

**Sulla stazione appaltante grava un onere motivazionale e istruttorio rafforzato in caso di esclusione di un operatore economico per “grave illecito professionale”  
(T.A.R. Marche, sez. I, sent. 4 dicembre 2019 – 7 gennaio 2020, n. 7)**

Nell’attuale formulazione dell’art. 80, comma 5, lettera c), è rimasta ferma la previsione secondo cui le stazioni appaltanti escludono dalla procedura un operatore economico qualora dimostrino “... *con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”. Nell’attuale paradigma normativo e giurisprudenziale, per l’individuazione dei “gravi illeciti professionali”, si assiste a una tendenziale riduzione delle fattispecie tipiche, normativamente previste, in favore della dilatazione dei poteri valutativi delle stazioni appaltanti. In altre parole, queste ultime sono chiamate ad individuare in concreto le condotte suscettibili di integrare un “grave illecito professionale” e, pertanto, devono soddisfare un preciso onere motivazionale, palesando le ragioni fattuali e giuridiche sottese all’esercizio dei poteri discrezionali loro attribuiti. Ne consegue che, in via generale e astratta, è riconosciuta, alla stazione appaltante, la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali” anche a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti; tuttavia ciò può avvenire a fronte di un’adeguata istruttoria e nel rispetto di un compiuto contraddittorio, dovendo essere tutelata in maniera effettiva la possibilità, per il soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, di difendersi in sede procedimentale.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche  
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 368 del 2019, proposto da -OMISSIS-s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Roberto Marrozzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Fernando Piazzolla in Ancona, corso Garibaldi, 124;  
contro

-OMISSIS- s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Leonardo Archimi e Sara Sileoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Giandomenico Frittelli in Ancona, via Piave, 1;

nei confronti

Regione Marche, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della lettera -OMISSIS-(impugnata ove di contenuto provvedimentale e se ed in quanto lesiva per la ricorrente), comunicata via pec -OMISSIS-, con la quale -OMISSIS- s.r.l. ha comunicato alla -OMISSIS-s.p.a. che con deliberazione -OMISSIS-è stata disposta la revoca del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento -OMISSIS- selezionati nel -OMISSIS-(valore dell'appalto: € 600.000,00);
- della deliberazione -OMISSIS-, comunicata via pec in data -OMISSIS-, con la quale -OMISSIS- s.r.l. ha revocato alla -OMISSIS-s.p.a. il provvedimento di aggiudicazione anzidetto;
- di tutti gli atti connessi, collegati e conseguenti e, in particolare, oltre ai pareri, del bando di gara -OMISSIS-, con il quale la -OMISSIS- s.r.l. ha disposto di procedere a nuova gara (CIG -OMISSIS-) in esecuzione della deliberazione -OMISSIS-, atto che viene impugnato per invalidità derivata dall'annullamento di quest'ultima delibera di revoca;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS- s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2019 la dott.ssa Simona De Mattia 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 la delibera -OMISSIS-, la società -OMISSIS- s.r.l., quale soggetto gestore -OMISSIS-nelle Province -OMISSIS-(giusta decreto del Soggetto Attuatore -OMISSIS-e contratto integrativo sottoscritto in data -OMISSIS-), ha provveduto alla revoca, con effetto immediato, dell'aggiudicazione disposta in favore della società -OMISSIS-s.p.a. con delibera -OMISSIS-e del conseguente affidamento del servizio -OMISSIS-nel sito di deposito temporaneo (SDT) -OMISSIS-(servizio già avviato in via di urgenza in -OMISSIS-, nelle more della stipula del contratto). Detto provvedimento è stato adottato, previa acquisizione di un parere legale, sul presupposto che la ricorrente fosse stata di recente coinvolta in un'indagine -OMISSIS-, per il -OMISSIS-, da cui è scaturita l'emissione, da parte -OMISSIS-, di un'ordinanza -OMISSIS-nei confronti dell'amministratore unico della -OMISSIS-s.p.a.; con il medesimo provvedimento è stato altresì stabilito di procedere ad un nuovo affidamento del servizio.

Con bando di gara -OMISSIS-, -OMISSIS- ha indetto una nuova gara (CIG -OMISSIS-), in esecuzione della deliberazione -OMISSIS-.

