

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ATHANASIOS RANTOS

presentate il 15 dicembre 2022

Causa C-545/21

ANAS SpA

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Fondi strutturali – Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) – Regolamento (CE) n. 1083/2006 – Articolo 2, punto 7 – Nozione di “irregolarità” – Presunte condotte idonee a favorire un operatore economico nell’ambito di una procedura d’aggiudicazione – Articolo 98, paragrafi 1 e 2 – Rettifiche finanziarie da parte degli Stati membri – Appalti di lavori pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) – Motivi di esclusione facoltativi – Errore grave nell’esercizio dell’attività professionale»

Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta dal Tribunale amministrativo per il Lazio (Italia) nell’ambito di una controversia tra la società Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (in prosieguo: l’«ANAS») ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Italia) in merito ad un provvedimento del Ministero medesimo di recupero delle somme erogate all’ANAS nell’ambito di un progetto volto alla realizzazione di lavori cofinanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), per irregolarità nell’aggiudicazione di un appalto pubblico.

2. In sostanza, i quesiti pregiudiziali sollevati dal giudice del rinvio vertono, in primo luogo, sull’interpretazione della nozione di «irregolarità», ai sensi del regolamento (CE) n. 1083/2006 (2), con riguardo ad atti o a tentativi di corruzione nei confronti di una commissione di gara nell’ambito dell’esecuzione di lavori finanziati con fondi dell’Unione, in secondo luogo, sulla trasposizione nell’ordinamento italiano dell’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE (3), relativo ai motivi di esclusione di un offerente della procedura di aggiudicazione e, in terzo luogo, sui criteri di determinazione dell’importo della rettifica finanziaria applicabile in caso di irregolarità.

Il contesto normativo

Il diritto dell’Unione

Il regolamento n. 1083/2006

3. L’articolo 1 del regolamento n. 1083/2006, intitolato «Oggetto», così dispone:

«Il presente regolamento stabilisce le norme generali che disciplinano il [FESR] e il Fondo sociale europeo (FSE) (di seguito: “Fondi strutturali”) e il Fondo di coesione, fatte salve le disposizioni specifiche stabilite nei regolamenti (CE) n. 1080/2006 (4), (CE) n. 1081/2006 (5) e (CE) n. 1084/2006 (6).

Esso definisce gli obiettivi a cui i Fondi strutturali e il Fondo di coesione (di seguito: “i Fondi”) devono contribuire, i criteri di ammissibilità per gli Stati membri e le regioni, le risorse finanziarie disponibili e i criteri per la loro ripartizione.

Esso definisce inoltre il contesto in cui si inserisce la politica di coesione, inclusi il metodo di fissazione degli orientamenti strategici comunitari per la coesione, il quadro di riferimento strategico nazionale ed il processo di verifica a livello comunitario.

A tal fine, il presente regolamento stabilisce i principi e le norme in materia di partenariato, programmazione, valutazione, gestione (compresa la gestione finanziaria), sorveglianza e controllo sulla base di una ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri e la Commissione».

4. A termini del successivo articolo 2, punto 7:

«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 [dell'Unione europea] mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio generale».

5. Il successivo articolo 9, paragrafo 5, così recita:

«Le operazioni finanziate dai Fondi sono conformi alle disposizioni del trattato e degli atti adottati in virtù di esso».

6. L'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del medesimo regolamento così dispone:

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

(...)

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».

7. Ai sensi del successivo articolo 98:

«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.

(...)».

La direttiva 2004/18

8. A termini dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18:

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

(...)

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

Il diritto italiano

9. Ai sensi dell'articolo 38, primo comma, lettere c) e f), del decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, del 12 aprile 2006 (7):

«Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né 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 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».

Procedimento principale, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

10. Nell'ambito del programma operativo nazionale «Reti e mobilità» per gli anni 2007-2013, approvato dalla Commissione europea, veniva concesso all'ANAS un finanziamento per la realizzazione di un progetto di lavori di ammodernamento di una strada.

11. Nel corso del 2012, in esito ad una procedura di gara ristretta fondata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ANAS, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, attribuiva l'appalto pubblico per l'esecuzione di tali lavori ad un raggruppamento temporaneo di imprese composto dalla Aleandri SpA e dalla CCC Società Cooperativa; tali lavori nel frattempo sono stati realizzati.

12. A seguito di un'indagine penale per corruzione disposta, nel corso del 2020, nei confronti, rispettivamente, di tre funzionari dell'ANAS, di cui due membri della commissione di gara, della Aleandri e del suo legale rappresentante (8), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti disponeva il recupero delle somme già erogate all'ANAS a titolo di finanziamento del progetto in questione e dichiarava non dovuto il residuo importo, essendo l'attribuzione dell'appalto in questione viziata da «irregolarità» fraudolenta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 7, del regolamento n. 1083/2006, nonché degli articoli 4 e 5 del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 (9).

13. Con il proprio ricorso dinanzi al giudice del rinvio, l'ANAS chiede l'annullamento di detto provvedimento, deducendo di non essere stata oggetto di alcuna condanna (10), che non vi sarebbe prova alcuna del fatto che l'Aleandri abbia ottenuto illegalmente l'appalto di cui trattasi e che non potrebbe esserle imputata alcuna condotta illecita da parte dei membri della commissione di gara. Inoltre, i lavori in questione sono stati realizzati, ragion per cui non sussisterebbe alcun nesso tra l'irregolarità o la frode presunta e le spese finanziate nell'ambito del bilancio generale dell'Unione.

14. Il giudice del rinvio rileva che le opere in questione sono state ritenute idonee a beneficiare del finanziamento in base al bilancio generale dell'Unione, che esse sono state regolarmente realizzate e che si ignora se la procedura di gara sia stata turbata dalle condotte oggetto delle menzionate indagini penali. Conseguentemente, il giudice medesimo si interroga, in sostanza, sulla nozione di «irregolarità», ai sensi del regolamento n. 1083/2006 e sulle modalità di determinazione della rettifica finanziaria da applicare a fronte di un'irregolarità del genere, nonché sulla compatibilità della normativa nazionale con l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, relativo all'esclusione facoltativa dalla partecipazione ad un appalto pubblico di un offerente che abbia commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale.

15. Ciò premesso, il Tribunale amministrativo per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del [regolamento n. 1083/2006], l'articolo 27, lettera c), del regolamento (CE) n. 1828/2006 [(11)], l'articolo 1 della [convenzione elaborata in base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmata a Bruxelles il 26 luglio 1995 (12)], l'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95 e l'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della [direttiva (UE) 2017/1371 (13)], debbano essere interpretati nel senso che le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrano sempre nella nozione di «irregolarità» o «frode», costituendo pertanto base giuridica per la revoca del contributo, anche quando non vi sia la prova piena che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero non vi sia la prova piena che siano state determinanti nella scelta del beneficiario;

2) Se l'articolo 45, paragrafo 2, [primo comma], lettera d), della [direttiva 2004/18] osti ad una norma, come l'articolo 38, comma 1, lettera 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;

3) 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;

4) Nel caso in cui la risposta al terzo quesito 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 nella prima questione 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'articolo [99], paragrafo 3, del regolamento n. 1083/2006 (14), possano essere stabilite in via forfettaria, mediante applicazione dei criteri indicati nella tabella sub paragrafo 2 [dell'allegato alla] decisione della Commissione C (2013) 9527, del 19 dicembre 2013 (15) [intitolato "Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie da applicare alle spese finanziate dall'Unione in caso di mancato rispetto delle norme applicabili in materia di appalti pubblici" (in prosieguo: gli "Orientamenti del 2013")]]».

16. Osservazioni scritte sono state depositate dall'ANAS, dal governo italiano e dalla Commissione. La Corte ha deciso di statuire senza udienza di discussione, ai sensi dell'articolo 76, paragrafo 2, del proprio regolamento di procedura.

Analisi

Sulla prima questione pregiudiziale

17. Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1083/2006, l'articolo 27, lettera c), del regolamento n. 1828/2006, l'articolo 1 della Convenzione PIF, l'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95 e l'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2017/1371 debbano essere interpretati nel senso che condotte atte a favorire un operatore economico nel corso di una procedura d'attribuzione di un appalto pubblico rientrano nella nozione di «irregolarità» o di «frode» costituendo, quindi, il fondamento normativo che giustifica la revoca del contributo, anche quando tali condotte ovvero la loro incidenza sulla procedura di selezione non siano state pienamente dimostrate.

18. In limine, sebbene il giudice del rinvio menzioni le nozioni di «irregolarità» e di «frode», sono dell'avviso, al pari della Commissione, che l'analisi debba concentrarsi sulla questione se le condotte in questione rientrino nella nozione di «irregolarità», che include quella, più ristretta, di «frode» (16). Ritengo peraltro opportuno esaminare la prima questione pregiudiziale alla luce non solo dell'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1083/2006 e dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95, menzionati dal giudice del rinvio, bensì parimenti e principalmente dell'articolo 2, punto 7, del regolamento medesimo, relativo alla nozione di «irregolarità» (17).

19. Ciò precisato, ricordo che il regolamento n. 1083/2006, a termini del suo articolo 1, stabilisce, segnatamente, le norme di gestione, di sorveglianza e di controllo delle operazioni sostenute, a livello finanziario, dai Fondi, sulla base di una ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri e la Commissione (18). Inoltre, ai sensi, segnatamente, dell'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del regolamento medesimo, gli Stati membri sono responsabili della gestione e del controllo dei programmi operativi e, in particolare, prevengono, individuano e correggono le «irregolarità» e recuperano gli importi indebitamente versati.

20. A tal fine, a norma dell'articolo 2, punto 7, del regolamento stesso, nella nozione di «irregolarità» nel contesto, segnatamente, del FESR ricade qualsiasi violazione di una disposizione del diritto dell'Unione derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio generale (19). Più in particolare, la Corte ha precisato che l'esistenza di un'irregolarità di tal genere presuppone il ricorrere di tre elementi, vale a dire, in primo luogo, l'esistenza di una violazione del diritto dell'Unione, in secondo luogo, che la violazione tragga origine da un'azione o da un'omissione di un operatore economico e, in terzo luogo, l'esistenza di un pregiudizio, attuale o potenziale, arrecato al bilancio dell'Unione (20).

21. A tal riguardo, quanto, in primo luogo, all'esistenza di una violazione del diritto dell'Unione, dall'articolo 9, paragrafo 5, del regolamento n. 1083/2006, risulta che l'Unione finanzia, mediante i suoi Fondi, solo azioni attuate in completa conformità al diritto dell'Unione, ivi comprese le norme applicabili in materia di appalti pubblici (21). La Corte ha inoltre dichiarato che l'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 concerne non soltanto le violazioni di una disposizione del diritto dell'Unione in quanto tale, ma altresì le violazioni delle disposizioni del diritto nazionale che sono applicabili alle operazioni sostenute dai Fondi strutturali e contribuiscono, in tal modo, a garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione relativo alla gestione dei progetti finanziati tramite tali Fondi (22).

22. A tal proposito, per quanto attiene, anzitutto, all'individuazione delle disposizioni violate, rammento che, conformemente all'articolo 2 della direttiva 2004/18 e alle corrispondenti norme nazionali, le amministrazioni aggiudicatrici devono trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agendo con trasparenza. Inoltre, da ben consolidata giurisprudenza della Corte risulta, parimenti, che, con riguardo agli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta al rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti (23).

23. Come rilevato dalla Commissione, mi sembra che una condotta, come quella contestata a taluni funzionari dell'ANAS, consistente nell'aver accettato somme di denaro dall'impresa aggiudicataria al fine di favorire l'attribuzione dell'appalto alla medesima, costituisca, quanto meno, una violazione dei principi di parità di trattamento nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto (24), a prescindere dalla circostanza di aver effettivamente perturbato la procedura di gara in questione (25).

24. Inoltre, l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 consente all'amministrazione aggiudicatrice di escludere dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che sia incorso in un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale. A mio parere, la sussistenza di un motivo di esclusione di tal genere, facoltativo ma previsto nell'ordinamento italiano dall'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006, sarebbe parimenti costitutiva, laddove sia confermata dal giudice del rinvio (26), di una violazione ai sensi della giurisprudenza richiamata supra al paragrafo 21.

25. Il giudice del rinvio solleva poi dubbi in merito al livello della prova richiesta ai fini dell'accertamento della sussistenza di una violazione e, quindi, di un'irregolarità, sottolineando che, nella specie, la condotta contestata e la sua incidenza sull'attribuzione dell'appalto non sarebbero state pienamente provate.

26. A tal riguardo, è sufficiente rilevare che, in assenza di disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno dei singoli Stati membri disciplinare le modalità procedurali delle azioni giurisdizionali dirette a garantire la salvaguardia dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione ai singoli, ivi compreso il livello della prova necessaria ai fini dell'accertamento di un'irregolarità, sempreché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività (27).

27. Tale rilievo, già decisivo per quanto attiene ai principi di parità di trattamento e di trasparenza richiamati supra al paragrafo 22, trova espresso riconoscimento nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, il quale, ammettendo che sia rilevante nel caso di specie (28), consente all'amministrazione aggiudicatrice di escludere dalla partecipazione all'appalto qualsiasi operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con «qualsiasi mezzo di prova» dall'amministrazione aggiudicatrice stessa (29).

28. Nella specie, mi limito ad osservare che, come correttamente rilevato dalla Commissione, l'esclusione per errore grave nell'esercizio di attività professionale dev'essere fondata su un accertamento autonomo, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in ordine all'esistenza di una tale condotta non professionale, basato su qualsiasi mezzo di prova e, eventualmente, su elementi risultanti da un procedimento penale, senza, tuttavia, automaticità. A tal riguardo la Corte ha precisato che una decisione di natura giurisdizionale, ancorché non definitiva, può fornire all'amministrazione aggiudicatrice, a seconda dell'oggetto della decisione stessa, un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione sia comunque soggetta a controllo giurisdizionale (30). Le stesse considerazioni si applicano, a mio avviso, ai principi di parità di trattamento e di trasparenza richiamati supra al paragrafo 22.

29. In secondo luogo, la circostanza che una violazione di tal genere del diritto dell'Unione o del diritto nazionale debba derivare da un'azione o da un'omissione di un operatore economico non è rimessa in discussione nella specie.

30. Rilevo, in ogni caso, che l'ANAS costituisce certamente un «operatore economico» (31) e che la nozione di «azione o omissione» non necessita di un elemento soggettivo. La Corte ha, infatti, sottolineato che, se la definizione della nozione di «irregolarità» di cui all'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 nulla precisa in merito alla natura dolosa o colposa della condotta del beneficiario in questione, tale natura non può essere considerata quale elemento indispensabile affinché un'irregolarità, ai sensi della disposizione medesima, possa essere accertata (32).

31. In terzo luogo, quanto alla sussistenza di pregiudizio causato al bilancio dell'Unione per effetto dell'omissione, dall'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 emerge che una violazione del diritto dell'Unione o della normativa nazionale applicabile alle operazioni sostenute dai Fondi costituisce un'«irregolarità», ai sensi della disposizione medesima, qualora abbia o possa avere come conseguenza di causare un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione per effetto dell'imputazione al bilancio stesso di una spesa indebita.

32. Il giudice del rinvio sottolinea che, nella specie, non risulta provato che il bilancio dell'Unione abbia subito un pregiudizio.

33. La Corte ha, tuttavia, interpretato tale disposizione nel senso che una violazione delle norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici costituisce un'irregolarità, ai sensi della disposizione medesima, laddove la possibilità che la violazione possa aver prodotto effetti sul bilancio del Fondo de quo non possa essere esclusa, senza che sia richiesta la prova della sussistenza di un effetto finanziario preciso (33).

34. Nella specie, ritengo che una condotta come quella esposta dal giudice del rinvio, che implica, quantomeno, la violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, sia atta a perturbare illegittimamente la procedura di gara in questione, favorendo l'impresa aggiudicataria. Orbene, senza che occorra dimostrare l'esistenza di una reale perdita finanziaria, non può escludersi che, in assenza di tale condotta, la gara sarebbe stata attribuita ad un altro aggiudicatario ovvero a condizioni più favorevoli per il bilancio dell'Unione, il che, conformemente alla giurisprudenza richiamata al paragrafo precedente, integra la terza condizione indicata nella giurisprudenza richiamata supra al paragrafo 20.

