



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6862 del 2020, proposto da

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Bifulco, Paolo Pittori, Elisa Scotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Bifulco in Roma, Lungotevere dei Mellini 24;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- dell'ordine di recupero delle somme indebitamente erogate, adottato con atto n.9588 del 10 giugno 2020 del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici del Ministero delle

Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali, Div.2 – Programmi Operativi Nazionali in materia di infrastrutture e trasporti;

- della nota 9586 del 10 giugno 2020 del Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale per lo sviluppo del territorio, la programmazione ed i progetti internazionali, Div.2 – Programmi Operativi Nazionali in materia di infrastrutture e trasporti, di riscontro alla richiesta di accesso e di risposta alle osservazioni presentate da Anas S.p.a.;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, anche non comunicato alla (o non conosciuto dal) ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto l'art. 79, comma 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”* (2019/C 380/01; d'ora in poi anche *“Raccomandazioni”*) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

Visti gli artt. 19, paragrafo 3, lett. b) del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

Visti lo Statuto e il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'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. 70 del Regolamento CE n. 1083/2006;

Visto l'art. 2, par. 7, del Regolamento CE n. 1083/2006;

Visti gli artt. 27 e seguenti del Regolamento CE n. 1828/2006;

Visto il Regolamento (CE, EURATOM) 2988/95 del 18 dicembre 1995;

Vista la Decisione C(2013) 9257 del 19 dicembre 2013, relativa alla fissazione e all'approvazione degli orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie che la Commissione deve applicare alle spese finanziate dall'Unione nell'ambito della gestione concorrente in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici;

Visto il d.lgs. n. 163/2006, recante il "*Codice dei Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 la dott.ssa Roberta Ravasio in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020 e uditi per le parti i difensori come specificato da verbale;

A – ESPOSIZIONE SUCCINTA DELL'OGGETTO DELLA CONTROVERSA.

1. Con Decisione C(2007) 6318 del 7 dicembre 2007, la Commissione Europea ha approvato il Programma Operativo Nazionale reti e mobilità 2007-2013 (in prosieguo solo “PON”), previsto nell’ambito del Quadro Strategico Nazionale per gli interventi strutturali nelle regioni italiane interessate all’Obiettivo Convergenza, poi modificato con Decisioni C(2013) 999 del 1° marzo 2013 e C(2013) 6852 del 21 ottobre 2013.

2. Il Regolamento CE n. 1083/2006 disciplina le modalità e i procedimenti di attuazione del PON, tra i cui beneficiari, ai sensi dell’art. 2, comma 4, rientra anche ANAS S.p.A. (in prosieguo solo “ANAS”), a favore della quale è stata deliberata l’ammissione del finanziamento, a valere sul PON, del costo delle opere afferenti la “S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle” – Codice SIPONREM 2123-1 – CUP: F91B05000390006”.

3. Per la realizzazione di tale opere ANAS S.p.A. ha presentato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (in prosieguo solo “MIT”), in qualità di “Autorità di Gestione”, un rendiconto delle spese che ammonta a complessivi euro 30.647.649,63: di tali costi ANAS S.p.A. è stata ammessa a finanziamento in ragione di euro 29.995.508,22, dei quali euro 22.496.631,17 a titolo di quota UE (FESR) ed euro 7.498.877,06, a titolo di quota nazionale (Fondo di Rotazione). Di tali somme risultano essere già state materialmente erogate, a favore di ANAS S.p.A., euro 28.603.245,80.

4. ANAS, in qualità di Amministrazione aggiudicatrice, ha bandito una procedura ristretta, ai sensi dell’art. 55, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 (“Codice dei Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”,

adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, dell'opera "*S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle*" – Codice SIPONREM 2123-1 – CUP: F91B05000390006" (codice gara BA04/12), da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. In esito alla gara, la commessa è stata aggiudicata, con provvedimento n. 104 dell'08/08/2012 dell'Amministratore Unico di ANAS, in favore dell'RTI composto da Aleandri S.p.A. e da CCC Società Cooperativa, la quale ha proceduto alla realizzazione dell'opera, oggi ultimata con riferimento alle attività principali, e aperta al traffico.

6. Tuttavia il MIT, con provvedimento n. 9588 del 10 giugno 2020, ha disposto il recupero delle somme già erogate in favore di ANAS, dichiarando non dovuto, in quanto "spesa irregolare", il residuo importo non ancora erogato.

7. All'origine della predetta decisione del MIT vi sono indagini penali, svolte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, che hanno messo in luce l'esistenza di un sistema corruttivo coinvolgente taluni funzionari di ANAS.

8. In sintesi, il MIT ha fondato la revoca del finanziamento - di cui ANAS ha beneficiato per realizzare l'intervento "*S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle*" – Codice SIPONREM 2123-1 – CUP: F91B05000390006" - sulle seguenti considerazioni:

(i) Con provvedimento del Prefetto di Roma del 29 aprile 2016 la Aleandri S.p.A. è stata “commissariata” e sottoposta ad una gestione straordinaria, e tutto ciò a cagione dell’apertura delle indagini giudiziarie relative alla gara in esame, coinvolgenti anche l’anzidetta impresa;

(ii) l’Autorità di Gestione (cioè il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti) ha appreso del provvedimento di commissariamento dall’Autorità di Audit, e non da ANAS, la quale, inoltre, non è stata sollecitata nel fornire aggiornamenti sullo stato dell’indagine penale;

(ii) quest’ultima è esitata nel rinvio a giudizio di alcuni funzionari di ANAS, tra cui una dirigente di alto livello, la quale ha definito la propria posizione con patteggiamento della pena: pertanto con sentenza del Giudice per le Indagini Preliminare del Tribunale di Roma n. 2095 del 28 novembre 2018 è stata ad essa applicata una pena per aver turbato la gara BA04/12, finalizzata all’aggiudicazione dei lavori di ammodernamento del tratto finale Variante Toritto-Modugno e variante di Palo del Colle – SS 96 Barese, aggiudicata all’RTI Aleandri-CCC; lo stesso ha fatto un altro funzionario dipendente di ANAS, facente parte della commissione di gara.