1.1. Avverso i suindicati provvedimenti e tutti gli atti in epigrafe è stato proposto il presente ricorso, affidato ai seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere sotto distinti profili, violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e di divieto di integrazione della motivazione mediante un atto successivo. Assume la ricorrente che, sebbene le cause di esclusione indicate nell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n.

50 del 2016 non costituiscono un elenco esaustivo, tuttavia, tra le ipotesi previste espressamente dalla norma di legge e dalle linee guida ANAC n. 6 (approvate con -OMISSIS- e successivamente aggiornate e integrate) non è ricompresa quella cui fa riferimento il provvedimento impugnato, ossia l'emissione di un'ordinanza -OMISSIS-; venendo, quindi, in considerazione una fattispecie estranea a quelle elencate, l'Amministrazione avrebbe dovuto fornire una motivazione particolarmente rigorosa, atta a provare con mezzi adeguati il valore sintomatico del fatto dichiarato ai fini espulsivi. Ciò non sarebbe avvenuto nel caso in esame, mentre la lettera di comunicazione -OMISSIS-, ove da ritenersi di natura provvedimento, sarebbe viziata da incompetenza assoluta per usurpazione del potere che lo statuto della società -OMISSIS- riserva al consiglio di amministrazione, oltre a contenere una inammissibile motivazione integrativa, atteso che gli effetti della revoca si erano già consumati *unico actu* con l'adozione della delibera -OMISSIS-;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Sostiene la ricorrente che potrebbero rientrare nell'ambito oggettivo del predetto art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguente facoltà della stazione appaltante di pretendere dall'impresa offerente la completa ed effettiva dissociazione dalla condotta -OMISSIS-, soltanto le -OMISSIS-relative all'attività economica svolta dall'operatore economico partecipante alla gara, in quanto la finalità della predetta norma è l'accertamento dell'integrità e dell'affidabilità della ditta affidataria dell'appalto. Nella fattispecie, invece, l'allora amministratore unico di -OMISSIS-non sarebbe stato colto -OMISSIS-, né avrebbe ammesso alcuna delle responsabilità ipotizzate dalla -OMISSIS-, ma, al contrario, avrebbe rigettato ogni accusa e rivendicato la piena legittimità dei propri contatti con il funzionario regionale. L'operato della stazione appaltante, invece, si tradurrebbe in una sorta di -OMISSIS-, lesiva di principi costituzionali quali il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza;

- violazione delle linee guida ANAC n. 6, punto 7.4, ed eccesso di potere per vizio di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta, data la mancata attivazione del contraddittorio procedimentale nella valutazione delle misure di *self cleaning*, all'esito del quale sarebbe potuto emergere che non ricorreva alcuna delle condizioni previste dall'art. 80, comma 5, lett. c), per disporre la revoca, atteso che -OMISSIS-sostiene di essersi aggiudicata tutti i precedenti contratti nella massima regolarità e di averli eseguiti correttamente (circostanza, peraltro, nota alla stazione appaltante);

- violazione dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241 del 1990, dal momento che, negli atti notificati alla ricorrente, è stata omessa l'indicazione circa il termine e l'autorità cui sarebbe stato possibile ricorrere.

1.2. Si è costituita in giudizio, per resistere, -OMISSIS- s.r.l., la quale ha contestato in fatto e in diritto le avverse censure, chiedendo il rigetto del gravame.

1.3. Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2019 - fissata con ordinanza -OMISSIS-, emessa all'esito della camera di consiglio del 18 settembre 2019 - la causa, sulle conclusioni delle parti, è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e va accolto, stante la fondatezza delle censure con cui la ricorrente fa valere il difetto di istruttoria in ordine alla sussistenza dei presupposti per disporre la revoca dell'aggiudicazione e l'insufficienza della motivazione quanto alle ragioni atte a giustificare l'impugnato provvedimento, per quanto si va ad esporre.

2.1. Occorre innanzitutto premettere che la procedura di gara è stata indetta con delibera -OMISSIS-, pertanto, il testo dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis* è quello modificato dall'art. 5, comma 1, del DL 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, in forza della disposizione transitoria dello stesso art. 5, comma 2, per il quale *"Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto [...]"*, cioè successivamente al 15 dicembre 2018 (Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171).

