

Autori:

**Claudio Tesauro**  
Partner, coordinatore del  
dipartimento Antitrust



[claudio.tesauro@belex.com](mailto:claudio.tesauro@belex.com)  
+39 06 845511

**Giorgio Bitonto**  
collaboratore senior,  
dipartimento Antitrust  
[giorgio.bitonto@belex.com](mailto:giorgio.bitonto@belex.com)  
+39 06 845511

---

## GLI ILLECITI ANTITRUST COME MOTIVO DI ESCLUSIONE DALLE GARE PUBBLICHE E DI RISOLUZIONE DEI CONTRATTI SOTTOSCRITTI CON LE STAZIONI APPALTANTI

### I. Gli illeciti antitrust nel settore degli appalti

Il settore degli appalti è da sempre stato oggetto di particolare attenzione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") che in diverse occasioni ha sanzionato imprese partecipanti a gare pubbliche per essersi spartite i lotti di gara o per aver illegittimamente coordinato le proprie strategie di partecipazione.

Come noto, la violazione della disciplina *antitrust* espone i responsabili ad elevate sanzioni pecuniarie, nonché al rischio di dover risarcire in sede civile il danno causato dalla violazione.

Nel settore degli appalti pubblici, si aggiunge altresì la crescente preoccupazione che una condanna dell'AGCM possa portare alla risoluzione dei contratti sottoscritti con le stazioni appaltanti nonché alla esclusione delle imprese sanzionate dalla partecipazione a gare future.

### II. La qualificazione degli illeciti antitrust quali gravi illeciti professionali ai sensi del nuovo codice degli appalti pubblici

Innovando rispetto al passato, l'articolo 80 comma 5 del d.lgs. 50/2016 ("Nuovo Codice Appalti") ha inserito tra i motivi di esclusione dalle gare pubbliche i "*gravi illeciti professionali*" che siano tali da mettere in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'impresa partecipante alla gara.

Data la genericità della formulazione di tale norma, si è sin da subito sviluppato un vivace dibattito volto a definire se le violazioni della normativa *antitrust* costituiscono o meno "*grave illecito professionale*" suscettibile di portare all'esclusione dei responsabili dalle gare pubbliche.

Un primo indirizzo giurisprudenziale tendeva a scartare tale ipotesi, ritenendo che, ove il legislatore avesse voluto introdurre tale previsione, si sarebbe chiaramente espresso in tal senso.

Con sentenza n. 1119 del 31 gennaio 2018, il TAR Lazio ha invece statuito che gli illeciti *antitrust* costituiscono causa di esclusione dalle gare pubbliche e di risoluzione dei contratti sottoscritti con le stazioni appaltanti. Ciò sarebbe confermato, secondo la lettura del giudice amministrativo, sia dal tenore letterale dell'articolo 80, sia dall'esistenza di una analoga previsione contenuta nella direttiva europea di cui il Nuovo Codice Appalti costituisce attuazione.

Nello stesso senso, si era peraltro già pronunciata l'ANAC in sede di approvazione delle proprie Linee Guida attuative del Nuovo Codice Appalti. Tale interpretazione ha infine trovato l'avallo della stessa AGCM che, in una recente segnalazione, ha positivamente valutato la scelta dell'ANAC di inserire **gli illeciti antitrust tra le ipotesi di “grave illecito professionale”** (cfr. segnalazione AS1474 del 13 febbraio 2018).

In breve: la questione rimane aperta, ma diverse fonti propendono per un'interpretazione sfavorevole alle imprese che si rendano responsabili di una violazione della normativa sulla concorrenza.

### **III. Ai fini dell'esclusione dalle gare è sufficiente la pronuncia dell'AGCM?**

In attesa di capire come si risolverà tale contrasto giurisprudenziale, un altro tema ampiamente dibattuto riguarda la necessità o meno di attendere che il provvedimento dell'AGCM sia definitivo prima di escludere un concorrente da una gara pubblica o di risolvere il contratto in essere con la stazione appaltante.

Secondo l'interpretazione fornita dall'ANAC, confermata dal TAR Lazio con la già citata sentenza del 31 gennaio 2018, al fine di considerare operativa la causa di esclusione dalle gare pubbliche **è sufficiente l'esistenza di un provvedimento esecutivo dell'AGCM**. La mera impugnazione di tale provvedimento non è dunque considerata idonea a impedire l'esclusione dalla gara o la risoluzione del contratto, salvo il caso in cui il giudice sospenda in via cautelare il provvedimento o lo annulli con sentenza.

Con segnalazione del 13 febbraio 2018, l'AGCM ha tuttavia auspicato una riforma delle Linee Guida ANAC ritenendo maggiormente opportuno che i propri provvedimenti possano valere come causa di esclusione dalle gare solo dopo che siano divenuti definitivi.

Anche su tale questione occorrerà dunque attendere le prossime pronunce dei giudici amministrativi e, soprattutto, del Consiglio di Stato per scoprire se la rigorosa strada tracciata dal TAR Lazio verrà confermata.

### **IV. Le garanzie previste dal procedimento di esclusione dalle gare pubbliche.**

Ciò che è certo è che in caso di gravi illeciti professionali l'esclusione da una gara o la risoluzione del contratto stipulato con la stazione appaltante non può essere automatica.

Il Nuovo Codice degli Appalti prevede infatti che, prima di procedere in tal senso, le stazioni appaltanti debbano svolgere un'adeguata istruttoria sull'affidabilità e sull'integrità dell'impresa responsabile dell'illecito.

L'impresa può dunque provare di essersi prontamente attivata per risarcire il danno causato dall'illecito e/o di aver adottato provvedimenti di carattere organizzativo idonei a prevenire ulteriori illeciti. Se la stazione appaltante ritiene che le misure adottate sono adeguate, l'impresa non è esclusa dalla procedura e/o il contratto stipulato non viene risolto. Viceversa, dell'esclusione o della risoluzione deve essere fornita motivata decisione.

A tal proposito, l'ANAC ha chiarito che la decisione della stazione appaltante deve essere ispirata al principio di proporzionalità e che l'esclusione o la risoluzione può essere disposta solo se il rischio di scarsa affidabilità o integrità del professionista sia attuale. Secondo quanto previsto dall'ANAC, in tale contesto **assume dunque particolare importanza l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione idonei a prevenire illeciti della specie di quello verificatosi** (c.d. misure di *self-cleaning*).

## V. Conclusioni

Pur non essendosi ancora formato un orientamento giurisprudenziale consolidato sul punto, è sempre maggiore il rischio che le stazioni appaltanti considerino gli illeciti *antitrust* quali causa di esclusione dalle gare pubbliche nonché come giusto motivo di risoluzione dei contratti in essere.

Diviene dunque ancora più importante - soprattutto per le imprese che fanno della partecipazione alle gare pubbliche un elemento centrale della propria attività - ispirare i propri comportamenti al pieno rispetto della normativa sulla concorrenza valutando con estrema attenzione quali condotte potrebbero essere considerate illegittime.

In quest'ottica, **l'attuazione ed implementazione di un programma di compliance che garantisca il pieno rispetto della normativa antitrust rappresenta certamente il primo passo per minimizzare tale rischio** e ciò sia con funzione preventiva, sia quale misura di *self-cleaning* volta ad evitare l'esclusione dalle gare pubbliche per il caso in cui venisse accertato un precedente illecito.