

APPALTI: T.A.R. Lazio -Roma, Sezione I, Sentenza 3 dicembre 2024, n. 21777, in Foro Amministrativo n. 12 del 2024, pag. 1740.

1. Appalti -Gara -Motivi di esclusione - Principio di tassatività -Opera solo per requisiti generali di accesso alle gare -Non opera per i requisiti speciali fissati dalla Stazione appaltante - Ragioni.

2. Appalti e contratti pubblici -Gara -Motivi di esclusione ex art. 10 d.lgs. n. 36/2023 - Tassatività - Natura: ipotesi di nullità testuale del provvedimento amministrativo.

3. Appalti -Gara - Introduzione dei requisiti di capacità tecnico-professionale dell'operatore economico -Discrezionalità della Stazione appaltante -Limiti ex co. 3 dell'art. 10, d.lgs. n. 36/2023 -Applicabilità.

4. Appalti -Gara - Motivi di esclusione - Tassatività - Requisiti speciali ex art. 100, d.lgs. n. 36/2023 -Sanzione della nullità -Inoperatività.

5. Appalti - Lex specialis - Previsione illegittima della lettera di invito - Deve trovare applicazione - Ferma la possibilità di disapplicazione delle clausole nulle.

1. Tassatività e nullità condividono, oltre alla piena attuazione dell'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/UE, il comune presupposto fondante, ossia la competenza esclusiva della legge a disciplinare i requisiti generali di accesso alle gare. Un tale assunto non è predicabile per i requisiti speciali, per i quali, al contrario, il comma 3 dell'art. 10, d.lgs. n. 36/2023 (norma avente valore di principio generale) attribuisce alla Stazione appaltante il compito di individuare i requisiti speciali (inclusi quelli di capacità tecnica, rilevanti nella fattispecie), sia pure nel rispetto dei principi di attinenza e proporzionalità. Detto in altri termini, per i requisiti speciali, per i quali è di regola la Stazione appaltante competente a fissare, nel bando, la relativa disciplina, difetterebbe in radice la possibilità di applicare il principio di tassatività (e il corollario della nullità delle clausole difformi), atteso che la lex specialis, non la legge, è competente a stabilirli.

2. Il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 10, d.lgs. n. 36/2023 introduce delle ipotesi di nullità testuale del provvedimento amministrativo, in deroga al generale principio per cui, in assenza di espressa comminatoria di nullità ad opera della legge, il provvedimento che viola la legge è (di regola, appunto) annullabile e non nullo, anche in caso di violazione di norma imperativa. Nondimeno, il carattere derogatorio di detta nullità testuale fa sì che la sanzione della nullità non possa estendersi in via analogica al di fuori dei casi espressamente previsti dalla norma.

3. In forza dell'art. 100, d.lgs. n. 36/2023, la Stazione appaltante mantiene, in generale, la facoltà discrezionale di introdurre requisiti di capacità tecnico-professionale dell'operatore economico, certamente entro i limiti concettuali fissati dal co. 3 dell'art. 10; semmai, la previsione recata dal co. 11 dell'art. 100 rappresenta un ulteriore limite che può operare, tuttavia, limitatamente al caso in cui la Stazione appaltante introduca i requisiti espressamente contemplati da detta norma (es. il fatturato globale, i contratti analoghi). In tali circostanze, si deve reputare che la Stazione appaltante non possa disciplinare il requisito in modo difforme dalla legge.

4. L'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 restringe ai requisiti generali la previsione della nullità delle clausole difformi dalla legge (artt. 94 e 95) e, giammai, l'art. 100 introduce la sanzione della nullità in ipotesi di violazione delle relative prescrizioni sui requisiti speciali.

5. Alla previsione illegittima della lettera di invito deve essere data puntuale applicazione nel corso del procedimento di aggiudicazione, in coerenza con il generale principio che, ferma la possibilità di disapplicazione di clausole nulle, esclude siffatta possibilità di agire in autotutela sulla lex specialis, ricorrendone forme e presupposti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Obiettivo Uomo Società Cooperativa Sociale Ets;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2024 il dott. Igor Nobile 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 ricorso notificato a mezzo pec in data 26.9.2024 a Roma Capitale ed alle controinteressate e depositato il giorno 30.9.2024, il ricorrente in epigrafe ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- della Determinazione Dirigenziale prot. NB/117/2024 del 12 luglio 2024, pubblicata il 29 luglio 2024 e comunicata il 1° agosto 2024, di aggiudicazione della procedura negoziata previa consultazione di mercato, ai sensi dell'art. 50, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 36/2023, suddivisa in due lotti, per la "Gestione di due Sportelli sperimentali di servizi anti discriminazione per offrire consulenza e sostegno alle persone appartenenti alla comunità LGBT+; lotto 1: servizio presso l'immobile messo a disposizione da Roma Capitale; lotto 2: servizio presso un immobile messo a disposizione dal gestore", con particolare riferimento al lotto n. 1 (gara n. 9504994; CIG: A0405B91DA);

- della nota prot. NB/2024/3468, trasmessa il 20 settembre 2024 in riscontro all'istanza di annullamento in autotutela prot. NB/3128, che conferma il provvedimento di aggiudicazione prot. NB/117/2024;

- ove occorrer possa, del verbale prot. NB/662/2024 del 26 febbraio 2024 di valutazione della documentazione amministrativa della Società Cooperativa Obiettivo Uomo ETS e della Determinazione Dirigenziale n. 35 del 27 febbraio 2024 di ammissione alla fase di valutazione delle offerte della Società Cooperativa Obiettivo Uomo ETS;

- ove occorrer possa, dei verbali n. 1 del 14 marzo 2024 e n. 2 del 19 marzo 2024 di valutazione delle offerte, e di tutti i relativi allegati, con particolare riferimento all'allegato n. 7, da cui risulta la proposta di aggiudicazione della gara per il lotto n. 1 in favore della Società Cooperativa Obiettivo Uomo ETS;

- di ogni altro provvedimento, ancorché non conosciuto, collegato, presupposto ovvero conseguente a quelli impugnati;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto e a subentrare nel contratto eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia del contratto medesimo ex artt. 122 e 124 c.p.a.;

e per la condanna

dell'Amministrazione intimata a disporre in favore della ricorrente l'aggiudicazione dell'appalto ed il subentro nel contratto.

2. Con l'odierna iniziativa processuale, il ricorrente avverso la determinazione con cui la stazione appaltante (Roma Capitale) ha aggiudicato alla costituenda RTI (Società Cooperativa Obiettivo Uomo ETS - mandataria; Differenza Lesbica APS – mandante; Programma Integra S.C.S. - mandante), la procedura negoziata, previa consultazione di mercato, ai sensi dell'art. 50, c. 1, lettera e) del D.lgs. n. 36/2023, per la "Gestione di due Sportelli sperimentali di servizi anti discriminazione per offrire consulenza e sostegno alle persone appartenenti alla Comunità

LGBT+. La gara era strutturata su n.2 lotti: nel primo, a cui si riferisce la presente controversia, l'immobile per l'esercizio del servizio è messo a disposizione da Roma Capitale, nel secondo dall'operatore affidatario. Stante il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'esito del procedimento selettivo, il ricorrente partecipava al primo lotto, classificandosi in seconda posizione (con un punteggio totale di 78,353, di cui 73,866 all'offerta tecnica e 4,487 all'offerta economica) dietro l'RTI aggiudicatario (punti complessivi 100, di cui 85 all'offerta tecnica e 15 a quella economica). Non risultavano pervenute, per il primo lotto, ulteriori offerte.

3. Il gravame veniva affidato alle doglianze di seguito esposte in sintesi, e come meglio articolate nel relativo atto processuale:

- (primo motivo) si contesta che la mandataria del RTI aggiudicatario, ossia Obiettivo Uomo, non possiede i requisiti di capacità tecnica fissati alla sezione 3 della lettera di invito, conformi peraltro all'avviso pubblico che ha preceduto la fase negoziata propriamente intesa. Nello specifico, la stessa sarebbe carente del requisito di cui al par.3.3, lett. k) della lettera di invito, riferito alla previsione di cui alla lett. c) della sezione 3, ossia "aver maturato un'esperienza almeno biennale nell'attività statutaria dedicata al supporto/assistenza/accoglienza di persone appartenenti alla comunità LGBT+ ed aver operato, per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio, in servizi analoghi e/o riconducibili a quello oggetto della presente procedura". Dalla documentazione prodotta alla stazione appaltante nel subprocedimento di comprova dei requisiti, e dalle certificazioni fornite, si evincerebbe che i servizi prestati dall'operatore economico non erano specificamente orientati a persone LGBT+;

- (secondo motivo) si contesta che la mandante Programma Integra difetterebbe del requisito speciale di capacità tecnica di cui alla lett. b) della sezione 3 della lettera d'invito, con particolare riferimento all'"avere tra i propri fini statuari la tutela dei diritti sociali e civili e/o la promozione dell'inclusione

sociale, con particolare riferimento alla tutela dei diritti delle persone appartenenti alla Comunità LGBTQ+”. La parte ricorrente evidenzia, allo scopo, che, in maniera del tutto illegittima, Roma Capitale, resasi conto, in sede di comprova, del difetto del requisito, l’avrebbe poi espressamente disapplicato, come risulta dal provvedimento di aggiudicazione, in dichiarata applicazione dell’art.10 D.Lgs.n.36/2023.

4. Roma Capitale e la controinteressata Obiettivo Uomo si costituivano in giudizio, rispettivamente in data 2.10.2024 e 4.10.2024, per resistere e avversare le ragioni del ricorso, sulla base degli scritti difensivi successivamente versati in atti.

5. All’esito della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare e in ragione della relativa rinuncia, il Tribunale disponeva la fissazione del merito all’udienza pubblica del 20 novembre 2024. La difesa di Roma Capitale, fra l’altro, rappresentava che, in data 19.9.2024, è intervenuta la stipula del contratto con l’RTI aggiudicatario per l’affidamento del servizio.

6. Seguiva la presentazione, a cura delle parti, di ampie e articolate memorie difensive, anche in replica.

In particolare, la difesa di Roma Capitale deduceva:

a) sul primo motivo, ciascuna componente l’RTI possiede il requisito esperienziale. Con particolare riferimento alla capofila (Obiettivo Uomo), la documentazione esibita comprova che l’assistenza è stata erogata anche a persone LGBT+;

b) sul secondo motivo, la disapplicazione, in capo a Programma Integra, del requisito statutario, posto che la società in questione vanta in concreto l’esperienza necessaria all’assolvimento del servizio, come comprovato per tabulas dai contratti esibiti dall’operatore economico, discenderebbe de plano dall’atipicità di detto requisito, non previsto dall’art.100 D.lgs.n.36/2023, e dalla necessità di applicare il principio di tassatività delle cause di esclusione, ai sensi degli artt.10, co.2 e 100, co.11-12 D.lgs.n.36/2023, e quindi di dichiarare nulle (e tamquam non esset) le difformi previsioni della *lex specialis*.

La difesa di Obiettivo Uomo evidenzia:

c) sul primo motivo, di avere comprovato che i servizi pregressi sono stati erogati anche a beneficio di persone LGBT+ e/o a famiglie omogenitoriali. La controinteressata sottolineava altresì come il requisito di gara non implicava l’erogazione di servizi identici a quello messo a gara, bensì di servizi analoghi. Inoltre, si contesta che il ricorrente non possiede i requisiti di capacità tecnica previsti dalla *lex specialis*;

d) sul secondo motivo, la previsione dello statuto di Programma Integra, successivamente aggiornata, soddisfaceva la previsione di *lex specialis*, dal momento che includeva l’attività a favore dell’integrazione lavorativa e sociale, nozioni all’interno delle quali rientrerebbe anche quella di

soggetti LGBT+. In ogni caso, si contesta che neppure le mandanti del RTI di cui è capofila il ricorrente possiedono il requisito statutario, talchè la parte ricorrente non avrebbe interesse a sollevare la censura in questione.

7. All'udienza del giorno 20 novembre 2024 la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

8. Nella presente controversia, si discute, stando alla prospettazione di parte ricorrente, del possesso dei requisiti speciali in capo alla mandataria Obiettivo Uomo (primo motivo) ed alla mandante (Programma Integra).

Le parti intime contestano le argomentazioni ex adverso prospettate, anche in un'ottica di tipo sostanzialistico, che miri cioè a valutare se il requisito sia comunque posseduto dalle componenti il Raggruppamento ed evidenziando, altresì, per converso, la carenza dei requisiti in capo alle mandanti dell'Ati di cui fa parte il ricorrente (cfr., memoria difensiva di Obiettivo Uomo).

Sul punto, il Collegio evidenzia che, in assenza di proposizione di ricorso incidentale, e in ossequio al principio di cui all'art.34, co.2 cpa, il giudice non può esaminare profili estranei al thema decidendum, siccome non risultanti dall'attività provvedimento censurata nel ricorso introduttivo. Inoltre, quand'anche fossero fondati i rilievi sollevati dalla controinteressata, non sarebbe predicabile la carenza di interesse in capo al ricorrente rispetto all'odierno ricorso, posto che, laddove il ricorso fosse accolto, residuerebbe comunque l'interesse, di natura strumentale, alla riedizione della procedura, tenuto conto che per il lotto in esame non risultano ulteriori concorrenti ammessi.

8.1 Con la prima censura, il ricorrente contesta il difetto, in capo alla mandataria Obiettivo Uomo, del requisito di capacità tecnica fissato dalla Sezione 3, lett. c) della lettera di invito.

Tale disposizione richiedeva di “aver maturato un'esperienza almeno biennale nell'attività statutaria dedicata al supporto/assistenza/accoglienza di persone appartenenti alla comunità LGBT+ ed aver operato, per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio, in servizi analoghi e/o riconducibili a quello oggetto della presente procedura. A tal fine, il concorrente dovrà indicare per ciascun anno e in riferimento a ciascun servizio, durata e destinatari. In caso di Raggruppamenti Temporanei, i requisiti ex art. 100 del Codice, devono essere posseduti da ciascun operatore economico.

Gli organismi mandanti devono possedere i medesimi requisiti del mandatario ad eccezione della durata della esperienza di cui al punto a), che può essere inferiore al triennio, ma pari comunque ad almeno un anno”.

La doglianza è fondata.

La citata previsione introduce, a bene vedere, un duplice, concorrente requisito di capacità tecnica: da un lato, avere maturato un'esperienza almeno biennale nell'attività statutaria “dedicata” al supporto (assistenza/accoglienza) di persone LGBT+ (senza ulteriori riferimenti temporali relativamente alle annualità di maturazione del requisito), da un altro, avere erogato servizi analoghi

a quello in esame, (tuttavia) per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio. Trattasi, in verità, di due distinti requisiti di capacità tecnica: il primo afferente ad un servizio pressoché "identico" (anche se non necessariamente espletato in conformità a quello di gara), nella misura in cui si richiede di avere un'esperienza biennale maturata in modo "dedicato", ossia orientato in modo specifico all'assistenza delle persone aderenti alla comunità LGBT+, ma senza previsione di ulteriori riferimenti temporali stringenti; il secondo, afferente a servizi dichiarati "analoghi", ossia assimilabili, per tipologia di servizio (ossia di assistenza, accoglienza, ecc.) a quello di gara, con l'ulteriore previsione, in questo caso, che l'esperienza deve essere stata acquisita per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio. In pratica, il possesso di esperienza di servizi "analoghi", anche se operati per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio, non abilitava, di per sé, a partecipare alla gara, mentre, specularmente, l'esperienza biennale maturata in servizi "dedicati" a persone LGBT+ non soddisfa interamente il requisito di capacità previsto, laddove non erogato per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio.

L'esperienza pregressa palesata da Obiettivo Uomo, per come esibita alla stazione appaltante nonché nel presente giudizio, non consente di dimostrare il possesso del primo dei due requisiti, ovvero l'esperienza biennale "dedicata". Proprio l'utilizzo, nella lettera di invito, di tale aggettivo, fa ritenere che i contratti di servizio vantati dalla mandataria del RTI aggiudicatario non soddisfino il requisito di cui alla sezione 3, lett. c) prima parte della lettera di invito, non essendo "dedicati" alla comunità LGBT+.

In particolare, dalla documentazione versata in giudizio, si evince che Obiettivo Uomo ha erogato (cfr. dichiarazione Obiettivo Uomo di cui all'all.to n.8 deposito di Roma capitale del 7.10.2024, nonché all.ti 20-21 deposito di parte ricorrente del 30.9.2024) servizi non "dedicati" a persone LGBT+, bensì alla persona in generale ed alla famiglia (rif., in particolare, ai progetti "famiglie in centro" e "centro per le famiglie Ohana", dove pure, secondo quanto certificato dalle competenti strutture di Roma Capitale, erano presenti membri "afferenti alla comunità LGBTQ+"). Nella dichiarazione resa a comprova dei servizi svolti del 26.1.2024, infatti, fra i destinatari, oggetto di attenzione nella relativa, apposita colonna all'uopo predisposta dall'operatore economico, giammai compare il riferimento alle persone LGBT+, bensì, genericamente, a minori, famiglie, vittime di violenza, ecc.. In definitiva, come si evince del resto anche dalla documentazione contrattuale, i servizi esibiti a comprova non erano "dedicati" in modo specifico alla comunità LGBT+, bensì alla tutela delle persone e delle famiglie, (anche) a prescindere dalla presenza di persone LGBT+ all'interno dei nuclei assistiti o ospitati nelle strutture.

Pertanto, fermo restando che compete alla stazione appaltante l'esatta perimetrazione dei requisiti di capacità tecnica, come previsto all'art.100, co.3 D.Lgs.n.36/2023, giova rilevare che un conto è fornire assistenza e supporto dedicati alle persone LGBT+ (che miri cioè in modo particolare alla

salvaguardia delle persone con orientamento sessuale ivi riconducibile), altro è fornire assistenza e supporto alla persona o alla famiglia in quanto tali (a prescindere, dunque, dal fatto che, occasionalmente, la persona appartenga alla comunità LGBT+). Trattandosi di requisito esperienziale di capacità tecnica e data la specifica inserita nella *lex specialis*, non può predicarsene l'equipollenza.

8.2 Con la seconda censura, il ricorrente contesta l'assenza, in capo alla mandante Programma Integra, del requisito di capacità tecnica previsto nella sezione 3, lett.a) della lettera di invito.

Secondo tale previsione, il concorrente deve “avere tra i propri fini statutari la tutela dei diritti sociali e civili e/o la promozione dell'inclusione sociale, con particolare riferimento alla tutela dei diritti delle persone appartenenti alla Comunità LGBT+”.

In relazione a detto requisito, secondo quanto si ricava dalla lettura del provvedimento di aggiudicazione, nel subprocedimento di comprova, Roma Capitale ha dapprima verificato che lo statuto di Programma Integra “non contempla - alla data di presentazione delle domande di partecipazione - l'esplicito riferimento alla Comunità LGBT+”, salvo poi ritenere, in applicazione di quanto previsto dall'art.10 D.Lgs.n.36/2023, il requisito dell'avviso non proporzionato all'oggetto dell'appalto e quindi passibile di disapplicazione, avendo comunque riscontrato che l'operatore economico ha comprovato aliunde la “concreta e sostanziale competenza rispetto alle attività richieste a favore della Comunità LGBT+”.

Ad avviso del Collegio, la censura è fondata e, per converso, illegittima la disapplicazione del requisito di cui alla sezione 3, lett. a), della lettera di invito.

E' necessario rilevare, in primo luogo, che, al momento della partecipazione alla gara, lo statuto di Programma Integra non contemplava il “riferimento alla tutela dei diritti delle persone appartenenti alla Comunità LGBT+”. Era dunque corretta, sul punto, la valutazione della stazione appaltante; infatti, in ragione dell'espressa specifica inserita alla lett. a) della sezione 3 della lettera d'invito, non potevano ritenersi equipollenti le previsioni, di tale statuto, che richiamano in ordine alla tutela dei migranti, delle persone in stato di marginalità sociale, degli adolescenti, ecc., che riguardano altri fenomeni (pur) socialmente rilevanti. Del resto, il fatto che, successivamente alla presentazione dell'offerta, lo statuto di Programma Integra sia stato aggiornato, nell'oggetto sociale, con l'esplicito riferimento alla tutela delle persone LGBT+, comprova, a contrario, che la sua versione originaria non lo contemplava, in contrasto con la previsione recata dalla *lex specialis*.

La disapplicazione del requisito speciale fissato dalla *lex specialis* si pone al di fuori dell'orizzonte regolato dal terzo codice dei contratti pubblici, di cui al D.lgs.n.36/2023, *ratione temporis* applicabile al procedimento selettivo di cui trattasi.

L'art.10, co.2 regola il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilendo a tal fine che “Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere

di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”. Il principio di tassatività introduce dunque delle ipotesi di nullità testuale del provvedimento amministrativo, in deroga al generale principio per cui, in assenza di espressa comminatoria di nullità ad opera della legge, il provvedimento che viola la legge è (di regola, appunto) annullabile e non nullo, anche in caso di violazione di norma imperativa.

Nondimeno, il carattere derogatorio di detta nullità testuale fa sì che la sanzione della nullità non possa estendersi in via analogica al di fuori dei casi espressamente previsti dalla norma.

Il co.2 dell’art.10 è chiaro nel restringere la nullità alla violazione delle clausole di esclusione di tipo generale (cd. requisiti morali), attraverso il letterale riferimento agli artt.94 e 95 del codice, che disciplinano, rispettivamente, le cause di esclusione automatiche e quelle non automatiche di carattere generale. L’applicabilità dell’istituto della disapplicazione, per violazione del principio di tassatività, ai soli requisiti generali o comunque afferenti a profili formali (e non anche, quindi, ai requisiti speciali di accesso alla gara) è, peraltro, del tutto in linea con l’orientamento che, nelle previgenti versioni del codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza ha elaborato (cfr., sul punto, Consiglio di Stato, 13.2.2024, n.1434, Consiglio di Stato, 23.8.2019, n.5828; con riguardo al nuovo codice del 2023, v., Consiglio di Stato, 13.8.2024, n.7113, ove si legge: “Con l’art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023 si dispone che: - “I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice” (comma 1); - “Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte” (comma 2);

- “Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese” (comma 3).

La disposizione non stabilisce che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica per mancanza dei requisiti generali, nel senso che queste esauriscono il novero delle possibili cause di esclusione.

Osta a una tale interpretazione lo stesso decreto, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui

all'art. 100), che sono richiamati per relationem nel comma 1 ("I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice").

In tale contesto va inquadrato il comma 2, in base al quale "Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative". La previsione, riferita, anche quanto a formulazione letterale, alle sole cause escludenti di cui all'art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, vuole significare che detti articoli contengono la completa attuazione dell'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE (al quale si riferisce la relazione), inibendo la previsione di ulteriori cause escludenti e la diversa configurazione delle stesse a presidio dei requisiti di ordine generale. E ciò in coerenza con il divieto di gold plating di cui all'art. 1 comma 2 lett. a) della legge di delega n. 78 del 2022, attuata dal d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale, fra gli obiettivi del decreto legislativo di attuazione, è previsto quello del "perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse".

E l'obiettivo di stretta aderenza alle direttive ha imposto di considerare che l'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE riconosce allo Stato membro solamente il potere di prevedere, o meno, le cause di esclusione di cui al par. 4 e di specificare le condizioni di applicazione del presente articolo (par. 7), così vincolandolo a non introdurre di ulteriori.

L'inibizione all'introduzione di cause di esclusione poste a presidio dei requisiti di ordine generale, che deriva dalla previsione di tassatività delle stesse, è volta altresì a "invitare" il "legislatore in futuro" a non "giustapporre in ogni momento norme speciali e asistematiche alla disciplina codicistica" (così la relazione) e a vietare alla stazione appaltante di introdurre di ulteriori ("le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte", così l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Ma la tassatività dettata nel comma 2 con riferimento alle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023 non ha impedito al legislatore di prevedere, nell'ultimo comma dell'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023, la facoltà della stazione appaltante di "introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto", sicché la tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 non si riverbera su ogni aspetto della disciplina di gara, principiando dai requisiti di ordine speciale").

Come condivisibilmente affermato nella pronuncia sopra citata del giudice d'appello, tassatività e nullità condividono, oltre alla piena attuazione dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, il comune presupposto fondante, ossia la competenza esclusiva della legge a disciplinare i requisiti generali di accesso alle gare. Un tale assunto non è invece predicabile per i requisiti speciali, per i quali, al contrario, il co.3 dell'art.10 (norma avente valore di principio generale) attribuisce alla stazione

appaltante il compito di individuare i requisiti speciali (inclusi quelli di capacità tecnica, rilevanti nella fattispecie in esame), sia pure nel rispetto dei principi di attinenza e proporzionalità. Detto in altri termini, per i requisiti speciali, per i quali è di regola la stazione appaltante competente a fissare, nel bando, la relativa disciplina, difetterebbe (in radice) la possibilità di applicare il principio di tassatività (e il corollario della nullità per le clausole difformi), atteso che la *lex specialis*, non la legge, è competente a stabilirli.

Le considerazioni che precedono non mutano ove si consideri quanto previsto dall'art.100 D.Lgs.n.36/2023. In merito, non appare convincente l'interpretazione fornita dalla difesa dell'Amministrazione resistente, secondo cui, in particolare con il co.12, il terzo codice avrebbe esteso il principio di tassatività *strictu sensu* anche all'ambito dei requisiti speciali.

Giova premettere, prima di analizzare il testo normativo, che, se la tassatività è il *prius* logico della nullità della clausola eventualmente difforme della *lex specialis*, in assenza di una espressa comminatoria della legge, non è possibile trarre la conclusione che, alla violazione della regola tassativamente fissata dalla legge, consegua necessariamente la nullità della clausola. Questo perché, come sopra detto, alla violazione di legge, nel diritto amministrativo, la nullità per violazione di norma imperativa richiede l'espressa sanzione ad opera della legge, operando, in assenza, il consueto regime dell'invalidità-annullabilità ex art.29 cpa. Nel caso in esame, è pacifico che l'art.10, co.2 restringa ai requisiti generali la previsione della nullità delle clausole difformi dalla legge (rif. artt.94 e 95) e che, giammai, l'art.100 introduca la sanzione della nullità in ipotesi di violazione delle relative prescrizioni (sui requisiti speciali). Tale conclusione appare assorbente a confutazione delle argomentazioni proposte dalla difesa di Roma Capitale.

Ad ogni buon conto, l'analisi delle previsioni recate dall'art.100 D.Lgs.n.36/2023 consente di ritenere che, per i requisiti speciali, ivi regolati in maggior dettaglio rispetto alla previsione generale di cui al co.3 dell'art.10, l'ordinamento non abbia inteso reintrodurre, surrettiziamente e rigidamente, la regola della tassatività, sconfessando, in buona sostanza, l'affermazione contenuta nella norma di principio, ovvero al co.3 del predetto art.10.

In base al co.3, infatti, “fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”. La norma, quindi, abilita in termini generali le

stazioni appaltanti alla declinazione dei requisiti speciali di accesso alle procedure, sia pure con i temperamenti ivi emarginati.

L'art.100 D.Lgs.n.36/2023 regola, in dettaglio, i requisiti speciali per lavori, servizi e forniture e, in tale contesto, al co.1, li suddivide, quanto al contenuto, in: a) idoneità professionale; b) capacità economica e finanziaria; c) capacità tecniche e professionali. Il co.4, sesto periodo di detto articolo, rinvia ad un regolamento la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Tuttavia, fino all'adozione di tale regolamento, il co.11 prevede:

“Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”. Il successivo co.12, invocato dalla difesa di Roma Capitale, stabilisce inoltre che “Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo”. Da tale ultima affermazione, la difesa dell'Amministrazione trae la convinzione che, anche per i requisiti speciali, a dispetto dell'affermazione di principio di cui al co.3 dell'art.10, il Codice finisca per retrocedere in sintesi quello che ha dichiarato in tesi.

Tale opzione ermeneutica, ad avviso del Collegio, va disattesa, non trovando conforto né nel tenore letterale delle norme, né nella complessiva ratio legis.

Come detto, il co.3 dell'art.10 (quale norma di principio) affida alle stazioni appaltanti il potere-dovere di declinare requisiti speciali correttamente calibrati sulla natura e sul valore della procedura selettiva. L'art.100, al co.1, individua tre macro-categorie di requisiti speciali (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali) e, al co.11, nelle more dell'adozione del regolamento attuativo di cui al co.4, per servizi e forniture si prevede la possibilità di introdurre “quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”.

In proposito, si osserva che, il co.12 dell'art.100, nel limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, non si riferisce ai requisiti fissati dai singoli, specifici commi dell'articolo in questione (ossia alle disposizioni di dettaglio), bensì a quelli del “presente articolo”. Ove tale inciso fosse inteso

nel senso che le stazioni appaltanti possano richiedere solo i requisiti contemplati al co.11 dell'art.100, ne deriverebbe una seria compromissione della potestà discrezionale affermata al co.3 dell'art.10, dal momento che, in pratica, per servizi e forniture (nelle more dell'adozione del regolamento) si potrebbe prevedere solo l'aver eseguito contratti analoghi nel precedente triennio (ad esclusione, ad esempio, dei contratti per servizi identici). Si tratterebbe, in definitiva, di un regime di sostanziale, rigida tassatività (anche) dei requisiti speciali.

Ora, fermo restando che, in ogni caso, non è prevista la sanzione della nullità (il che inficia in radice la possibilità di disapplicazione della *lex specialis* che fosse eventualmente difforme), si ritiene maggiormente aderente alla *ratio legis*, ed all'affermazione di principio contenuta al co.3 dell'art.10, che il co.12 dell'art.100 vada interpretato come riferito, esclusivamente, ai macro-requisiti di cui al co.1 dell'art.100, con esclusione, quindi, della (sola) possibilità di prevedere requisiti speciali diversi da quelli di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. L'opposta interpretazione finirebbe per restringere, immotivatamente, la discrezionalità delle stazioni appaltanti, togliendo a quest'ultima il potere di calibrare, in concreto, i requisiti di capacità/idoneità degli operatori economici, facendo (in tale ipotesi) dubitare della compatibilità (costituzionale ed eurounitaria) della disposizione sia con il principio di ragionevolezza che con l'art.58 della Direttiva 2014/24/UE, che assegna alla stazione appaltante il potere di individuare i requisiti speciali, ai sensi del par.5 ("Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli

minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse"). Per quanto concerne, poi, i requisiti di capacità tecnico-professionali, il par.4, secondo periodo, dell'art.58 contempla la possibilità di esigere "in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza.". Anche l'art.58 della Direttiva, inoltre, al secondo periodo del primo paragrafo prevede una sorta di tassatività attenuata, nel senso che la discrezionalità delle stazioni appaltanti non possa fuoriuscire dai binari ampi recati dai par.2,3,4.

Non a caso, peraltro, il co.12 del citato art.100 fa salve le previsioni recate dall'art.102 del Codice, che hanno ad oggetto, effettivamente, condizioni di accesso ulteriori che non attengono ai requisiti di cui al co.1 dell'art.100 ma ad aspetti diversi (es. la garanzia della stabilità occupazionale). Ciò significa, a contrario, che, in forza dell'art.100, la stazione appaltante mantiene, in generale, la facoltà discrezionale di introdurre requisiti di capacità tecnico-professionale dell'operatore economica, certamente entro i limiti concettuali fissati dal co.3 dell'art.10; semmai, la previsione recata dal co.11 dell'art.100 rappresenta un ulteriore limite che può operare, tuttavia, limitatamente al caso in cui la stazione appaltante introduca i requisiti espressamente contemplati da detta norma (es. il fatturato

globale, i contratti analoghi). In tali circostanze, si deve reputare che la stazione appaltante non possa disciplinare il requisito in modo difforme dalla legge.

Tanto premesso e chiarito, posto che la previsione recata dalla lett. a) della sezione 3 della lettera di invito non poteva essere oggetto di disapplicazione da parte della stazione appaltante in corso di gara, alla stessa doveva essere data puntuale applicazione nel corso del procedimento di aggiudicazione, in coerenza con il generale principio che, ferma la possibilità di disapplicazione di clausole nulle, esclude siffatta possibilità per le clausole asseritamente illegittime, pena la violazione del principio di par condicio, e salva unicamente la possibilità di agire in autotutela sulla *lex specialis*, ricorrendone forme e presupposti (sul tema, cfr., *quam multis*, Consiglio di Stato, 20.3.2024, n.2704; Consiglio di Stato, 10.1.2024, n.321). Va da sé, inoltre, che, in assenza di rituale impugnazione avverso la prefata disposizione di *lex specialis*, da proporre tempestivamente in coerenza con quanto evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato fin dalla pronuncia n.3/2001 (e ribadito nella pronuncia n.4/2018), in ragione della portata escludente della clausola in questione, è estranea al *thema decidendum* della presente controversia l'indagine sulla legittimità della clausola.

L'accoglimento del gravame, quanto ad entrambe le censure di parte ricorrente, impone di annullare il provvedimento di aggiudicazione della procedura in esame, di cui alla Determinazione Dirigenziale prot. NB/117/2024 del 12 luglio 2024, nonché il relativo atto confermativo, di cui alla nota prot. NB/2024/3468.

In ossequio al vincolo conformativo nascente dalla presente decisione, e fatto salvo quanto infra per l'inefficacia del contratto, Roma Capitale si dovrà rideterminare, procedendo all'esclusione dalla gara del RTI Obiettivo Uomo, per difetto dei requisiti di capacità tecnica e, quindi, dare ulteriormente corso al procedimento.

8.3 Il Collegio passa quindi ad esaminare la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore sottoscritto da Roma Capitale con l'Ati controinteressata.

Posto l'accoglimento del gravame, come sopra rappresentato, le condizioni per dirimere l'istanza di parte ricorrente sono fissate dagli artt.121-123 del codice del processo amministrativo. Escludendo che, nella fattispecie, si ricada nell'ipotesi di cui all'art.121 ("Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni"), in applicazione dell'art.122 cpa, si ritiene di accedere alla domanda di parte ricorrente, nei limiti di seguito individuati, tenuto conto che il contratto con Obiettivo Uomo è stato sottoscritto in data 19.9.2024 ed ha durata prevista fino al 31.12.2025, residuando pertanto la possibilità che- una volta escluso l'RTI con Obiettivo Uomo e rimanendo in gara unicamente l'RTI ricorrente- quest'ultimo, all'esito delle verifiche di rito e fatte in ogni caso salve le valutazioni di competenza della stazione appaltante e l'esercizio delle prerogative a questa spettanti per legge- possa conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto.

Nondimeno, il Collegio reputa che debba essere preso in considerazione anche l'interesse della parte pubblica alla conservazione del contratto, allo scopo di salvaguardare i soggetti ospitati e/o assistiti nella struttura gestita dal RTI con Obiettivo Uomo in forza del contratto in essere del 19.9.2024 (evitando repentine interruzioni del servizio), per il tempo strettamente necessario ad espletare l'ulteriore corso del procedimento selettivo, in ossequio al vincolo conformativo nascente dalla presente decisione. Si stabilisce, pertanto, che il contratto in essere cesserà automaticamente decorsi sessanta giorni a fare data dalla comunicazione della presente decisione ovvero dalla sua notifica, se anteriore, fatta salva in ogni caso la possibilità per Roma Capitale di disporre anzitempo l'interruzione del contratto in essere con l'RTI Obiettivo Uomo, con comunicazione ad hoc da inoltrare a tutte le parti del presente giudizio.

8.4 Resta da scrutinare la domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e subentro nell'esecuzione da parte della parte ricorrente, pure formulata nel ricorso introduttivo. Stante l'esito della presente decisione e considerato che, una volta disposta l'esclusione del RTI controinteressato, Roma Capitale dovrà rideterminarsi in merito all'ulteriore corso del procedimento, la domanda di subentro può essere accolta unicamente nel limitato senso di ordinare a Roma Capitale di rideterminarsi, entro congruo termine, sull'ulteriore corso del procedimento e, qualora nulla osti, ossia espletate con esito favorevole le verifiche nei confronti del RTI del ricorrente e impregiudicate comunque le facoltà spettanti ex lege all'Amministrazione, aggiudicare la gara al RTI del ricorrente e contrattualizzare il relativo subentro nell'esecuzione del servizio.

9. Per quanto precede, in conclusione, il ricorso va accolto ai sensi, nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione.

Si dispone pertanto:

- a) l'annullamento della Determinazione Dirigenziale di Roma Capitale di cui al prot. NB/117/2024 del 12 luglio 2024 nonché della nota di Roma Capitale prot. NB/2024/3468;
- b) inoltre, che il contratto in essere con l'RTI Obiettivo Uomo ETS cessi automaticamente decorsi sessanta giorni a fare data dalla comunicazione della presente decisione ovvero dalla sua notifica, se anteriore, fatto ulteriormente salvo quanto stabilito al par.8.3 della presente decisione;
- c) altresì, di ordinare a Roma Capitale di rideterminarsi in merito all'ulteriore corso del procedimento, fatto ulteriormente salvo quanto stabilito al par.8.4 della presente decisione.

Le spese di giudizio possono nondimeno venire compensate, tenuto conto della complessità delle questioni giuridiche sottese all'esame della presente controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi, nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Consigliere

Igor Nobile, Primo Referendario, Estensore