2.2. Ciò premesso, la giurisprudenza ha chiarito che:

- nell'attuale formulazione dell'art. 80, comma 5, lettera c), è rimasta ferma la previsione secondo cui le stazioni appaltanti escludono dalla procedura un operatore economico qualora dimostrino *"... con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*. Già nel vigore della previgente disposizione, che individuava alcune condotte da qualificarsi *ex lege* come *"gravi illeciti professionali"*, la giurisprudenza ha ritenuto che si trattasse di un'elencazione puramente esemplificativa e che la stazione appaltante potesse desumere il compimento di *"gravi illeciti"* da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se reputata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità; *"tale conclusione è vieppiù valida dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, realizzata con l'art. 5 del d.l. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere c- bis) e c- ter) la preesistente elencazione, ma ha mantenuto nella lettera c) la previsione a portata generale sopra trascritta"* (cfr., Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171, che richiama, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; 25 gennaio 2019, n. 591; 3 gennaio 2019, n. 72; sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; negli stessi termini, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533);

- dal tenore letterale dell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016, si ricava che deve essere la stazione appaltante a dimostrare *"con mezzi adeguati"* la colpevolezza dell'operatore economico per aver dato luogo a gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e/o affidabilità (TAR Lazio Roma, sez. I, 11 settembre 2019, n. 10837). Nell'attuale paradigma normativo e giurisprudenziale, per l'individuazione dei *"gravi illeciti professionali"*, si assiste, infatti, a una tendenziale riduzione delle fattispecie tipiche, normativamente previste, in favore della dilatazione dei poteri valutativi delle stazioni appaltanti. In altre parole, queste ultime sono chiamate ad individuare in concreto le condotte suscettibili di integrare un *"grave illecito professionale"* e, pertanto, devono soddisfare un preciso onere motivazionale, palesando le ragioni fattuali e giuridiche sottese all'esercizio dei poteri discrezionali loro attribuiti (TAR Lombardia Milano, sez. I, 24 luglio 2019, n. 1737). A tali fini rilevano gli obblighi informativi di cui alle lettere c *bis*) e f *bis*) della medesima disposizione, posti a carico dell'operatore economico per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità del medesimo (cfr., ancora, Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171, che richiama, sul punto, Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; sez. V, 16 novembre 2018, n. 6461; sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; sez. V, 17 luglio 2017, n. 3493; sez. V, 5 luglio 2017, n. 3288);

- quanto sopra implica, in via generale e astratta, che è riconosciuta, alla stazione appaltante, la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti *"gravi illeciti professionali"* anche a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti -OMISSIS-; tuttavia ciò può avvenire a fronte di

un'adeguata istruttoria e nel rispetto di un compiuto contraddittorio, dovendo essere tutelata in maniera effettiva la possibilità, per il soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, di difendersi in sede procedimentale. Gli elementi valorizzati dall'Amministrazione devono essere, dunque, oggetto di contraddittorio con l'operatore interessato, il quale deve essere edotto sugli specifici profili che, pur nel contesto di -OMISSIS-in corso, sono considerati dirimenti dall'Amministrazione stessa ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale (cfr., ancora, TAR Lombardia Milano, sez. I, 24 luglio 2019, n. 1737);

- sul potere di revoca in generale, è stato invece affermato che, una volta intervenuta l'aggiudicazione, non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocarla in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, di cui occorre comunque dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico; questi ultimi, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere, peraltro, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, attraverso un giudizio sulla capacità di gestione del servizio e sull'affidabilità della ditta prescelta in relazione ai requisiti morali posseduti, sindacabile in sede di legittimità solo per manifesta illogicità delle scelte operate. In particolare, nella materia dei contratti pubblici, il potere di revocare l'aggiudicazione ben può trovare fondamento, in via generale, sia in specifiche ragioni di pubblico interesse che nel mutamento della situazione di fatto (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 5321).

2.3. Tanto chiarito sugli attuali arresti giurisprudenziali, si osserva che nella fattispecie in esame la revoca dell'aggiudicazione è stata disposta da -OMISSIS- per fatti che hanno riguardato l'amministratore unico della società (il quale ha poi rassegnato le proprie dimissioni dalla carica, giusta assemblea dei soci -OMISSIS-, pur rimanendo unico socio della società, come da visura camerale in atti), ritenuti di rilevanza tale da integrare "gravi illeciti professionali" e da comportare il venir meno del rapporto fiduciario con l'aggiudicataria, verificatisi a gara già conclusa e nelle more della stipula del contratto.

Per come emerge sia dalla delibera -OMISSIS- e dall'allegato parere legale del 19 giugno 2019, sia dalla comunicazione di -OMISSIS- -OMISSIS-, prot. -OMISSIS-, che riprende detto parere legale in taluni passaggi motivazionali, la stessa stazione appaltante ha qualificato l'esercizio della revoca in parola quale espressione di un potere di autotutela, essendo stata essa dichiaratamente disposta ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, per l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tuttavia, sotto il profilo dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere di revoca in generale, si osserva che nei medesimi atti non risulta adeguatamente esternato l'interesse pubblico sotteso (coincidente con il *vulnus* patito dall'Amministrazione), non potendosi esso rinvenire nell'essere venuta meno, *a posteriori*, la fiducia nell'impresa vincitrice della gara, in ragione di fatti il cui accertamento è *in itinere*, che riguardano la persona dell'amministratore o del legale rappresentante, rispetto ai quali non è stata compiuta un'adeguata istruttoria e dei quali non è stata data sufficiente

contezza nella motivazione dell'atto impugnato (non avendo -OMISSIS- avuto accesso, per sua stessa ammissione, agli atti del -OMISSIS- né al provvedimento -OMISSIS-).

La revoca così disposta si palesa, invero, disancorata da fatti oggettivi e sostanzialmente ancorata al solo fatto dell'intervenuto provvedimento -OMISSIS- e alla pendenza -OMISSIS-.

Sotto il profilo, invece, dell'esclusione *ex post* dalla procedura per sopravvenuta perdita del requisito, l'illegittimità dell'agire amministrativo è ancor più evidente se si considera che il grave illecito professionale addotto a motivo della revoca non corrisponde a una fattispecie tipizzata dalla norma e presuppone l'esercizio di poteri valutativi da parte della stazione appaltante in ordine al persistere, in concreto, dei requisiti di affidabilità dell'operatore economico, il che avrebbe necessitato di un onere motivazionale - e, prima ancora, istruttorio - rafforzato. L'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 lascia, infatti, alla sola stazione appaltante la valutazione discrezionale - da fondarsi nel caso concreto su "mezzi adeguati" - di inaffidabilità, valutazione che, nella presente fattispecie, non risulta essere stata operata nei termini indicati dalla norma, data appunto l'inadeguatezza dei mezzi su cui essa è stata basata (consistiti, per lo più, nei documenti forniti dalla ricorrente e nelle notizie apprese dalla stampa) e il mancato rispetto di un compiuto contraddittorio con l'interessata in merito agli specifici aspetti oggetto di contestazione.

Né la revoca in parola può essere giustificata in applicazione della lettera c *bis*) del medesimo comma della suddetta disposizione, secondo cui "*le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che...abbia omissis le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*", dal momento che nessun obbligo dichiarativo poteva essere richiesto alla concorrente per fatti venuti in rilievo successivamente all'aggiudicazione e di cui non è dato neppure sapere se la concorrente medesima ne fosse stata già a conoscenza nel momento in cui ha reso la propria dichiarazione.

3. Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso va accolto, ai fini di un riesame da parte dell'Amministrazione appaltante, stante la fondatezza delle censure con cui si fa valere il difetto di istruttoria in ordine alla sussistenza dei presupposti per disporre la revoca dell'aggiudicazione (anche per la mancanza di un compiuto contraddittorio) e l'insufficienza della motivazione quanto alle ragioni atte a giustificare l'impugnato provvedimento, il che esime il Collegio dall'esame delle ulteriori doglianze.

4. La peculiarità e la novità della fattispecie esaminata giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

#### P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore