sez. I, 26.7.2017, n. 8945.

(47) TAR Campania, Napoli, ord., sez. IV, 13.12.2017, n. 5893.

(48) CGUE, sez. IX, 4.6.2019, causa C-425/18, *Grr*.

Segnatamente, la Curia di Lussemburgo era stata adita dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte<sup>49</sup> a seguito del ricorso proposto da un'impresa destinataria di revoca dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante in quanto sanzionata dall'AGCM per aver posto in essere un comportamento anticoncorrenziale durante una gara CONSIP. D'altronde, come detto, la stessa Corte aveva chiarito che il grave errore professionale dovesse comprendere «qualsiasi comportamento scorretto» senza «limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esercizio di un contratto pubblico»<sup>50</sup>.

È dunque ragionevole (oltre che condivisibile) presumere che i giudici di Lussemburgo, vieppiù con riferimento al disposto dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, reputeranno l'illecito concorrenziale quale causa di esclusione da gara pubblica.

---

(49) TAR Piemonte, ord., sez. I, 21.6.2018, n. 770.

(50) CGUE, sez. X, 18/12/2014, causa C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*.