35. In conclusione, suggerisco di rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 2, punto 7, e l'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1083/2006 devono essere interpretati nel senso che una condotta la quale, ad avviso delle autorità competenti, risulti potenzialmente idonea a favorire un operatore economico nell'ambito di una procedura di aggiudicazione rientra nella nozione di «irregolarità», derivandone, in linea generale, la revoca del vantaggio indebitamente conseguito, a condizione che non possa essere esclusa la possibilità che tale condotta abbia prodotto effetti sul bilancio del Fondo interessato.

Sulla seconda questione pregiudiziale

36. Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 osti ad una disposizione quale l'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006, che non consente di escludere dalla procedura d'aggiudicazione l'operatore economico che abbia tentato di influenzare il processo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, in particolare qualora il tentativo sia consistito nel corrompere i membri della commissione di gara.

37. L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 contempla i motivi di esclusione di un offerente dalla procedura d'aggiudicazione, disponendo che può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che abbia commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale, accertato dall'amministrazione aggiudicatrice con qualsiasi mezzo di prova.

38. Trasponendo tale disposizione nell'ordinamento italiano, l'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006 esclude, segnatamente, da qualsiasi partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi coloro che abbiano commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale, che l'amministrazione aggiudicatrice può accertare con qualsiasi mezzo di prova.

39. Se il giudice del rinvio interpreta tale disposizione nel senso che non consentirebbe di escludere dalla procedura di aggiudicazione l'operatore economico che abbia tentato di influenzare il processo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente mediante tentativi di corruzione, il governo italiano e la Commissione sembrano essere invece dell'avviso che, secondo la giurisprudenza e la prassi amministrativa italiane, la disposizione de qua consenta di includere nella nozione di

«errore grave» i tentativi diretti ad influenzare il processo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice (34).

40. A tal riguardo, da un lato, ricordo che la giurisprudenza della Corte lascia al legislatore nazionale un margine di manovra in ordine alle modalità di trasposizione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 (35).

41. Dall'altro, mi sembra che il tenore dell'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006, al pari dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, sia formulato in termini molto ampi e traduca, essenzialmente, la nozione di «errore grave nell'ambito dell'attività professionale accertato con qualsiasi mezzo» con quella, analoga, di «errore grave nell'esercizio dell'attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova» (36); a ciò si aggiunge il fatto, rilevato dalla Commissione, che la disposizione nazionale in questione si presta facilmente, in considerazione della sua ampia formulazione, ad un'interpretazione conforme alla disposizione da essa trasposta (37).

42. Pertanto, senza voler incidere sulla competenza del giudice del rinvio quanto all'interpretazione del diritto nazionale, mi sembra che il tenore della disposizione di trasposizione sia conforme alla disposizione trasposta (38).

43. La rilevanza della questione sollevata dal giudice nazionale non è peraltro evidente, in quanto dagli atti di causa sottoposti alla Corte non emerge chiaramente che l'«irregolarità» accertata nella specie dalle autorità competenti sia connessa ad una violazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, come trasposto all'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006, che avrebbe dovuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere dalla procedura d'appalto l'offerente successivamente divenuto aggiudicatario dell'appalto medesimo (39). Infatti, come sottolineato dalla Commissione, risulta difficile immaginare l'esistenza, nella specie, di un'«irregolarità» da parte dell'ANAS per non aver escluso dalla procedura d'appalto l'offerente in questione per un errore grave compiuto nell'esercizio della propria attività professionale accertato ben dopo l'aggiudicazione dell'appalto stesso.

44. Ricordo, tuttavia, che, secondo costante giurisprudenza, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione poste dal giudice nazionale nel quadro normativo e fattuale che questi definisce sotto la propria responsabilità e di cui non spetta alla Corte verificare l'esattezza, beneficiano di una presunzione di rilevanza (40) e che, nella specie, non risulta manifestamente che la richiesta interpretazione della disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi sia priva di alcun nesso con il contesto di fatto o con l'oggetto del procedimento principale.

45. In conclusione, propongo di rispondere alla seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio e in considerazione dell'obbligo d'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme alle finalità della disposizione medesima, ad una normativa nazionale che escluda da qualsiasi partecipazione alle procedure di aggiudicazione di concessioni e di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi i soggetti che abbiano commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato dall'amministrazione aggiudicatrice con qualsiasi mezzo.

Sulle questioni pregiudiziali terza e quarta

46. Con le questioni pregiudiziali terza e quarta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se, in caso di «irregolarità», le disposizioni richiamate nella prima e nella seconda questione debbano essere interpretate nel senso che impongono sempre allo Stato membro l'applicazione di una rettifica finanziaria al tasso del 100% e, nell'ipotesi di risposta negativa, quali siano i criteri di determinazione del tasso di rettifica, in considerazione di tali regole e del principio di proporzionalità.

47. Più in particolare, il giudice medesimo dubita della compatibilità dell'applicazione del tasso di rettifica finanziaria del 100% con le regole e il principio suindicati, considerato che i contributi di cui trattasi sono stati destinati a lavori che potevano beneficiare del finanziamento europeo e realizzati. Il giudice medesimo si chiede se tale rettifica finanziaria non debba essere piuttosto determinata tenendo conto del pregiudizio economico causato al bilancio generale dell'Unione e se le implicazioni finanziarie delle carenze accertate (41) possano essere determinate in via forfettaria, applicando i criteri indicati nella tavola di cui al punto 2 degli orientamenti del 2013 (42).

48. A termini dell'articolo 98, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1083/2006, una volta accertata un'irregolarità, spetta agli Stati membri procedere alle necessarie rettifiche finanziarie, consistenti nella soppressione totale o parziale del contributo pubblico del programma operativo, determinando l'importo della rettifica da applicare in considerazione di tre criteri, vale a dire la natura dell'irregolarità accertata, la sua gravità e la perdita finanziaria che ne risulta per il Fondo interessato. Inoltre, qualora si tratti di un'irregolarità isolata e non sistemica, la giurisprudenza della Corte ha precisato che quest'ultimo requisito comporta necessariamente un esame caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze di ogni fattispecie rilevanti alla luce di ognuno dei tre menzionati criteri (43).

49. Per quanto attiene, in primo luogo, alla questione se qualsiasi irregolarità faccia scattare l'obbligo di applicazione di una rettifica finanziaria al tasso del 100%, ritengo che tale interpretazione si porrebbe manifestamente in contrasto con i principi e la giurisprudenza richiamati al paragrafo precedente, che impongono agli Stati membri, nell'infliggere una rettifica finanziaria in conseguenza di un'irregolarità, di tener conto di tutte le circostanze della specie, ivi comprese le conseguenze dell'irregolarità sulla destinazione dei contributi e la realizzazione dei lavori idonei al beneficio del finanziamento (44).

50. Tale conclusione non implica peraltro, a mio parere, l'obbligo di restringere in ogni caso la rettifica finanziaria alla perdita finanziaria subita dal Fondo in questione. Esistono, infatti, situazioni in cui il rischio di subire, nel caso in cui vengano accertate irregolarità, una perdita limitata a concorrenza della quota connessa con l'irregolarità stessa, non produrrebbe effetti dissuasivi. In situazioni di tal genere, la revoca totale del finanziamento potrebbe risultare proporzionata, a prescindere da qualsiasi prova della sussistenza di una corrispondente perdita della quota del Fondo interessato (45) e senza che la circostanza che il progetto sovvenzionato sia stato infine realizzato sia decisiva al riguardo (46).

51. Nella specie, ritengo che atti o tentativi di corruzione che coinvolgano membri della commissione di gara siano idonei a costituire una violazione particolarmente grave e deprecabile (47), a prescindere dall'accertamento delle loro ripercussioni economiche sul bilancio dell'Unione, ragion per cui una condotta del genere è idonea, in linea di principio, a far scattare la rettifica finanziaria al 100% del contributo, la cui valutazione e la cui motivazione spettano, sotto il controllo del giudice del rinvio, all'amministrazione nazionale competente, alla luce delle circostanze della specie e nel rispetto del principio di proporzionalità.

52. Per quanto attiene, in secondo luogo, al calcolo del quantum della rettifica finanziaria, ricordo che gli orientamenti del 2013, richiamati dal giudice del rinvio, nella parte in cui riguardano la determinazione delle rettifiche finanziarie applicate dalla Commissione alle spese finanziate dall'Unione nell'ambito della gestione concorrente in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici, possono parimenti fornire indicazioni qualora gli Stati membri procedano essi stessi alla rettifica delle irregolarità, sebbene non possiedano efficacia vincolante nei loro confronti (48). In particolare, il punto 1.3 degli orientamenti stessi, riguardante i criteri relativi ai tassi di rettifica da applicare, menziona, al primo comma, una serie di rettifiche (del 5%, 10%, 25% e 100%) applicate alle spese relative ad un appalto, in funzione della gravità dell'irregolarità e del principio di proporzionalità nel caso in cui non sia possibile quantificare con precisione le implicazioni finanziarie per l'appalto in questione. Il successivo secondo comma precisa che la gravità di un'irregolarità e l'incidenza finanziaria che ne deriva per il bilancio dell'Unione sono valutate tenendo conto del livello della concorrenza, della trasparenza e della parità di trattamento, ove l'irregolarità è considerata grave qualora la violazione de qua abbia un effetto dissuasivo sui potenziali offerenti o determini l'aggiudicazione di un appalto a un offerente diverso da quello che avrebbe dovuto ottenerlo. Sempre in tale punto viene segnatamente precisato, nel prosieguo, che non si applica alcuna rettifica qualora l'irregolarità presenti carattere puramente formale, senza incidenze finanziarie effettive o potenziali (terzo comma), mentre la rettifica finanziaria del 100% può trovare applicazione per i casi più gravi, quando l'irregolarità favorisca uno o più offerenti o candidati o sia connessa ad una frode accertata da un'autorità giudiziaria o amministrativa competente (sesto comma).

53. Tali orientamenti forniscono, quindi, criteri pertinenti al giudice del rinvio nel calcolo del quantum della rettifica finanziaria, ai fini della sua determinazione tenendo conto della perdita finanziaria causata al bilancio generale dell'Unione, ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 2, del regolamento n. 1083/2006 (49).

54. Suggerisco, in conclusione, di rispondere alle questioni pregiudiziali terza e quarta dichiarando che l'articolo 98 del regolamento n. 1083/2006 dev'essere interpretato nel senso che, se l'esistenza di un'irregolarità, ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento medesimo impone sistematicamente alle competenti autorità nazionali di procedere a rettifica finanziaria, il quantum della rettifica applicabile dev'essere determinato, nel rispetto del principio di proporzionalità, in considerazione di tutte le concrete circostanze pertinenti nella specie, vale a dire, la natura e la gravità dell'irregolarità accertata nonché la perdita finanziaria per il Fondo interessato, senza peraltro obbligare le autorità medesime a limitare in ogni caso la rettifica finanziaria alla perdita finanziaria subita dal Fondo stesso, ragion per cui una violazione particolarmente grave e deprecabile è idonea, in linea di principio, a far scattare la rettifica al 100% del contributo, a prescindere dall'accertamento di qualsiasi ripercussione economica sul bilancio dell'Unione.

Conclusione

55. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali poste dal Tribunale amministrativo per il Lazio (Italia) nei termini seguenti:

1) L'articolo 2, punto 7, e l'articolo 70, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999,

devono essere interpretati nel senso che:

una condotta la quale, ad avviso delle autorità competenti, risulti potenzialmente idonea a favorire un operatore economico nell'ambito di una procedura di aggiudicazione rientra nella nozione di «irregolarità», derivandone, in linea generale, la revoca del vantaggio indebitamente conseguito, a condizione che non possa essere esclusa la possibilità che tale condotta abbia prodotto effetti sul bilancio del Fondo interessato.

2) L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi,

dev'essere interpretato nel senso che:

non osta, in linea di principio e in considerazione dell'obbligo d'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme alle finalità della disposizione medesima, ad una normativa nazionale che escluda da qualsiasi partecipazione alle procedure di aggiudicazione di concessioni e di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi i soggetti che abbiano commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato dall'amministrazione aggiudicatrice con qualsiasi mezzo.

3) L'articolo 98 del regolamento n. 1083/2006

dev'essere interpretato nel senso che:

se l'esistenza di un'«irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, impone sistematicamente alle competenti autorità nazionali di procedere a rettifica finanziaria, il quantum della rettifica applicabile dev'essere determinato, nel rispetto del principio di proporzionalità, in considerazione di tutte le concrete circostanze pertinenti nella specie, vale a dire, la natura e la gravità dell'irregolarità accertata nonché la perdita finanziaria per il Fondo interessato, senza peraltro obbligare le autorità medesime a limitare in ogni caso la rettifica finanziaria alla perdita finanziaria subita dal Fondo stesso, ragion per cui una violazione particolarmente grave e deprecabile è idonea, in linea di principio, a far scattare la rettifica al 100% del contributo, a prescindere dall'accertamento di qualsiasi ripercussione economica sul bilancio dell'Unione.

1 Lingua originale: il francese.

2 Regolamento del Consiglio dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999 (GU 2006, L 210, pag. 25).

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

4 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1783/1999 (GU 2006, L 210, pag. 1).

5 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo al Fondo sociale europeo e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1784/1999 (GU 2006, L 210, pag. 12).

6 Regolamento (CE) n. 1084/2006 del Consiglio, dell' 11 luglio 2006, che istituisce un Fondo di coesione e abroga il regolamento (CE) n. 1164/94 (GU 2006, L 210, pag. 79).

7 Supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006, pag. 1, in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006». Detto decreto, applicabile nel procedimento principale, è stato successivamente abrogato dal decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici, del 18 aprile 2016 (Supplemento ordinario alla GURI n. 91 del 19 aprile 2016).

8 Nell'ambito dell'indagine penale, un funzionario dell'ANAS veniva condannato per corruzione con patteggiamento della pena, mentre per le altre persone implicate le indagini erano ancora in corso al momento del rinvio pregiudiziale. A taluni funzionari dell'ANAS è stato contestato, in particolare, di aver ricevuto somme di denaro da parte dell'impresa aggiudicataria al fine di favorire l'attribuzione dell'appalto.

9 Regolamento del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (GU 1995, L 312, pag. 1).

10 L'ANAS deduce, peraltro, che la sentenza di condanna di uno dei propri funzionari per corruzione non produrrebbe effetti extra-penalì, essendo stata pronunciata in base a patteggiamento.

11 Regolamento della Commissione dell'8 dicembre 2006, che stabilisce 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 (GU 2006, L 371, pag. 1, e rettifica in GU 2007, L 45, pag. 3).

12 GU 1995, C 316, pag. 48 (in prosieguo: la «Convenzione PIF»).

13 Direttiva 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 (GU 2017, L 198, pag. 29).

14 Il giudice del rinvio cita erroneamente l'articolo 98, paragrafo 3, di detto regolamento. V. parimenti infra la nota a piè di pagina 41.

15 Decisione 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.

16 Mi sembra, infatti, che la nozione di «irregolarità» includa qualsivoglia violazione delle norme dell'Unione e nazionali (v. infra, paragrafo 21), ivi comprese quelle inerenti nozione di «frode». Quest'ultima nozione esige, peraltro, l'intenzionalità dell'atto o dell'omissione e necessita di un accertamento giudiziario di natura penale, elementi che non emergono dai fatti della specie, quali esposti dal giudice del rinvio.

17 Per contro, le altre disposizioni menzionate dal giudice del rinvio, ossia l'articolo 27, lettera c), del regolamento n. 1828/2006, l'articolo 1 della convention PIF e l'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2017/1371, non sono pertinenti al riguardo, in quanto attengono alla sola nozione di «frode».

18 V., al riguardo, la sentenza del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punto 46 e giurisprudenza citata). Il considerando 65 del regolamento n. 1083/2006 precisa che, conformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, la responsabilità primaria dell'attuazione e del controllo degli interventi grava sugli Stati membri.

19 In termini analoghi, l'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95 dispone, sostanzialmente, che un'irregolarità consiste in qualsiasi violazione di una disposizione del diritto dell'Unione risultante da un'azione o da un'omissione che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione ovvero ai bilanci da essa gestiti, sia per effetto della riduzione o del venir meno di entrate provenienti da risorse proprie riscosse direttamente per conto dell'Unione, sia per effetto di una spesa indebita. Va precisato che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, il regolamento n. 2988/95 si limita a fissare norme generali per i controlli e le sanzioni allo scopo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e che il recupero di fondi non correttamente utilizzati deve essere effettuato sul fondamento di disposizioni settoriali (v., in tal senso, sentenza del 26 maggio 2016, Jude?ul Neam? e Jude?ul Bacau, C-260/14 e C-261/14, EU:C:2016:360, punto 32 nonché la giurisprudenza citata). Conseguentemente, per quanto la nozione di «irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 e dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95, esiga un'interpretazione uniforme, considerato che i due regolamenti in questione fanno parte di uno stesso sistema volto a garantire la corretta gestione dei fondi dell'Unione e la tutela degli interessi finanziari della medesima (v., in tal senso, sentenza del 26 maggio 2016, Jude?ul Neam? e Jude?ul Bacau, C-260/14 e C-261/14, EU:C:2016:360, punto 34), nella specie, tale nozione dev'essere interpretata principalmente alla luce del regolamento n. 1083/2006.

20 V. sentenza del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punto 51).

21 V. sentenza del 6 dicembre 2017, Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punto 57 e giurisprudenza citata).

22 V. sentenza del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punto 52 e giurisprudenza citata).

23 V. sentenza del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 108 e giurisprudenza citata).

24 V. articolo 2 della direttiva 2004/18, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti», a termini del quale le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio agendo con trasparenza, nonché la giurisprudenza secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta al rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti (v., in particolare, sentenza del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 108 e giurisprudenza citata).

25 Rilevo, peraltro, sin d'ora che la dimostrazione della sussistenza di qualsivoglia dolo o negligenza da parte dell'aggiudicatario non è necessaria ai fini dell'esistenza di un'«irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, potendosi ritenere che sull'ANAS gravi una responsabilità «oggettiva», fondata sulla responsabilità per i propri dipendenti, come illustrerò infra al paragrafo 30 ed alla nota a piè di pagina 32.

26 Laddove l'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006 sia applicabile nella specie, il che non mi sembra evidente (v., a tal riguardo, l'analisi della seconda questione pregiudiziale).

27 V., per analogia, sentenza del 22 novembre 2012, Cuadrench Moré (C-139/11, EU:C:2012:741, punto 25 e giurisprudenza citata).

28 Infatti, come indicato supra alla nota a piè di pagina 26, dubito che tale disposizione [o, più precisamente, la disposizione nazionale di trasposizione, vale a dire l'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006] trovi applicazione nella specie.

29 A tal riguardo, la Corte ha precisato che l'accertamento di un errore professionale ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 non esige la sussistenza di una decisione passata in giudicato [v., in tal senso, sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 28), e del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 44)].

30 V. sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 47).

31 L'articolo 27, lettera a), del regolamento n. 1828/2006 definisce, infatti, quale «operatore economico» ogni persona fisica o giuridica o qualsiasi altro soggetto che partecipi alla realizzazione di un intervento dei Fondi, ad eccezione degli Stati membri nell'esercizio delle loro prerogative di autorità pubbliche.

32 V., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767), nella quale, in esito, da un lato, ad un'interpretazione sistematica dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 (punti da 59 a 62) e, dall'altro, ad un'interpretazione teleologica del regolamento medesimo (punto 63), e avendo precisato che l'obbligo di restituire un vantaggio indebitamente conseguito per mezzo di un'irregolarità non costituisce una sanzione, bensì la mera conseguenza della constatazione del mancato rispetto delle condizioni richieste ai fini della concessione del beneficio risultanti dalla normativa dell'Unione, rendendo in tal modo indebito il vantaggio conseguito (punto 64, nonché la giurisprudenza citata), la Corte ha concluso, in sostanza, che la dimostrazione di una qualsivoglia intenzionalità o negligenza in capo al beneficiario non è necessaria ai fini dell'esistenza di un'«irregolarità» ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 (punto 65). Tuttavia, quanto all'eventuale imputazione all'ANAS di una responsabilità «oggettiva», fondata sulla responsabilità dei propri funzionari, la Corte ha parimenti precisato che il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti e che, inter alia, un comportamento contrario alla moralità professionale dei medesimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa (v. sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 34).

33 V., in tal senso, sentenze del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punti 44 e 45 nonché la giurisprudenza citata); del 6 dicembre 2017, Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punti 60 e 61), e del 1° ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punto 67).

34 Ad avviso della Commissione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Italia), richiamata dal giudice del rinvio (sentenza n. 5704 del 4 dicembre 2017) non conduce alla conclusione da questi

sostenuta. Il governo italiano richiama, a sostegno della propria interpretazione, altra giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 5299 del 20 novembre 2015), nonché una decisione e linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione che osterebbero all'interpretazione accolta dal giudice del rinvio.

35 Secondo tale giurisprudenza, infatti, l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 non mira ad un'uniformità d'applicazione dei motivi di esclusione ivi indicati a livello dell'Unione, laddove gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali motivi di esclusione ovvero di inserirli nella normativa nazionale con un grado di rigorosità variabile a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale (v. sentenza del 14 dicembre 2016, *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29 e giurisprudenza citata).

36 Rilevo che l'articolo 38, primo comma, lettera f), del decreto legislativo n. 163/2006 riprende lo stesso termine («errore grave») utilizzato nella versione italiana dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, mentre tale disposizione, in altre versioni linguistiche, utilizza un termine differente che rinvia alla nozione di «colpa» (ad esempio, «faute grave» nella versione francese o «grave professional misconduct» nella versione in lingua inglese).

37 Infatti l'esigenza di interpretazione conforme del diritto nazionale, imposta nei limiti di un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale stesso (v., in tal senso, segnatamente, sentenza del 28 aprile 2022, *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punto 50 e giurisprudenza citata), include l'obbligo per i giudici nazionali di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva (v., in tal senso, sentenza del 28 aprile 2022, *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punto 52 e giurisprudenza citata).

38 Tale considerazione non inficia il principio secondo cui la portata di una disposizione del diritto nazionale deve essere determinata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali (v. in tal senso, segnatamente, sentenza del 12 novembre 2009, *Commissione/Spagna*, C-154/08, non pubblicata, EU:C:2009:695, punto 125), la cui verifica spetta al giudice del rinvio, tenendo conto della giurisprudenza richiamata alla precedente nota a piè di pagina. A tal riguardo, la Corte ha peraltro precisato, sostanzialmente, che non devono essere prese in considerazione pronunce giurisprudenziali isolate o fortemente minoritarie in un contesto giurisprudenziale caratterizzato da un contrastante orientamento o, ancora, un'interpretazione smentita dal supremo giudice nazionale, dovendosi invece far riferimento ad un'interpretazione giurisprudenziale significativa non smentita dal supremo giudice medesimo o addirittura da questi confermata (v., in tal senso, sentenza del 9 dicembre 2003, *Commissione/Italia*, C-129/00, EU:C:2003:656, punti 31 e 32).

39 Sembrerebbe, per contro, che tale irregolarità riguardi piuttosto la violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (v. *supra*, paragrafi da 21 a 24).

40 V., segnatamente, sentenza del 1° agosto 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija* (C-184/20, EU:C:2022:601, punto 48 e giurisprudenza citata).

41 Osservo, per scrupolo di precisione, che il giudice medesimo, richiamandosi all'articolo 98 del regolamento n. 1083/2006, relativo alle rettifiche finanziarie effettuate dagli Stati membri, fa riferimento alle «implicazioni finanziarie delle carenze riscontrate nel programma operativo» in questione, di cui al paragrafo 3 dell'articolo 99 del regolamento stesso, relativo alle rettifiche

finanziarie effettuate dalla Commissione, mentre l'articolo 98 menziona, al citato paragrafo 2, la «perdita finanziaria che ne risulta per i Fondi».

42 La decisione C (2013) 9527, come precisato al suo articolo 1, fissa nel suo allegato gli 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 per i periodi di programmazione 2007-2013 e 2014-2020. Il successivo articolo 2 aggiunge che la Commissione, nel procedere alle rettifiche finanziarie connesse alle irregolarità rilevate dopo la data di adozione della decisione medesima, applica tali orientamenti, che sostituiscono gli orientamenti precedenti relativi ai periodi di programmazione 2000-2006 e 2007-2013.

43 V., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punto 48).

44 Inoltre, l'obbligo di procedere alla revoca «automatica» del contributo in toto opererebbe, de facto, come una sanzione, il che sarebbe in contrasto con la giurisprudenza richiamata supra alla nota a piè di pagina 32, secondo cui l'obbligo di restituzione di un vantaggio indebitamente percepito tramite un'irregolarità non costituisce una sanzione.

45 A titolo di esempio, in una causa vertente su un finanziamento relativo ad un investimento nell'ambito del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEAOG), in cui solamente una parte (ossia il 28%) dell'investimento era viziato da un'irregolarità connessa a false informazioni, la Corte ha dichiarato, in conclusione, che soltanto la possibilità che un'eventuale irregolarità venga sanzionata non con la riduzione del contributo fino a concorrenza dell'importo corrispondente a tale irregolarità, bensì con la soppressione integrale del contributo stesso è in grado di produrre l'effetto dissuasivo necessario ai fini della buona gestione delle risorse del FEAOG (v. sentenza del 24 gennaio 2002, Conserve Italia/Commissione, C-500/99 P, EU:C:2002:45, punto 101). Nella stessa causa, l'avvocato generale ha precisato che, qualora il beneficiario di una sovvenzione, resosi colpevole di irregolarità, corresse unicamente il rischio di perdere il contributo ricevuto soltanto in proporzione alle violazioni accertate, ciò costituirebbe un invito a commettere abusi (conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa Conserve Italia/Commissione, C-500/99 P, EU:C:2001:415, paragrafi 94 e 97).

46 Infatti, come risulta dalla giurisprudenza del Tribunale, il fatto che il beneficiario di un finanziamento non abbia rispettato tutti i propri obblighi legittimi, in via generale, la revisione del contributo dell'Unione, senza che la mera circostanza che il progetto sia stato realizzato sia sufficiente per giustificare l'erogazione del contributo stesso (v., al riguardo, sentenza del Tribunale del 13 luglio 2011, Grecia/Commissione, T-81/09, non pubblicata, EU:T:2011:366, punto 68 e giurisprudenza citata, confermata dall'ordinanza del 10 ottobre 2012, Grecia/Commissione, C-497/11 P, non pubblicata, EU:C:2012:625).

47 Infatti, la circostanza che i fondi europei siano stati ricevuti e utilizzati da un operatore economico indebitamente favorito, pregiudicando i principi della libera concorrenza e della parità di trattamento nell'attribuzione di un appalto, implica un grave danno per gli interessi finanziari dell'Unione.

48 Il punto 1.1, ultimo comma, degli orientamenti del 2013 raccomanda alle autorità competenti degli Stati membri di applicare gli stessi criteri e gli stessi tassi per rettificare le irregolarità rilevate dai rispettivi servizi, fatta salva la possibilità di applicare norme più rigorose.

49 Il giudice del rinvio menziona erroneamente l'articolo 98, paragrafo 3, del regolamento medesimo.