(iii) secondo l’Autorità di Gestione, quindi, l’aggiudicazione dell’appalto dei lavori relativi alla SS-96 Barese sarebbe “irregolare” in quanto frutto dell’azione corruttiva, ed avrebbe procurato alla Aleandri S.p.A. l’acquisizione in modo illecito dell’appalto dei lavori;

(iv) i fatti così ricostruiti integrerebbero, oltre che violazione della Convenzione stipulata tra ANAS ed il MIT, anche la fattispecie dell’irregolarità, con carattere di frode, di cui agli artt. 2, par. 7, Regolamento CE 1083/2006 ed agli articoli 4 e 5 del Regolamento (CE, EURATOM) 2988/1995 del 18 dicembre 1995, e quindi

determinerebbero l'obbligo, per l'Autorità di Gestione, di recuperare tutte le somme versate ad ANAS quale rimborso per le spese relative alla realizzazione della Strada Statale 96 Barese.

9. ANAS ha impugnato l'ordine di recupero delle somme erogate. Dopo aver premesso che nessuna sentenza di condanna ha finora interessato ANAS in quanto tale, che non vi sarebbero prove del fatto che si è effettivamente verificata una condotta illecita dei membri della Commissione della gara che ha deciso l'affidamento dei lavori relativi alla *“S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle”*, e che, pertanto, non risulta dimostrato che la società Aleandri S.p.A. abbia acquisito in modo illecito l'appalto in questione, ANAS ha argomentato che:

(i) allo stato attuale, e cioè in base alla sentenza penale indicata nell'atto impugnato, non risulta provata alcuna “irregolarità” rilevante ai sensi dell'art. 2, par. 7, Regolamento CE n. 1083/2006, in quanto non è dato rinvenire alcun pregiudizio che si sia tradotto nell'imputazione di spese indebite al bilancio generale dell'Unione Europea;

(ii) neppure si riscontrano gli estremi della “frode” così come definita dall'art. 1 della Convenzione TIF del 1995 e dal reg. CE 2988/95, in quanto i predetti atti normativi non specificano le circostanze e le condizioni in presenza delle quali può ritenersi esistente l'irregolarità o la frode, con il conseguente obbligo di segnalazione alle istituzioni europee e di restituzione (previsto dagli artt.70, par.1, lett.b, e 98 Reg. 1083/2006); in particolare, solo con la Direttiva (UE)

2017/1371 l'Unione Europea avrebbe, per la prima volta, considerato quale "*frode che lede gli interessi dell'Unione*" anche quella commessa in relazione alle spese relative agli appalti pubblici;

(iii) non è chiaro quale sia il nesso tra irregolarità/frode e spese in materia di appalti. Sul punto il provvedimento impugnato ha evocato – erroneamente, secondo ANAS – la decisione della Commissione C (2013) 9527 del 19 dicembre 2013, nel cui allegato si indicano come possibili casi di irregolarità gravi il mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici aventi effetto dissuasivo sui potenziali offerenti o determinanti l'aggiudicazione di un appalto a un offerente diverso da quello che avrebbe dovuto ottenerlo. Ivi è anche detto che nei casi più gravi di irregolarità o quando l'irregolarità riguardi una frode accertata (stabilita da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente), può essere applicata una rettifica finanziaria del 100%. Secondo ANAS, tuttavia, l'Autorità di Gestione non avrebbe effettuato una valutazione specifica, limitandosi ad applicare la rettifica del 100% in modo automatico, senza considerare le circostanze del caso specifico. In ogni caso gli orientamenti applicabili nel caso di specie sarebbero, piuttosto, quelli contenuti nella nota della Commissione COCOF 07/0037/03-IT.

9.1. Alla luce di tali considerazioni ANAS ha chiesto al Tribunale di annullare l'atto impugnato, in quanto illegittimo per violazione e falsa applicazione dell'art.1, par.2, Reg. (CE) 2988/95 del 18 dicembre 1995, dell'art. 1 della Convenzione TIF del 1995, elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea [Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la convenzione relativa alla tutela

degli interessi finanziari delle Comunità europee (95/C 316/03)], dell'art.27, lett.c., Reg. (CE) 1828/2006, eccesso di potere per difetto di motivazione e per carenza d'istruttoria.

9.2. Con un secondo motivo di ricorso ANAS ha dedotto che l'Autorità di Gestione ha fondato la decisione su una sentenza del giudice penale che non sarebbe equiparabile ad una sentenza di condanna e che non potrebbe essere utilizzata in sede extrapenale.

9.3. Con un terzo motivo di ricorso ANAS ha dedotto l'illegittimità dell'atto impugnato per violazione dell'art. 2, par.1, n.7, Reg. 1083/2006, dell'art.98, par.2, del Regolamento (CE) 1083/2006 e dell'art. 135 Reg. EU/EURATOM 966/2012, violazione del principio di proporzionalità ed eccesso di potere per carenza istruttoria. Al riguardo ANAS ha ribadito che non si comprende in cosa consista il danno o il pregiudizio per il bilancio dell'Unione Europea, che si sarebbe manifestato nella vicenda in esame. ANAS ha sottolineato che l'opera è stata completata ed è fruibile; le risorse europee sono state impiegate per il fine per cui sono state erogate; non risultano contestazioni sulla regolarità dei lavori svolti e non tutti i fondi europei sono stati ancora spesi e sono tutti in prospettiva di essere spesi correttamente; non emerge alcun riscontro che dimostri che nell'ambito dell'appalto relativo alla Strada Statale 96 siano state imputate spese indebite al bilancio generale dell'UE. Secondo ANAS, pertanto, l'Autorità di Gestione avrebbe potuto, al limite, procedere ad un recupero parziale, in base agli orientamenti della Commissione sulle rettifiche finanziarie. In subordine ANAS ha chiesto a questo Tribunale di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della validità dell'art.1, par.2, Reg. (CE) 2988/95 del 18 dicembre 1995 e dell'art. 1 della Convenzione

TIF del 1995 ai sensi dell'art.267 TFUE, in relazione al fatto che tali norme non soddisferebbero il requisito della chiarezza e della precisione.

9.4. Infine, con un quarto motivo di ricorso, ANAS ha dedotto la violazione di alcune norme relative al procedimento amministrativo.

10. Nel giudizio si è costituita l'Autorità di gestione (cioè il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti), che ha insistito per la reiezione del ricorso.

11. Alla prima udienza in camera di consiglio, celebrata il 21 ottobre 2020, sentite tutte le parti, il Tribunale, con ordinanza collegiale n. 11322/2020, ha disposto l'acquisizione di alcuni elementi di informazione, necessari ai fini della decisione, onde accertare: a) se la gara per l'aggiudicazione dei lavori relativi all'intervento di cui è causa, fosse stata fatta oggetto, da parte di ANAS, di atti di autotutela che avessero portato all'annullamento dell'aggiudicazione, per fatti connessi a quelli indagati dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, ovvero per diverse e ulteriori illegittimità accertate dalla stazione appaltante; b) in che modo i comportamenti di rilevanza penale posti a base del provvedimento del MIT avessero interferito – secondo quanto accertato dall'Autorità Giudiziaria penale – con la gara per l'affidamento dei lavori in questione.

12. Nel corso del giudizio sono stati acquisiti documenti dai quali è emerso che:

(i) Anas non ha posto in essere atti di autotutela che abbiano portato all'annullamento dell'aggiudicazione per fatti connessi a quelli indagati dalla citata Procura della Repubblica, non avendo tali fatti interferito con le procedure di gara, né essendo state accertate ulteriori illegittimità;

(ii) la gara si è svolta regolarmente, le operazioni di valutazione delle offerte sono state effettuate applicando i criteri della lettera di invito e sono state correttamente verbalizzate; i requisiti dichiarati dalla aggiudicataria sono stati verificati da parte degli uffici della Stazione Appaltante, sia in fase di prequalifica che in fase di verifica dei requisiti; entrambe dette verifiche hanno dato esito positivo; la Commissione, composta da 5 membri, ha accertato la completezza della documentazione e delle dichiarazioni rese dal suddetto concorrente e la relativa offerta economica è stata esaminata il 4 luglio 2012 nel rispetto dei criteri indicati nella lettera d'invito;

(iii) in esito alla valutazione dell'offerta tecnica l'aggiudicatario RTI, composto da Aleandri S.p.A. e dalla CCC Società Cooperativa, ha conseguito un punteggio di 55,5 punti, a pari con l'RTI composto da Cobar S.p.A. e da SAC S.p.A.; l'RTI Aleandri si è aggiudicato l'appalto avendo presentato un ribasso del 31,1%, a fronte di un ribasso del 29,77% offerto dall'RTI Cobar – SAC; in particolare, la differenza di economica tra le offerte presentate dai citati operatori economici è risultata pari a euro 1.258.452,55;

(iv) la terza classificata aveva offerto un ribasso ben più consistente, del 40,11%, ma il punteggio relativo all'offerta tecnica da essa conseguito era di molto inferiore, che non le ha consentito di scavalcare le offerte dell'RTI Aleandri-CCC e dell'RTI Cobar-SAC.;

(v) avverso la decisione di aggiudicazione, a favore dell'RTI Aleandri-

CCC non è stato proposto alcun ricorso;

(vi) nel procedimento penale tre funzionari dipendenti di ANAS sono stati accusati di corruzione per aver accettato, da esponenti della Aleandri S.p.A., somme di danaro per turbare la gara BA04/12, finalizzata all'aggiudicazione dei lavori di ammodernamento del tratto finale Variante Toritto-Modugno e variante di Palo del Colle – SS 96 Barese. Nell'ordinanza di custodia cautelare il Giudice delle Indagini Preliminari, esaminando il materiale probatorio a disposizione, consistente in dichiarazioni rese da una dirigente di ANAS, la signora A.A., e da alcune intercettazioni ambientali, con riferimento specifico a tale gara d'appalto ha concluso che *“Le intercettazioni appena riportate chiaramente non costituiscono riscontro rispetto alla gara del 2012, epoca nella quale non vi erano in corso attività di polizia giudiziaria ad essa relative”*, rilevando che però esse dimostravano un *“rapporto durevole nel tempo ...in virtù del quale taluni funzionari e dirigenti ANAS pongono in essere quanto possono per favorire l'impresa Aleandri S.p.A., anche nello svolgimento di una gara”*;

(vii) l'esame degli atti del fascicolo penale acquisito al fascicolo di causa consente di affermare che una dirigente di ANAS, la signora A.A., chiese ad altri due funzionari di ANAS, che erano parte della Commissione della gara BA 04/12, di interessarsi per aiutare la Aleandri S.p.A. a vincere la gara: la signora A.A. ed uno dei citati funzionari di ANAS, membri della Commissione di gara, hanno definito la propria posizione penale con sentenza di patteggiamento, mentre è ancora aperta la posizione dell'altro funzionario che sarebbe stato coinvolto;

(viii) l'indagine penale, tuttavia, non ha accertato se ed in che misura i citati funzionari di ANAS si siano effettivamente prodigati per assicurare all'RTI Aleandri l'aggiudicazione della gara, e, correlativamente, non è stato accertato se in mancanza di tale interessamento la gara sarebbe stata aggiudicata ad altro operatore economico: l'indagine, secondo quanto risulta dagli atti penali acquisiti al presente giudizio, si è arrestata all'accertamento degli elementi costitutivi del reato di corruzione, al qual fine era sufficiente, per la Procura della Repubblica, la dimostrazione che i funzionari dell'ANAS avessero accettato del danaro per turbare l'andamento della gara;

ix) risulta tuttora pendente, a quanto risulta a questo Tribunale, il procedimento penale nei confronti: del rappresentante legale della Aleandri S.p.A., imputato dei reati di corruzione e turbata libertà degli incanti, per aver turbato la gara BA04/12, relativa all'aggiudicazione dei lavori della alla SS-96 Barese; ed altresì nei confronti della stessa Aleandri S.p.A., ritenuta responsabile – in relazione ai reati contestati al legale rappresentante – dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 25 del decreto legislativo n. 231/2001, per non aver predisposto, prima della commissione dei predetti reati, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire fatti di reato della specie di quelli verificatisi. In sostanza, allo stato non esiste un pronunciamento giurisdizionale, sia pure non definitivo, che dimostri che l'operatore economico Aleandri S.p.A. ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice.

(x) in definitiva, il Collegio ritiene di non poter affermare con certezza, in base agli elementi probatori a disposizione, che la gara BA 04/12, avente ad oggetto “S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle” – Codice SIPONREM 2123-1 – CUP: F91B05000390006” sia stata indebitamente aggiudicata all’RTI Aleandri-CCC: v’è certamente il sospetto che ciò sia avvenuto, ma il Collegio non dispone al riguardo di una prova certa, dal momento che: a) non risulta essere stata effettuata alcuna indagine specifica per accertare come si siano svolte le operazioni della Commissione di gara; b) la Commissione era composta da 5 membri, dei quali solo 2 erano stati “sensibilizzati” a favore della Aleandri S.p.A.; c) in sede penale non è stata accertata alcuna circostanza dalla quale si possa evincere che il progetto tecnico dell’RTI Aleandri-CCC non meritasse il punteggio (di 55,5 punti) che ha riportato; d) non risulta che siano stati applicati, dalla Commissione, criteri, sottocriteri e punteggi diversi da quelli previsti dal bando; e) nessun ricorso risulta essere stato presentato contro l’aggiudicazione della gara a favore dell’RTI Aleandri-CCC, in particolare dalla seconda e dalla terza classificata; e) non è noto, in definitiva, se ed in che modo i due funzionari di ANAS, che componevano la Commissione di gara e che sono stati coinvolti nella indagine penale, abbiano concretamente influito sull’attribuzione del punteggio per le offerte tecniche degli operatori economici;

(x) l’unica “irregolarità” commessa nel corso della gara di cui si è discute, e di cui è stata raggiunta una prova parziale, consisterebbe nella condotta di Aleandri finalizzata ad influire sulla decisione: tuttavia, a questo proposito, occorre rilevare che la gara, bandita nel

2012, era soggetta al D. L.vo n. 163/2006, il quale non conteneva una previsione che sanzionasse con l'esclusione dalla gara l'operatore economico che avesse cercato di influire sul processo decisionale della stazione appaltante, conformemente all'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, che non prevedeva esplicitamente la suddetta causa di esclusione, a differenza dell'art. 57, comma 4, lett. i) della vigente Direttiva 2014/24/UE. Pertanto l'illegittimità della aggiudicazione della gara a favore dell'RTI Aleandri-CCC non può oggi, a posteriori, essere affermata neppure in considerazione dell'illecito comportamento tenuto dagli esponenti della Aleandri S.p.A.

13. Il ricorso è stato chiamato per la decisione all'udienza del 24 febbraio 2021, in occasione della quale ANAS ha insistito per l'annullamento degli atti impugnati, sul rilievo dell'assenza di un danno per il bilancio dell'Unione, ossia di spese che, in assenza dell'irregolarità rilevata dal MIT, non sarebbero state finanziate, ovvero sarebbero state finanziate in misura minore.

14. Il Collegio ritiene di dover sospendere il giudizio e sottoporre alla Corte i quesiti che di seguito si vanno ad illustrare.

B – IL CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI CHE TROVANO APPLICAZIONE NEL CASO DI SPECIE E IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

B.1.: DIRITTO NAZIONALE.

B.1.1. Il decreto legislativo n. 163/2006, con cui 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.

15. 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.

16. La gara d'appalto oggetto del presente giudizio, aggiudicata con provvedimento dell'8/08/2012, ha un valore che supera le soglie di rilevanza comunitaria ed era quindi disciplinata dal Decreto Legislativo n. 163/2006.

17. Quest'ultimo, all'art. 38, comma 1 lett. c) ed f), prevedeva quanto 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:

.....

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18;

.....

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?

18. A livello di diritto italiano viene poi in considerazione, ai fini della decisione, la legge 29 settembre 2000 n. 300, che ha ratificato alcuni atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato dell'Unione europea, in particolare: la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stipulata a Bruxelles il 26 luglio 1995, il Protocollo redatto a Dublino il 27 settembre 1996, il Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, stipulato a Bruxelles il 29 novembre 1996, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, stipulata a Parigi il 17 dicembre 1997.

19. Vengono poi in considerazione norme contenute in regolamenti della Unione Europea, di natura *self-executing*, che non hanno richiesto una legge di trasposizione.

20. Per completezza si fa presente che il provvedimento impugnato nel presente giudizio richiama anche il Decreto del Presidente della Repubblica n. 196 del 3 ottobre 2008, mediante il quale è stato approvato un regolamento di esecuzione del regolamento (CE) n.

1083/2006, il cui ambito di applicazione è limitato alla individuazione delle spese ammissibili a finanziamento sul Fondo Europeo di Sviluppo Regionale e sul Fondo Sociale Europeo, e che pertanto non rileva ai fini della questione che si va ad illustrare.

B.2.: IL DIRITTO DELL'UNIONE.

B.2.1. Il Regolamento CE n. 1083/2006.

21. Come già osservato, il PON in questione è soggetto al Regolamento CE n. 1083/2006, il quale, all'art. 70, in tema di gestione e controllo dei finanziamenti erogati, stabilisce quanto segue:

“1. Gli Stati membri sono responsabili della gestione e del controllo dei programmi operativi in particolare mediante le seguenti misure:

a) garantiscono che i sistemi di gestione e di controllo dei programmi operativi siano istituiti in conformità con gli articoli da 58 a 62 e funzionino in modo efficace;

b) prevengono, individuano e correggono le irregolarità e recuperano gli importi indebitamente versati compresi, se del caso, gli interessi di mora. Essi ne danno notifica alla Commissione e la informano sull'andamento dei procedimenti amministrativi e giudiziari.

2. Quando un importo indebitamente versato al beneficiario non può essere recuperato, spetta allo Stato membro rimborsare al bilancio generale dell'Unione europea l'importo perduto, quando è stabilito che la perdita è dovuta a colpa o negligenza ad esso imputabile”.

22. La definizione delle “irregolarità”, evocate dall'art. 70, par. 1, lett. b), è contemplata all'art. 2, par. 7, il quale stabilisce quanto segue:

“Ai sensi del presente regolamento s'intende per:

.....

7. «irregolarità»: qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale delle Comunità europee mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio generale?».

23. L'articolo 98 del medesimo regolamento, intitolato “Rettifiche finanziarie effettuate dagli Stati membri”, così prevede:

“1. Spetta anzitutto agli Stati membri perseguire le irregolarità, prendere provvedimenti quando è accertata una modifica importante che incide sulla natura o sulle condizioni di esecuzione o di controllo di operazioni o programmi operativi ed effettuare le necessarie rettifiche finanziarie.

2. Lo Stato membro procede alle rettifiche finanziarie necessarie in relazione alle irregolarità isolate o del sistema individuate nell'ambito di operazioni o programmi operativi. Le rettifiche dello Stato membro consistono in una soppressione totale o parziale del contributo pubblico del programma operativo. Lo Stato membro tiene conto della natura e della gravità delle irregolarità e della perdita finanziaria che ne risulta per i Fondi. I Fondi comunitari così svincolati possono essere riutilizzati dallo Stato membro entro il 31 dicembre 2015 per il programma operativo interessato, secondo quanto disposto al paragrafo 3. Il contributo soppresso a norma del paragrafo 2 non può essere riutilizzato per l'operazione o le operazioni oggetto della rettifica.....”

24. L'art. 99 del Regolamento n. 1083/2006, che enuncia i criteri seguiti dalla Commissione quando dispone una rettifica finanziaria, dispone che:

“1. La Commissione può procedere a rettifiche finanziarie sopprimendo in tutto o in parte il contributo comunitario a un programma operativo qualora, effettuate le necessarie verifiche, essa concluda che:

.....

b) le spese figuranti in una dichiarazione di spesa certificata sono irregolari e non sono state rettificate dallo Stato membro anteriormente all'avvio della procedura di rettifica ai sensi del presente paragrafo;

c) uno Stato membro non si è conformato agli obblighi che gli incombono in virtù dell'articolo 98 anteriormente all'avvio della procedura di rettifica ai sensi del presente paragrafo.

2. La Commissione fonda le proprie rettifiche finanziarie su singoli casi di irregolarità identificati, tenendo conto della natura sistemica dell'irregolarità per determinare l'opportunità di una rettifica calcolata su base forfettaria o per estrapolazione.

3. Nel decidere l'ammontare di una rettifica, la Commissione tiene conto della natura e della gravità dell'irregolarità, nonché dell'ampiezza e delle implicazioni finanziarie delle carenze riscontrate nel programma operativo....”

B.2.2. Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013 , recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che ha abrogato il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio con decorrenza dal 1° gennaio 2014.

25. L'art. 144 del Regolamento UE n. 1303/2013, corrispondente all'art. 99 dell'abrogato Regolamento n. 1083/2006, stabilisce al comma 2 che *“Nel decidere una rettifica ai sensi del paragrafo 1, la Commissione si attiene al principio di proporzionalità e tiene conto della natura e*

della gravità dell'irregolarità, nonché della portata e delle implicazioni finanziarie delle carenze dei sistemi di gestione e controllo riscontrate nel programma operativo.”

26. Tale concetto è ribadito all'art. 145 del regolamento UE n. 1303/2013, ove, al comma 7, si legge:

“Nel contesto della decisione su una rettifica finanziaria la Commissione: rispetta il principio di proporzionalità tenendo conto della natura e della gravità della carenza grave nell'efficace funzionamento dei sistemi di gestione e controllo e delle relative implicazioni finanziarie per il bilancio dell'Unione..”.

B.2.3. Il Regolamento CE n. 1828/2006.

27. Il Regolamento CE n. 1828/2006, recante *“modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e del regolamento (CE) n. 1080/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale”*, disciplina, agli artt. 27 e seguenti, le modalità di rilevazione delle *“irregolarità”* di cui all'art. 2, par. 7, del precitato Regolamento CE n. 1083/2006, e i casi in cui esse devono essere prontamente comunicate alla Commissione Europea.

28. In particolare, l'art. 27, lett. c), nel fornire la definizione di *“sospetto di frode”*, stabilisce quanto segue:

“c) «sospetto di frode» un'irregolarità che a livello nazionale determina l'inizio di un procedimento amministrativo o giudiziario volto a determinare l'esistenza di un comportamento intenzionale, in particolare di una frode a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della convenzione elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee”.

B.2.4 La Convenzione TIF del 1995, di cui all'Atto del Consiglio del 26 luglio 1995, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

29. Tale Convenzione, all'art. 1, stabilisce che:

“ Costituisce frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee:

In materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:

- all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegue il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;*
- alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegue lo stesso effetto;*
- alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi.”*

B.2.5. Il Regolamento (CE, EURATOM) 2988/95 del 18 dicembre 1995, relativo agli interessi finanziari delle Comunità.

30. Il Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95, ha implementato un sistema di sanzioni amministrative finalizzato a tutelare gli interessi finanziari delle Comunità europee, lesi da *“condotte che danno luogo a irregolarità”*, e a detti fini ha precisato, nell'ambito dei *“considerando”* iniziali, che le condotte che danno luogo a irregolarità, e che possono determinare l'applicazione di simili sanzioni, *“comprendono le condotte fraudolente, quali definite nella convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee”*.

31. Nel fornire la definizione di *“irregolarità”*, all'art. 1, par. 2, il Regolamento in esame stabilisce quanto segue:

“2. Costituisce irregolarità qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale delle Comunità o ai bilanci da queste gestite, attraverso la diminuzione o la soppressione di entrate provenienti da risorse proprie percepite direttamente per conto delle Comunità, ovvero una spesa indebita”.

32. Le conseguenze del riscontro di una “irregolarità” sono disciplinate al successivo art. 4 che, ai paragrafi 1, 2 e 3, stabilisce quanto segue:

“1. Ogni irregolarità comporta, in linea generale, la revoca del vantaggio indebitamente ottenuto:

— mediante l'obbligo di versare o rimborsare gli importi dovuti o indebitamente percetti;

— mediante la perdita totale o parziale della garanzia costituita a sostegno della domanda di un vantaggio concesso o al momento della percezione di un anticipo.

2. L'applicazione delle misure di cui al paragrafo 1 è limitata alla revoca del vantaggio indebitamente ottenuto aumentato, se ciò è previsto, di interessi che possono essere stabiliti in maniera forfettaria.

3. Gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso.

4. Le misure previste dal presente articolo non sono considerate sanzioni.”.

33. Secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, a tali misure si cumulano le vere e proprie sanzioni amministrative, assimilabili a sanzioni “penali” per il solo caso di irregolarità intenzionali o causate da negligenza.

B.2.6. La Direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

34. La Direttiva indicata, nel prevedere “*norme minime riguardo alla definizione di reati e di sanzioni in materia di lotta contro la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*”, ha dato una definizione comune di “*frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*”, ed a tale scopo ha stabilito, all’art. 3, comma 2, lett. b), che:

“2. Ai fini della presente direttiva si considerano frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione:

.....

in materia di spese relative agli appalti, almeno allorché commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi, che leda gli interessi finanziari dell'Unione;...”

B.2.7. La Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013, relativa alla fissazione e all'approvazione degli orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie che la Commissione deve applicare alle spese finanziate dall'Unione, nell'ambito della gestione concorrente, in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici.

35. Tale Decisione precisa che:

“I presenti orientamenti definiscono una gamma di rettifiche (5%, 10%, 25% e 100%) da applicare alle spese relative ad un appalto. Essi tengono conto della gravità dell'irregolarità e del principio di proporzionalità. Questi tassi di rettifica sono applicati quando non è possibile quantificare con precisione le implicazioni finanziarie per l'appalto di cui trattasi.

La gravità di un'irregolarità connessa al mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici e l'incidenza finanziaria che ne deriva per il bilancio dell'Unione sono valutate tenendo conto dei seguenti fattori: livello della concorrenza, trasparenza e parità di trattamento. Se il mancato rispetto delle norme ha un effetto dissuasivo sui potenziali offerenti o determina l'aggiudicazione di un appalto a un offerente diverso da quello che avrebbe dovuto ottenerlo, questo indica chiaramente che si tratta di un'irregolarità grave.

Se l'irregolarità ha un carattere puramente formale, senza incidenze finanziarie effettive o potenziali, non si applica alcuna rettifica.

Una rettifica finanziaria del 100% può essere applicata per i casi più gravi, quando l'irregolarità favorisce determinati offerenti/candidati o è connessa a una frode accertata da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente.”

36. Nella tabella allegata alla Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013 è peraltro contemplata, al n. 15, anche l'irregolarità consistente nella “*Valutazione degli offerenti/candidati in base a criteri di selezione o di aggiudicazione illegali?*”, irregolarità che si compendia nel fatto che “*Nel corso della valutazione degli offerenti/candidati, i criteri di selezione sono stati utilizzati come criteri di aggiudicazione oppure i criteri di aggiudicazione (o i rispettivi sottocriteri o le ponderazioni) indicati nel bando di gara o nel capitolato d'onori non sono stati rispettati, il che ha comportato l'applicazione di criteri di selezione o di*

aggiudicazione illegali..”, e per tale irregolarità la Decisione prevede un tasso di rettifica del 25%, che peraltro può essere ridotta al 10% o al 5% in funzione della gravità della irregolarità.

37. Gli orientamenti di cui alla Decisione della Commissione n. 9527/2013 sostituiscono quelli precedenti e si applicano anche al periodo di programmazione 2007-2013. Nel caso in cui pendano procedure di rettifica alla data di adozione della Decisione (19 dicembre 2013) *“la Commissione applicherà i precedenti orientamenti esistenti (indicati al considerando 5 della presente decisione) o i presenti orientamenti, garantendo che il tasso di rettifica sia quello più favorevole per lo Stato membro.”*, ma tale situazione non ricorre nel caso di specie, posto che il procedimento di rettifica è stato avviato solo nel corso dell’anno 2016.

B.2.8. La Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

38. Tale Direttiva prevede, all’art. 45, comma 2, lett. d), che:

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

.....

che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice,..”

C – ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

39. Il Collegio necessita dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea chiarimenti onde stabilire se, in un caso come quello oggetto del presente giudizio, si possa ritenere integrata una “irregolarità”,

eventualmente nella specie di una “frode”, rilevante ai sensi del Regolamento UE n. 1083/2006, e se, in caso positivo, sia corretto applicare un tasso di rettifica del 100%.

40. Come precisato nelle premesse, l'opera “S.S. 96. Progetto dei lavori di ammodernamento con adeguamento alla sez. III CNR del tronco fine Variante di Toritto – Modugno, compreso la Variante di Palo del Colle” – Codice SIPONREM 2123-1 – CUP: F91B05000390006” era stata inserita nel PON 2007-2013 e la relativa ammissibilità a finanziamento, a valere sul bilancio generale dell'Unione, non è mai stata contestata; tale opera, inoltre, è stata realizzata ed ultimata regolarmente. Quindi, da questo punto di vista, il Collegio non ravvisa un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione, quantomeno per quel che riguarda l'utilizzazione del contributo per un fine inesistente o diverso da quello stabilito.

41. Nulla si sa, inoltre, circa il se e il come sia stato turbato il processo di valutazione delle offerte tecniche nel corso della gara d'appalto finalizzata all'affidamento dell'opera: l'unica “irregolarità” di cui è stato raggiunto un principio di prova sarebbe quella insita nella condotta del legale rappresentante della Aleandri S.p.A. di influire sul procedimento di decisione, corrompendo alcuni dei membri della commissione giudicatrice.

42. Tale principio di prova emergerebbe dalla sentenza del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Roma n. 2095 del 28 novembre 2018, che però è stata resa a seguito di una procedura (c.d. “patteggiamento”, o “applicazione della pena su richiesta della parte”), che è frutto di una scelta processuale dei funzionari corrotti e che non è opponibile al legale rappresentante della Aleandri S.p.A. (presunto corruttore), perché nei suoi confronti il processo penale è

ancora pendente e potrebbe essere definito con una sentenza di proscioglimento per non aver commesso il fatto. Dunque, allo stato, non si può ritenere pienamente raggiunta la prova del fatto che il legale rappresentante della Aleandri S.p.A. ha corrotto alcuni membri della commissione di gara, per assicurarsi l'aggiudicazione della gara BA04/12, finalizzata all'aggiudicazione dei lavori di ammodernamento del tratto finale Variante Toritto-Modugno e variante di Palo del Colle – SS 96 Barese.

43. Ma anche se si potesse ritenere raggiunta la prova di tale condotta, tale constatazione non giustificherebbe, a posteriori, la declaratoria di illegittimità di tale aggiudicazione. Come già precisato quella gara, conclusasi nel 2012, si è svolta nel vigore del Decreto Legislativo n. 163/2006, il cui art. 38, nel disciplinare i casi di esclusione di un operatore economico, non vi includeva la condotta dell'operatore economico che avesse tentato di influire sul processo decisionale. A tale proposito va precisato che il Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5704; Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2017, n. 1), nel vigore del citato Decreto Legislativo n. 163/2006, attuativo della Direttiva 2004/18/CE, ha escluso che gli estremi del grave errore professionale possano essere ricavati da procedimenti penali nei confronti di esponenti dell'impresa concorrente, *“per i rischi di sovrapposizione tra la causa ostativa di cui alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 con quella autonoma prevista dalla lettera c) della medesima disposizione, per il rischio di violazione del principio di tassatività della cause di esclusione”*:

44. Dunque, applicando il quadro normativo italiano vigente all'epoca dei fatti, il Collegio non è in grado di affermare, sia pure in via meramente incidentale, che l'aggiudicazione della gara ANAS n.

BA04/12, a favore di Aleandri S.p.A., sia stata illegittima in ragione della condotta corruttiva tenuta dal legale rappresentante di tale società.

45. E' tuttavia possibile che il quadro normativo italiano, come sopra descritto, non sia conforme alla Direttiva 2004/18/CE, vigente all'epoca dei fatti, laddove l'art. 45, comma 2, lett. d) della predetta direttiva debba essere interpretato nel senso che nel concetto di "*errore grave commesso nel corso dell'attività professionale*" dall'operatore economico debbano ricomprendersi anche le condotte dirette ad influenzare il processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, come lo è un atto di corruzione o di turbamento degli incanti: il Collegio, in effetti, dubita che tale interpretazione sia quella corretta, considerando che la Direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, comma 4, lett. i), ha esplicitamente stabilito che tali condotte debbono essere causa di esclusione dalla gara dell'operatore economico, indipendentemente dalla rilevanza penale dei fatti, e che tale previsione potrebbe essere meramente ricognitiva di un principio già immanente nel sistema nel vigore della Direttiva 2004/18/CE.

46. Oltre a quanto sin qui rilevato il Collegio osserva che nel caso di specie è anche dubbio che vi sia stato pregiudizio al bilancio dell'Unione, in relazione al fatto che l'offerta vincitrice (cioè quella del Raggruppamento Aleandri-CCC) non sarebbe quella che realizza il miglior rapporto tra offerta tecnica ed economica.

47. Il Collegio osserva che il concetto di "irregolarità", che emerge dalla lettura combinata delle norme europee sopra richiamate, sembrerebbe richiedere il necessario riscontro di un pregiudizio, quantomeno potenziale, al bilancio generale dell'Unione, in particolare mediante "*imputazione di spese indebite*".

48. Anche per quanto riguarda le irregolarità consistenti in una “frode” è richiesto un pregiudizio, che deve manifestarsi nella “percezione illecita” o nella “ritenzione illecita” di fondi provenienti dal bilancio generale dell’Unione Europea, ovvero nell’utilizzazione dei fondi per fini diversi da quelli per cui sono stati concessi: questa seconda ipotesi non sembra ricorrente, nel caso di specie, per le ragioni già sopra evidenziate.

49. La Decisione della Commissione n 9527 del 19 dicembre 2013 - laddove essa stabilisce che “Una rettifica finanziaria del 100% può essere applicata per i casi più gravi, quando l’irregolarità favorisce determinati offerenti/candidati o è connessa a una frode accertata da un’autorità giudiziaria o amministrativa competente” – sembra lasciar intendere che i concetti di “spesa indebitamente imputata” al bilancio generale dell’Unione Europea, di “indebita percezione” e di “indebita ritenzione” di fondi provenienti dal bilancio medesimo, debbano essere interpretati nel senso di comprendervi anche quelle situazioni in cui i fondi europei, benché effettivamente utilizzati per lo scopo previsto inizialmente, sono stati tuttavia erogati ad un soggetto che non era quello legittimato a riceverli, ad esempio per la ragione che non avrebbe potuto rendersi affidatario del relativo appalto; l’inciso in esame, inoltre, sembra attribuire rilevanza a qualsiasi condotta con cui si sia inteso “favorire” un determinato operatore economico, indipendentemente dalla prova che tale condotta sia stata effettivamente posta in essere o che abbia effettivamente contribuito a far ottenere, a quell’operatore, l’erogazione di fondi europei o di altri benefici.

50. Il Collegio dubita che tale interpretazione, fornita dalla Commissione nella Decisione n. 9527 del 19 dicembre 2013, possa non essere completamente aderente alle norme di riferimento, e ciò per varie ragioni.

51. Anzitutto per il fatto che le norme di riferimento non evocano specificamente la situazione in cui i fondi europei siano stati percepiti ed utilizzati da un soggetto diverso da quello legittimato.

52. In secondo luogo il Collegio dubita che le “irregolarità”, in tutte le loro forme, comprese le frodi, presuppongano che a carico del bilancio generale dell’Unione siano riscontrati esborsi di danaro che senza le “irregolarità” non sarebbero stati in nessun caso erogati: se ciò è corretto non pare giustificarsi la revoca, al 100%, del contributo relativo ad un’opera ammissibile, che è stata regolarmente portata a termine.

53. Il Collegio rileva, ancora, che gli articoli 98 e 99 del Regolamento UE n. 1083/2006 stabiliscono che la Commissione, nel determinare l’entità delle rettifiche finanziarie, “*tiene conto della natura e della gravità dell’irregolarità, nonché dell’ampiezza e delle implicazioni finanziarie delle carenze riscontrate nel programma operativo...*”; inoltre, nel Regolamento UE n. 1303/2013 è stata aggiunta (agli articoli 144 e 145) la precisazione secondo cui le suddette decisioni devono essere prese nel rispetto del principio di proporzionalità.

54. Il Collegio si chiede, in particolare, se le norme appena citate non sottendano il principio per cui la revoca di un contributo, e la correlativa rettifica finanziaria della Commissione, debbano porre rimedio a un danno effettivo, ragione per cui se l’irregolarità/frode sia consista solo nel fatto che sarebbe stato indebitamente favorito

un soggetto, la quota di contributo da restituire dovrebbe rispecchiare il danno economico effettivamente subito dall'Unione Europea.

55. Del resto, la stessa Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013 prevede un tasso di rettifica massimo del 25% per l'ipotesi in cui *“i criteri di aggiudicazione (o i rispettivi sottocriteri o le ponderazioni) indicati nel bando di gara o nel capitolato d'onere non sono stati rispettati, il che ha comportato l'applicazione di criteri di selezione o di aggiudicazione illegali.”*: trattasi, a ben vedere, di una ipotesi che può condurre al risultato - simile a quello che si sospetta sia avvenuto nel caso oggetto del giudizio - di aggiudicare l'appalto al soggetto che non vi avrebbe diritto, e che tra l'altro prescinde dalla intenzionalità, o meno, della condotta.

56. Infine, il Collegio rileva che la Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013, nella misura in cui consente l'applicazione di un tasso di rettifica del 100% in presenza di qualsiasi condotta tesa a “favorire” un operatore economico, anche laddove manchi la dimostrazione che una simile condotta si sia effettivamente concretizzata o abbia effettivamente favorito l'operatore economico, finisce per far assumere al provvedimento di revoca del contributo una valenza punitiva e sanzionatoria: tuttavia dal Regolamento n. 2988/1995 si evince chiaramente che sussiste un'ontologica distinzione tra la revoca dei contributi e le sanzioni che debbono conseguire al riscontro di determinate “frodi”.

D – FORMULAZIONE DEI QUESITI.

57. Alla luce delle considerazioni che precedono il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione I, sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i seguenti quesiti:

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

II) se l'art. 45, comma 2, lett. d) della Direttiva 2004/187CE osti ad una norma, come l'art. 38, comma 1, lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006, che non consente di escludere dalla gara l'operatore economico che abbia tentato di influire sul processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, in particolare quando il tentativo sia consistito nella corruzione di alcuni componenti la commissione di gara;

III) in caso di risposta positiva a uno o entrambi i quesiti che precedono, si chiede se le norme richiamate debbano essere interpretate nel senso che impongono sempre la revoca del contributo, da parte dello Stato membro, e la rettifica finanziaria, da parte della Commissione, al 100%, nonostante tali contributi siano

stati comunque utilizzati per il fine per cui erano destinati e per un'opera ammissibile al finanziamento europeo ed effettivamente realizzata;

IV) nel caso in cui la risposta al quesito sub III) sia negativa, ovvero nel senso che non è imposta una revoca del contributo, o una rettifica finanziaria del 100%, si chiede se le norme richiamate al punto I), ed il rispetto del principio di proporzionalità, consentano di determinare la revoca del contributo e la rettifica finanziaria tenendo conto del danno economico effettivamente cagionato al bilancio generale dell'Unione Europea: in particolare si chiede se, in una situazione tale quella oggetto del presente giudizio, le “*implicazioni finanziarie*”, ai sensi dell'art. 98, comma 3, del Regolamento UE n. 1083/2006, possano essere stabilite in via forfettaria, mediante applicazione dei criteri indicati nella tabella sub paragrafo 2 della Decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013.

E – RILEVANZA DELLE QUESTIONI CON RIFERIMENTO AL CASO DI SPECIE.

58. ANAS, nei motivi di ricorso, sostiene che nel caso di specie non è ravvisabile una “*imputazione di spese indebite al bilancio generale dell'Unione Europea*”, e ciò sia perché non v'è prova che il Raggruppamento Aleandri-CCC abbia acquisito illecitamente l'appalto, sia perché non v'è prova di alcun pregiudizio a carico del bilancio generale dell'Unione Europea.

59. Il quesito formulato sub I serve a stabilire se ai fini della corretta applicazione delle norme indicate in premessa, che tutelano il bilancio dell'Unione Europea, il concetto di “irregolarità” e di “frode”, si estenda anche alle situazioni in cui sussiste il mero

sospetto, o una prova non piena, circa il fatto che siano state poste in essere condotte che abbiano determinato l'attribuzione, ad un soggetto, di un contributo che non gli sarebbe altrimenti spettato.

60. Il quesito sub II, più in dettaglio, serve a stabilire se il comportamento del legale rappresentante della Aleandri S.p.A. sospettato di aver corrotto alcuni membri della commissione giudicatrice, possa essere considerato, da solo, quale causa di illegittimità dell'aggiudicazione della gara ANAS n. BA04/12.

61. Entrambi i quesiti sub I e II sono in definitiva funzionali a stabilire se l'appalto per la gara citata sia stato "illecitamente acquisito" dalla Aleandri S.p.A., cosa che ANAS, con i motivi di ricorso, contesta.

62. Il quesito sub III) é invece funzionale a stabilire cosa debba intendersi per "pregiudizio" alle finanze della Unione, e se un simile pregiudizio possa apprezzarsi anche nel caso in cui il contributo sia stato utilizzato per un'opera ammissibile, inserita nel PON e correttamente realizzata e portata a termine, e se in tal caso la revoca debba necessariamente essere disposta per l'intero importo: la risposta negativa al quesito III comporterebbe, dunque, l'accoglimento del ricorso.

63. Il quesito IV), invece, è destinato a verificare la fondatezza del motivo con cui ANAS ha sostenuto che la revoca del contributo avrebbe potuto e dovuto essere determinata con applicazione di un tasso di rettifica inferiore, eventualità che l'Autorità di Gestione non ha preso in considerazione: anche in questo caso un chiarimento della Corte che consentisse di ritenere corretto un tasso di rettifica

inferiore consentirebbe a questo Giudice di annullare l'atto impugnato nella parte relativa alla sanzione, affinché l'Autorità di Gestione provveda a rideterminarla.

F – CONCLUSIONE.

64. 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.

65. Visto l'art. 79 cod. proc. amm. e il punto 25 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. i punti 11 e 32 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima):

- a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO