

TAR Lombardia, Sezione Prima, Sentenza n. 227 del 19 gennaio 2026

Appalti pubblici – Risoluzione per inadempimento – Rilevanza nel solo triennio precedente –
Illecito professionale – Rileva solo per persone fisiche indicate dal Codice

Publicato il 19/01/2026

N. 00227/2026 REG.PROV.COLL.

N. 02638/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2638 del 2025, proposto dalla società
-OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione
alle procedure CIG -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, rappresentata e difesa
dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

contro

-OMISSIS-S.C.A.R.L., non costituita in giudizio;

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

nei confronti

-OMISSIS-S.r.l., -OMISSIS-S.r.l., -OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS-S.p.A., -OMISSIS-
S.p.A., -OMISSIS- S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento prot. IA. -OMISSIS- del 07.07.2025 con cui il RUP ha comunicato ad -OMISSIS- Spa l'esclusione dalla procedura di gara indetta da (...) Spa, multilotto, ai sensi dell'art. 71 del d.Lgs. 36/2023, per la fornitura di dispositivi medici per videolaparoscopia;
- del verbale di gara n. -OMISSIS- del 02.07.2025, citato nel surriferito provvedimento ma non osteso dalla stazione appaltante, con il quale il Seggio di gara ha proceduto all'esclusione della ricorrente dalla predetta procedura;
- della nota prot. -OMISSIS- del 08.08.2025 con cui il RUP ha comunicato la variazione della graduatoria per i Lotti 18,19,23 a seguito dell'esclusione di -OMISSIS- Spa;
- della nota prot. -OMISSIS- del 12.06.2025 con cui il RUP ha richiesto chiarimenti ad -OMISSIS- Spa ex art. 101 comma 1 del d.lgs. n. 36/2023 in merito alla documentazione amministrativa (step. 1) prodotta da quest'ultima come richiesto dall'art. 16.1 del Capitolato d'oneri;
- della proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione di gara con riferimento ai Lotti di interesse per -OMISSIS- Spa;
- dell'aggiudicazione della procedura, con riferimento ai Lotti di interesse per -OMISSIS- Spa, ove intervenuta;
- di tutti i verbali di gara, nelle parti di interesse;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, nonché per la declaratoria di inefficacia della Convenzioni, ove medio tempore stipulate, e degli Ordinativi di fornitura, ove nelle more già attivati; nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione della procedura di gara di cui si tratta, con riferimento ai Lotti di interesse, in favore della ricorrente e il subentro della stessa nelle relative convenzioni e contratti attuativi, nonché mediante l'adozione di tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in

giudizio, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente monetario dei danni conseguenti all'adozione degli illegittimi provvedimenti gravati incidenti sulla posizione della ricorrente, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30 e 124 c.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'(...) S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. -OMISSIS- del 2025;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2026 il dott. Federico Giuseppe Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Determinazione n. -OMISSIS- del 3.9.2024 (...) Spa (d'ora in avanti anche "(...)” o S.A.) disponeva l'indizione della procedura aperta, multilotto, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023 (in seguito, anche solo “Codice”) finalizzata alla stipula di Accordi Quadro, uno per la Regione Lombardia e uno per la Regione Umbria, secondo le quantità previste in gara per ciascun lotto, ex art. 59 comma 4 lettera a) del Codice, per la fornitura di dispositivi medici per videolaparoscopia e servizi connessi, da aggiudicarsi nel rispetto del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa (PT=70 e PE=30), ai sensi dell'art. 108 comma 4 del Codice.

2. Ai sensi dell'art. 107 comma 3 del Codice (cd. “inversione procedimentale”) la stazione appaltante si riservava di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. E tale facoltà veniva esercitata da -OMISSIS-, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, giusta determinazione dirigenziale n. 1110 del 17.10.2024.

3. La gara era divisa in 36 lotti merceologici.

La disciplina di gara prevedeva, per ciascun lotto, la stipulazione di un Accordo

Quadro da parte di (...), destinato agli Enti del Servizio Sanitario Regionale della Regione Lombardia di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 27/12/2006 e s.m.i., e un Accordo Quadro da parte di -OMISSIS- scarl, destinato alle Aziende Sanitarie della Regione Umbria, secondo i fabbisogni esposti dal delegante -OMISSIS-, in virtù dell'Accordo di collaborazione stipulato tra quest'ultima e Aria ai sensi e per gli effetti dell'art. 62 commi 5, lett. c) e 11 e dell'art. 3, co. 1, lett. z) nn. 3 e 4 dell'Allegato I.1 del Codice.

4. Il Capitolato d'oneri prevedeva tre distinte fasi della presentazione dell'Offerta ("step") individuandole nella (i) presentazione della documentazione amministrativa (step 1 – art. 16.1 del Capitolato), unica e comune per tutti i lotti; (ii) presentazione dell'Offerta tecnica e dell'Offerta economica (step 2-3), distinte per ciascun lotto (artt. 16.2 e 16.4 del Capitolato).

La base d'asta complessiva della procedura era pari a € 50.179.499,10, al netto di Iva e il termine per la presentazione delle offerte era fissato alla data del 14.10.2024.

5. La società -OMISSIS- Spa (in seguito, -OMISSIS- o la ricorrente) partecipava alla procedura di gara per i seguenti Lotti: 1 - 3 - 4 - 6 - 7 - 8 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 22 - 23 - 33 - 36. In allegato alla domanda di partecipazione, -OMISSIS- presentava in sede di gara una dichiarazione integrativa in merito ai requisiti di ordine generale ex artt. 94, 95, 98 del Codice nella quale, per quanto di interesse ai fini del presente gravame, dichiarava:

- di essere stata destinataria di una risoluzione per inadempimento disposta dalla (...) -OMISSIS- con deliberazione n. -OMISSIS- del 6 agosto 2020 in relazione alla fornitura di varie attrezzature e accessori legati all'emergenza COVID-19, affidata ad -OMISSIS- S.p.A., con delibera di aggiudicazione n. -OMISSIS- del 20 marzo 2020, a seguito di espletamento di procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, indetta in piena emergenza epidemiologica;
- che nella specie non sussistevano le ragioni di risoluzione per inadempimento per mancato rispetto del termine perentorio ed essenziale per l'adempimento, atteso

che ricorrevano giustificate ed evidenti cause di forza maggiore, ascrivibili a circostanze imprevedibili e del tutto estranee alla sfera di controllo dell'organizzazione societaria;

- che il provvedimento di risoluzione era *sub iudice* presso il Tribunale di -OMISSIS-;

- che in data 28.10.2022 (due anni dopo il fatto) ANAC aveva provveduto ad iscrivere la vicenda sopra descritta nell'Area B del Casellario Informativo degli operatori economici, circostanza quest'ultima che, come indicato dalla stessa Autorità nel provvedimento, non comporta l'automatica esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alle gare pubbliche.

6. All'esito delle operazioni valutative dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, -OMISSIS- si posizionava in prima posizione nella graduatoria di merita del Lotto 18 (CIG: -OMISSIS-) con punteggio pari a 89,32, del Lotto 19 (CIG: -OMISSIS-) con punteggio pari a 89,38 e del Lotto 23 (CIG: -OMISSIS-) con punteggio pari a 93,75.

7. Per effetto della c.d. "inversione procedimentale", dopo la valutazione delle offerte tecniche ed economiche e la formazione delle graduatorie per tutti i lotti, il Seggio di gara esaminava la documentazione di cui alla busta amministrativa.

8. Con nota prot. -OMISSIS- del 12.06.2025 il RUP richiedeva chiarimenti ad -OMISSIS- ex art. 101 comma 1 del d.lgs. n. 36/2023 in merito alla documentazione amministrativa prodotta da quest'ultima. Inoltre, la S.A. chiedeva chiarimenti in ordine alle dichiarazioni rese in forza degli artt. 94 ss. del D.lgs. n. 36/2023, invitandola a rappresentare opportuni aggiornamenti in ordine a una serie di contenziosi pendenti e penali. Tra questi, in particolare, la S.A. richiedeva ulteriori delucidazione in rapporto alla "*risoluzione per inadempimento disposta dalla -OMISSIS- con deliberazione n. -OMISSIS- del 6 agosto 2020 in relazione alla fornitura di varie attrezzature e accessori legati all'emergenza COVID-19 e relative vicende processuali?*" e nonché "*Sulla ordinanza di applicazione di misure cautelari emessa dal GIP nel procedimento*

penale pendente innanzi alla Procura di-OMISSIS- con il numero di RG -OMISSIS-”.

Con nota del 17.06.2025 prot. UGR/25/-OMISSIS-/AD/ao riscontrava quanto richiesto dalla S.A.

8.1. Nello specifico, nel corpo della nota -OMISSIS- rappresentava l'irrilevanza nei propri confronti dell'ordinanza cautelare emessa da GIP di -OMISSIS- nel procedimento di cui al RGN -OMISSIS- di irrogazione della misura del divieto di contrarre con la P.A. per un anno, in quanto:

- la misura cautelare in oggetto veniva dapprima immediatamente sospesa in data 27.10.2022, per poi essere definitivamente revocata in data 5.12.2022;

- la società aveva, comunque, posto in essere immediate misure di *self cleaning*, sospendendo “immediatamente dall’incarico i due dipendenti in data 24.10.2022, attivando le procedure di verifica interna, in conformità al proprio modello di Organizzazione e Controllo ex D.lgs. 231/01 e ai presidi di cui alla normativa ISO 37001, ottenendo il rinnovo della certificazione ISO 37001 nel mese di dicembre 2023 e, infine, licenziando i due dipendenti in data 23.10.2023 e 2.11.2023;

- anche ANAC, in data 29.11.2024 aveva disposto l’archiviazione del procedimento per la formulazione di una proposta di adozione di misure straordinarie ex art. 32 d.l. 190/2014 in relazione ai fatti di reato di cui al procedimento penale in questione;

- l’irrilevanza della vicenda in esame ai fini dell’ammissione di -OMISSIS- alle procedure di gara e l’adeguatezza delle misure di *self cleaning* adottate erano state già valutate favorevolmente, “*oltre che da codesta stazione appaltante in altre istruttorie, anche in sede giurisdizionale, ove si è escluso che la vicenda in questione potesse configurare i presupposti di una causa di esclusione. In tal senso, in particolare si richiamano le seguenti sentenze: - TAR Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, sent. n. 205 del 13.06.2023 (doc. 18); - Consiglio di Stato, Sez. III, n. 10994 del 19.12.2023 (doc. 19); - TAR Ancona, n. 433 del 23.04.2024 (doc. 20); - Consiglio di Stato, n. 4111-4113 del 7.05.2024 (doc. 21), - Consiglio di Stato n. 2189 del 17.03.2025 (doc. 22), - Consiglio di Stato n. 3747 del 5.5.2025” (cfr.*

pag. 3 della nota).

8.2. Con riferimento, invece, al caso della risoluzione per inadempimento dell'(...) di -OMISSIS-, -OMISSIS- allegava una dichiarazione "aggiornata" ex artt. 94, 95, 98 del Codice, nella quale dichiarava:

- che il lungo tempo decorso (oltre 4 anni alla data dell'indizione della gara di cui si tratta) avesse reso del tutto irrilevante la risoluzione contrattuale comminata dall'(...) di -OMISSIS- alla luce della disciplina contenuta nel nuovo codice;

- di aver avuto notizia, tramite gli organi di stampa, del coinvolgimento di una propria ex dipendente, priva di ruoli di legale rappresentanza e deleghe e già cessata dal rapporto lavorativo con la Società in data 16.12.2020, in un procedimento penale presso il Tribunale di -OMISSIS- di cui al RGNR n. -OMISSIS- per presunti accordi corruttivi con il Direttore della (...) -OMISSIS-, dal quale -OMISSIS- era del tutto estranea;

- che rispetto a tale vicenda, il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza del 17.03.2025 n. -OMISSIS-, aveva escluso la sussistenza di qualsivoglia obbligo dichiarativo; nello stesso senso si era poi pronunciato il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza del 05.05.2025, n. -OMISSIS-, rigettando apposita censura formulata contro -OMISSIS-, confermando la sentenza del TAR Friuli Venezia-Giulia nel R.G. n. -OMISSIS-/2024, che aveva ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che escludeva l'esistenza di obblighi dichiarativi in relazione alla vicenda, mentre in senso diverso, ritenendo esistente un obbligo dichiarativo, si era pronunciato sempre il Consiglio di Stato con sentenza n. -OMISSIS-del 6.05.2025; la vicenda, comunque, non presentava alcuna rilevanza ai fini escludenti.

9. Ciò nonostante, con provvedimento prot. -OMISSIS- del 07.07.202 il RUP comunicava ad -OMISSIS- la sua esclusione dalla procedura di gara richiamando il verbale di gara n. -OMISSIS- del 02.07.2025, atto non osteso dalla stazione appaltante ma di cui nel precitato provvedimento si riportava la motivazione, che riproduceva pedissequamente le ragioni di esclusione riferite ad altra procedura di

gara (gara (...) – 2023 – 039 per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali).

Specificamente, l'esclusione precisava quanto segue:

“Pur preso atto dei chiarimenti pervenuti, viste le evidenze agli atti della Stazione Appaltante di cui alla gara e segnatamente:

- che il Consiglio di Stato (Sez. III, n. -OMISSIS-/-OMISSIS-) ha confermato, con diversa motivazione, che il rapporto contrattuale con la (...) -OMISSIS- e costituisce un frammento civilisticamente rilevante di una complessiva vicenda patologica che presenta ulteriori aspetti che minano l'affidabilità dell'operatore;*
- che come già rilevato dal TAR Milano, da (...) con determinazione n. -OMISSIS-del 12/02/2025 e dal Consiglio di Stato la condotta inadempiente di -OMISSIS-sanzionata dalla (...) -OMISSIS- con la misura risolutoria è consistita nella mancata consegna entro il termine prescritto dei 31 ventilatori polmonari occorrenti alla committente al fine di implementare i posti nelle terapie intensive e subintensive nell'ambito del piano diretto a fronteggiare l'emergenza da Coronavirus, avendone l'affidataria della commessa consegnati solo 2, peraltro di qualità diversa ed inferiore rispetto a quella indicata nell'offerta, evidenza delle carenze a cui si aggiunge anche il carattere non imprevedibile della dedotta impossibilità di reperire le attrezzature richieste e l'inosservanza del dovere del fornitore di verificare l'attitudine all'adempimento prima di assumere il relativo impegno contrattuale come accertato dal Tribunale di -OMISSIS-, Sezione specializzata in materia di imprese, definito con sentenza n. -OMISSIS- del 18 gennaio 2025;*
- che, il Consiglio di Stato, disattendendo le tesi difensive di -OMISSIS-, ha ritenuto rilevante l'ordinanza cautelare del GIP presso il Tribunale di -OMISSIS- che nel mese di dicembre del 2023, ha applicato ciò nell'ambito del procedimento penale n. -OMISSIS- del R.G.N.R., per il reato di cui agli artt. 110, 81 cpv. e 353-bis c.p., in relazione alla condotta di turbativa della procedura negoziata, oltre che per quello di cui agli artt. 81 cpv e 356 c.p., in relazione alla sottoscrizione da parte della stessa dei verbali Protocollo -OMISSIS- del 07/07/2025 di collaudo con i quali attestava falsamente che le apparecchiature sanitarie consegnate alla (...) -OMISSIS- erano conformi per tipologia e caratteristiche a quelle offerte;*

• *che le spiegazioni fornite in merito al grave illecito professionale non sono idonee a smentire quanto sopra esposto. Infatti, sebbene all'operatore economico sia stata data la possibilità di controdedurre, nessuno degli elementi forniti risulta sufficiente a confutare il grave inadempimento contestato. In particolare, le giustificazioni addotte si limitano a una ricostruzione meramente soggettiva dei fatti, non idonea a scardinare la valutazione di inattendibilità formulata.*

• *che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016, la nozione di grave illecito professionale comprende anche comportamenti che, pur non costituendo reato, incidono negativamente sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore e, dunque, in tale prospettiva, la risoluzione dell'(...) è pienamente legittimo che venga valutata come sintomatico di un venir meno del rapporto fiduciario, anche in assenza di accertamenti giurisdizionali definitivi;*

si desume una condotta inadempiente correlata ad un contesto rilevante in relazione all'affidabilità dell'Operatore Economico. Il tutto, come sancito dalle summenzionate sentenze del Consiglio di Stato e dall'ordinanza cautelare del GIP presso il Tribunale di -OMISSIS- relativamente ad una condotta irregolare che pertanto non consente di affidare l'appalto ad un Operatore ritenuto non idoneo in termini di affidabilità ed integrità.

La Stazione Appaltante rileva dunque un punto di rottura fra l'operato del concorrente e la possibilità di riconoscere -OMISSIS- come meritevole di fiducia, anche in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto che - per loro natura - sono di particolare delicatezza e importanza, giacché si espletano nel settore chirurgico”.

10. Con successiva nota prot. -OMISSIS- dell'8.8.2025 il RUP comunicava la variazione delle graduatorie per i Lotti 18,19 e 23 (in cui -OMISSIS- aveva ottenuto la prima posizione) procedendo allo scorrimento delle graduatorie in favore degli operatori economici che seguivano la ricorrente.

11. Da qui l'introduzione del ricorso in epigrafe, corredato da istanza cautelare, con il quale -OMISSIS- contestava la legittimità della su esposta esclusione in ragione del seguente unico motivo di gravame “*Violazione, falsa ed erronea interpretazione e applicazione degli artt. 94, 95, 96 e 98 del d.lgs. n.36/2023. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Violazione, falsa ed erronea applicazione degli artt. 3, 7, 8 e*

10 della L. n. 241/1990. Violazione del principio del contraddittorio. Violazione dei principi di legalità e di tassatività delle cause di esclusione. Violazione degli artt. 1, 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dei principi di risultato, di concorrenza, di proporzionalità e di ragionevolezza. Carezza di istruttoria e di motivazione. Perplessità e contraddittorietà. Sviamento. Illegittimità derivata”.

12. Con decreto presidenziale n. -OMISSIS- questo TAR accoglieva l’istanza cautelare ex art. 56 del cod.proc.amm. proposta dalla ricorrente. E con successiva ordinanza n. -OMISSIS- del 12.09.2025 questo Tribunale sospendeva gli effetti dei provvedimenti impugnati.

13. Giunta, infine, l’udienza pubblica del 14.01.2026, all’esito della discussione tra le parti costituite, la causa è passata in decisione.

14. Con l’unico motivo di gravame la ricorrente contesta la legittimità della gravata esclusione in quanto:

(a) la risoluzione contrattuale per inadempimento disposta dall’(…) di -OMISSIS- con deliberazione n. -OMISSIS- del 6 agosto 2020 non sarebbe più sussumibile quale circostanza fattuale valevole per fondare un’ipotesi di illecito professionale di cui all’art. 98 del Codice per decorrenza del triennio di rilevanza ai sensi dell’art. 96, comma 10, lett. c), n. 3), del D.lgs. 36/2023 rispetto alla data di indizione della procedura di gara del 3.9.2024;

(b) il procedimento penale a carico dell’ex dipendente, -OMISSIS-, da cui è derivata la recente l’ordinanza cautelare del dicembre 2023, non sarebbe idoneo ad assurgere a illecito professionale di cui al citato art. 98, comma 1 del D.lgs. 36/2023 per assenza del requisito soggettivo di rilevanza, non avendo la ex dipendente mai assunto alcun ruolo rilevante ex art. 94, comma 3 del Codice.

15. Ebbene, per le ragioni che seguono il motivo è meritevole di accoglimento, con conseguente integrale fondatezza del ricorso.

16. Principiando con la prima ragione di esclusione, *i.e.* la risoluzione per inadempimento disposta dall’ASP di -OMISSIS-, è meritevole di condivisione la

tesi, esposta dalla ricorrente nel mezzo in analisi, per cui alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 96, comma 10, lett. c), n. 3) e 98, comma 3, lett. c) del D.lgs. n. 36/2023 non sussistono i presupposti per configurare un illecito professionale qualora dalla commissione del fatto rilevante di cui al citato comma 3, lett. c), la risoluzione per inadempimento originata in relazione a un precedente contratto di appalto o di concessione, siano decorsi più di tre anni rispetto al momento in cui è stata indetta la procedura evidenziale.

17. La pian lettura delle disposizioni sopra indicate conduce di per sé alla suddetta interpretazione.

L'articolo 98, comma 3, lett. c) del Codice prescrive che l'illecito professionale possa essere desunto al verificarsi di una *“condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale”*.

A differenza, però, della formulazione del precedente di cui all'art. 80, comma 10 bis del D.lgs. n. 50/2016, l'attuale Codice circoscrive l'ambito di rilevanza temporale delle circostanze fattuali, individuando in modo chiaro il lasso temporale nell'ambito del quale siffatte situazioni assumono rilevanza ai fini della partecipazione alla gara del concorrente e, pertanto, la stazione appaltante è tenuta a valutarle onde accertare la sussistenza o meno di un grave illecito professionale di cui all'art. 98.

In particolare, con il nuovo art. 96, comma 10, lett. c), n. 3), del Codice il Legislatore ha stabilito che, con riferimento agli illeciti professionali derivanti da condotte inadempienti di cui art. 98 comma 3, lett. c), il fatto ha rilevanza per soli tre anni decorrenti dalla data di “commissione del fatto”, ossia dalla data di adozione del provvedimento di risoluzione contrattuale.

E siffatta lettura ha trovato avallo espresso nella recente giurisprudenza di questo

T.A.R., cui anche il Collegio intende prestare adesione, a tenore della quale a fronte del chiaro dettato normativo recato dall'art. 96, comma 10, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023, *“è precluso alla Stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del favor participationis (cfr. Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 20 giugno 2024, n. 1901; IV, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n. 494). Peraltro appare condivisibile anche la ratio che ha ispirato tale norma – che trova un diretto riferimento nella Direttiva 2014/24/UE (art. 57, par. 7) – visto che, in considerazione dell'ampio spettro operativo della stessa, si è ritenuto di limitarne la rilevanza a un arco temporale triennale, il cui superamento determina l'impossibilità di ritenere “dubbia” l'affidabilità dell'impresa; in tal modo si scongiura altresì l'eccessiva (sproporzionata e irragionevole) estensione dei correlati obblighi dichiarativi posti in capo al concorrente (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 luglio 2023, n. 6584) (cfr. T.A.R. per la Lombardia, sez. IV, n. 2189 del 2024).*

18. Venendo al caso in esame, è pacifico che il triennio di rilevanza ha iniziato a decorrere il giorno 6 agosto 2020, data di adozione della deliberazione n.1006 dell'ASP di -OMISSIS-, con conseguente scadenza in data 6 agosto 2023, oltre un anno prima dell'indizione della procedura di gara di cui si verte, avviata con Determinazione n. -OMISSIS-del 03.09.2024.

Ne deriva che *in parte qua* il provvedimento di esclusione si fonda su un asserito illecito professionale, la risoluzione contrattuale disposta dall'ASP -OMISSIS-, verificatosi in un periodo che supera il suddetto limite temporale di rilevanza della causa di esclusione, sicché il fatto in questione, con riferimento alla procedura di cui trattasi, non avrebbe potuto assumere più rilevanza come illecito professionale grave, e dunque, non avrebbe potuto giustificare l'esclusione della impresa ricorrente dalla procedura di gara.

19. Ma anche la seconda ragione di esclusione, ossia la pendenza del procedimento

penale di cui al RGNR n. -OMISSIS- a carico dell'ex dipendente -OMISSIS- per la commissione delle fattispecie di reato di cui agli artt. 110, 81 cpv. e 353-bis c.p. e 81 cpv e 356 c.p., da cui è scaturita l'ordinanza cautelare del GIP presso il Tribunale di -OMISSIS- che nel mese di dicembre del 2023, non risulta più idonea ad assumere rilevanza quale circostanza fattuale idonea a ravvisare a un'ipotesi di grave illecito professionale ex art. 98 del Codice.

20. Occorre, a tal fine, ricordare che, come ricordato dalla recente autorevole giurisprudenza amministrativa (cfr. recentemente Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2025, n. 4814; Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2025, n. 4863), il grave illecito professionale è la causa di esclusione (non automatica) sulla quale il Codice dei contratti pubblici è intervenuto in modo più significativo, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. n) della L. n. 78 del 2022 che ha previsto la *“razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014”*.

20.1. La semplificazione della disciplina è passata, anzitutto, per una compiuta delimitazione del perimetro soggettivo della sua applicazione: il comma 1 dell'art. 98 del d.lgs., n. 36 del 2023 prevede che l'illecito professionale grave *“rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)”*. La regola, quindi, è che ai fini dell'illecito professionale grave, i fatti riferibili alle persone fisiche non contagiano l'operatore economico. Le eccezioni alla regola sono individuate tassativamente: si tratta delle fattispecie contemplate dall'art. 98 comma 3, lett. g) e lett. h) e cioè nella contestata commissione dei medesimi reati che, ai sensi dell'art. 94, comma 1, sono causa di esclusione automatica e nella contestata o accertata commissione degli altri reati elencati alla lett. h).

In relazione a tali fattispecie opera il contagio tra le persone fisiche di cui all'art. 94, comma 3 e l'operatore economico. Ma anche l'art. 94 comma 3, a sua volta,

delimita rigorosamente il novero dei soggetti per conto dei quali la Società deve rendere dichiarazioni sostitutive prevedendo che: *“L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti: a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali; f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; g) del direttore tecnico o del socio unico; h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti”*.

20.2. Anche il perimetro oggettivo è compiutamente delimitato. La stazione appaltante non può decidere cosa è grave illecito professionale, dato che lo stabilisce l'art. 98 comma 3, non può decidere quali prove siano idonee dato che lo stabilisce l'art. 98, comma 6, né può muoversi liberamente nel motivare l'esclusione per grave illecito professionale dato che, anche qui, essa deve attenersi al perimetro delineato dal legislatore (art. 98, commi 2, 4, 5, 7 e 8).

20.3. Era nella vigenza del D.lgs. n. 50 del 2016 che il grave illecito professionale costituiva una fattispecie aperta, una clausola generale, tanto da far venire in rilievo ogni possibile circostanza idonea a incidere sull'affidabilità del concorrente, purché attinente alla vita professionale dell'impresa.

Le stesse disposizioni sul *self cleaning*, divenuto istituto di carattere generale, conducono a ritenere che è bandita dal Codice dei contratti, al di là delle ipotesi tassativamente previste in attuazione dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, l'applicazione di meccanismi espulsivi automatici mediante l'uso del potere discrezionale non supportato da adeguate valutazioni circa la gravità, la pertinenza agli interessi e la rilevanza temporale dei fatti contestati.

E, d'altronde, la ragione stessa della riforma sta nella migliore tracciabilità dei confini del potere di apprezzamento riconosciuto alle stazioni appaltanti a fronte di illeciti penali ancora in corso di accertamento. In tali ipotesi, l'amministrazione è sempre stata chiamata a svolgere un giudizio composto di tipo prognostico, altamente opinabile. L'assenza di una precisa tipizzazione delle ipotesi di esclusione, propria del d.lgs. n. 50 del 2016, e l'impossibilità di prevedere gli esiti di un giudizio prognostico su materiale probatorio non ancora definitivamente apprezzato in sede giurisdizionale impediva agli operatori di prevedere, con sufficiente certezza, se la loro partecipazione sarebbe stata considerata ammissibile, peraltro con ciò che ne conseguiva anche in termini di responsabilità della singola impresa verso altri soggetti coinvolti in raggruppamento o con altre forme di aggregazione e collaborazione tra imprese.

Il nuovo assetto normativo si pone a vantaggio non solo degli operatori economici, i cui dubbi in merito alle dichiarazioni da rendere in sede di partecipazione alla gara sono decisamente attenuati, ma, prima di tutto, dell'interesse pubblico alla regolarità delle procedure di gara, minato dall'incertezza nell'interpretazione dell'art. 80 del Codice dei contratti del 2016, spesso riletto come fondante meccanismi espulsivi automatici o fondante l'uso di poteri discrezionali non supportati da adeguati apprezzamenti circa gravità, pertinenza agli interessi e rilevanza temporale dei fatti contestati.

20.4. In tale contesto, allora, la decisione di escludere "*l'operatore economico offerente*" richiede una motivazione articolata:

- a) occorre la sussistenza di almeno una delle fattispecie tassativamente indicate al comma 3 dell'art. 98 e dei mezzi di prova, sempre tassativamente elencati, di cui al comma 6;
- b) occorre evidenziare che l'illecito è grave alla luce del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta nonché del tempo trascorso e delle modifiche nel frattempo intervenute nell'organizzazione dell'impresa;

c) occorre evidenziare che tale illecito grave è idoneo a incidere sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore.

20.5. Quel che è sicuro è che la stazione appaltante non può uscire dal perimetro, ora ben circoscritto, delle regole contenute nell'art. 98 d.lgs. 36 del 2023. Né può individuare, creando una norma inespresa, nuove cause di esclusione.

21. Ebbene, calando i suddetti canoni ermeneutici al caso di specie, ad avviso del Collegio la S.A. ha chiaramente ravvisato un'illegittima ragione di esclusione, *i.e.* la pendenza del procedimento penale in capo all'ex dipendente della ricorrente che risultava, però, priva di ruoli di legale rappresentanza e deleghe, come se fosse ancora vigente l'art. 80 del D.lgs. n. 50 2016 e il sistema dei gravi illeciti professionali che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha inteso dichiaratamente superare.

Difatti, risulta pacifico che -OMISSIS-, destinataria della precitata ordinanza cautelare del GIP del Tribunale penale di -OMISSIS-, non rientra nell'elenco tassativo dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3, previsto dalle surriferite disposizioni del Codice, in quanto:

- (i) la ex dipendente non ha mai assunto alcun ruolo o qualifica rilevante ai sensi della citata disposizione;
- (ii) la ex dipendente è comunque cessata dal rapporto lavorativo già nel dicembre 2020;
- (iii) la Società -OMISSIS- è del tutto estranea al procedimento penale in questione.

22. Alla luce di quanto sopra esposto, anche per la seconda ragione di esclusione in esame non ricorrono i presupposti per ritenere la sussistenza di un grave illecito professionale, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 98, comma 3, lett. g) e h) e 94, comma 3 del Codice.

23. In conclusione, il ricorso è meritevole di accoglimento e, per l'effetto, deve essere annullato il gravato provvedimento di esclusione prot. IA.-OMISSIS-del 07.07.2025.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate dalla S.A. resistente a favore della parte ricorrente come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per, l'effetto, annulla provvedimento prot. IA.-OMISSIS-del07.07.2025 con cui il RUP ha comunicato ad -OMISSIS- Spa l'esclusione dalla procedura di gara indetta da (...) Spa, multilotto, ai sensi dell'art. 71 del d.Lgs. 36/2023, per la fornitura di dispositivi medici per videolaparoscopia.

Condanna la parte resistente al pagamento delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge, nonché alla refusione del contributo unificato, ove eventualmente già versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento(UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente, nonché le ulteriori persone fisiche e giuridiche citate nella motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Marilena Di Paolo, Referendario

Federico Giuseppe Russo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Federico Giuseppe Russo

IL PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.