

## **Il principio di tassatività non trova applicazione con riguardo ai requisiti speciali di partecipazione**

di Irene Lazzaro

Data di pubblicazione: 27-12-2024

*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.*

(...)

*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.*

Pubblicato il 02/12/2024

N. 21577/2024 REG.PROV.COLL.

N. 09814/2024

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9841 del 2024, proposto da: Circolo di Cultura Omosessuale "Mario Mieli" - Aps, in proprio e in qualità di mandataria della costituenda ATI composta da Circolo di Cultura Omosessuale "Mario Mieli" - APS, A Buon Diritto ONLUS APS e Famiglie Arcobaleno Associazione Genitori Omosessuali – APS, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A0405B91DA, rappresentato e difeso dagli avvocati Aurora Donato, Giulia Alberto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessia Alesii, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Programma Integra Scs, Differenza Lesbica Roma Aps, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;  
Obiettivo Uomo Società Cooperativa Sociale Ets, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Differenza Lesbica APS e Programma Integra SCS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Davide Gallotti, Marco Antonucci, Emanuela Cusmai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

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.

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 avversa 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 Integrale 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? LGBTQ+." La gara era strutturata su n.2 lotti: nel primo, a cui si riferisce la presente controversia, l'immobile per l'esercizio del servizio e? 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? LGBTQ+ 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 prova 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 capacita? 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 Comunita? 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, e? 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 e? stata erogata anche a persone LGBT+;

b) sul secondo motivo, la disapplicazione, in capo a Programma Integra, del requisito statutario, posto che la societa? 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'atipicita? di detto requisito, non previsto dall'art.100 D.lgs.n.36/2023, e dalla necessita? di applicare il principio di tassativita? 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 altresia? come il requisito di gara non implicava l'erogazione di servizi identici a quello messo a gara, bensia? di servizi analoghi. Inoltre, si contesta che il ricorrente non possiede i requisiti di capacita? 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'attivitaa? 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 e?

capofila il ricorrente possiedono il requisito statutario, talche? la parte ricorrente non avrebbe interesse a sollevare la censura in questione.

7. All'udienza del giorno 20 novembre 2024 la causa e? 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 cioe? 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 puo? esaminare profili estranei al *thema decidendum*, siccome non risultanti dall'attivit? provvedimentale 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 capacita? tecnica fissato dalla Sezione 3, lett. c) della lettera di invito.

Tale disposizione richiedeva di "aver maturato un'esperienza almeno biennale nell'attivit? statutaria dedicata al supporto/assistenza/accoglienza di persone appartenenti alla comunit? 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 dovra? 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 puo? essere inferiore al triennio, ma pari comunque ad almeno un anno".

La doglianza e? fondata.

La citata previsione introduce, a bene vedere, un duplice, concorrente requisito di capacita? tecnica: da un lato, avere maturato un'esperienza almeno biennale nell'attivit? statutaria "dedicata" al supporto (assistenza/accoglienza) di persone LGBT+ (senza ulteriori riferimenti temporali relativamente alle annualita? 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 verita?, di due distinti requisiti di capacita? tecnica: il primo afferente ad un servizio pressochè? "identico" (anche se non necessariamente espletato in conformita? 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 comunit? 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 se?, a partecipare alla gara, mentre, specularmente, l’esperienza biennale maturata in servizi “dedicati” a persone LGBTQ+ non soddisfa interamente il requisito di capacita? previsto, laddove non erogato per almeno 12 mesi nell’ultimo triennio.

L’esperienza pregressa palesata da Obiettivo Uomo, per come esibita alla stazione appaltante nonche? 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 comunita? LGBTQ+.

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, nonche? all.ti 20- 21 deposito di parte ricorrente del 30.9.2024) servizi non “dedicati” a persone LGBTQ+, 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 comunita? 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 LGBTQ+, 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 comunita? LGBTQ+, bensì? alla tutela delle persone e delle famiglie, (anche) a prescindere dalla presenza di persone LGBTQ+ all’interno dei nuclei assistiti o ospitati nelle strutture.

Peraltro, fermo restando che compete alla stazione appaltante l’esatta perimetrazione dei requisiti di capacita? tecnica, come previsto all’art.100, co.3 D.Lgs.n.36/2023, giova rilevare che un conto e? fornire assistenza e supporto dedicati alle persone LGBTQ+ (che miri cioe? in modo particolare alla salvaguardia delle persone con orientamento sessuale ivi riconducibile), altro e? fornire assistenza e supporto alla persona o alla famiglia in quanto tali (a prescindere, dunque, dal fatto che, occasionalmente, la persona appartenga alla comunita? LGBTQ+). Trattandosi di requisito esperienziale di capacita? tecnica e data la specifica inserita nella *lex specialis*, non puo? predicarsene l’equipollenza.

8.2 Con la seconda censura, il ricorrente contesta l’assenza, in capo alla mandante Programma Integra, del requisito di capacita? 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 Comunita? LGBTQ+”.

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.3672023, 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.

È 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 piu? 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 *prins* 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 se?, 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, e? 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 e? 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

## **Guida alla lettura**

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale Amministrativo per il Lazio ha analizzato il **principio**

## **di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, previsto dall'articolo 10 del D.Lgs. n. 36/2023.**

Nella causa in esame, parte ricorrente rappresentava la condotta lesiva posta in essere dalla stazione appaltante, la quale, dopo aver constatato, in sede di verifica dei requisiti, la mancanza di un requisito speciale indicato in capo alla mandante, procedeva alla disapplicazione della clausola di gara che ne imponeva il possesso, attribuendovi la contrarietà al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ebbene, il giudice amministrativo, nel dirimere la controversia, si è pronunciato favorevolmente in merito alla fondatezza delle due censure sollevate e, muovendo dalla seconda doglianza, ha svolto importanti considerazioni sul tema rappresentato.

Il Collegio, in conformità ad un recente orientamento espresso dal Consiglio di Stato (si veda, in proposito, la sentenza n. 7113 del 13 agosto 2024), ha preliminarmente osservato che **l'articolo 10, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023, stabilisce che le cause di esclusione relative ai requisiti generali (artt. 94 e 95) sono tassative e, pertanto, qualsiasi clausola che introduca ulteriori motivi di esclusione è da considerarsi nulla (*tamquam non esset*). Nondimeno, tale nullità non sarebbe soggetta ad estensione in via analogica, in ragione del carattere derogatorio della norma che la prevede.**

Non solo. Il TAR ha altresì precisato che il comma 2 dell'art. 10, stabilendo la tassatività delle cause di esclusione in relazione agli articoli 94 e 95, garantisce l'attuazione di quanto previsto dall'articolo 57 della direttiva n. 2014/24/UE, la quale riconosce allo Stato membro il potere di prevedere, o meno, le cause di esclusione di cui al paragrafo 4 e di specificare le condizioni di applicazione del presente articolo (par. 7), in tal modo inibendo l'introduzione di ulteriori cause.

**Pertanto, solo le disposizioni che riguardano i requisiti generali di idoneità morale e giuridica sono soggette a tassatività, con esclusione dei requisiti speciali, che restano oggetto dell'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti, purché conformemente ai principi di proporzionalità e attinenza all'oggetto dell'appalto.**

In effetti, secondo l'analisi del Collegio decidente, l'inibizione relativa all'introduzione di cause di esclusione afferenti all'alveo dei requisiti di ordine generale, non confligge con la facoltà, legislativamente attribuita alle stazioni appaltanti, di introdurre requisiti speciali di tipo economico-finanziario o tecnico-professionale, a condizione che rispettino le condizioni di cui sopra, nonché parametri di carattere generale (favore per le piccole e medie imprese se compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala, secondo quanto disposto dall'ultimo comma dell'articolo 10).

**La regola della tassatività dei soli requisiti generali risulta confermata ove si vada a prendere in considerazione l'articolo 100 del D.Lgs. n. 36/2023, che suddivide detti requisiti speciali in tre categorie principali: idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, e capacità tecniche e professionali, statuendo altresì che, in attesa della definizione dei requisiti di qualificazione per gli appalti di servizi e forniture per mezzo di un**

regolamento attuativo da emanarsi, fino all'adozione dello stesso le stazioni appaltanti possono richiedere, tra gli altri, fatturato globale e esperienza pregressa.

In ultimo, viene in rilievo il comma 12 dell'articolo 100. Esso impone alle stazioni appaltanti di richiedere esclusivamente i requisiti di qualificazione definiti in tale norma, ma questa limitazione deve essere interpretata nel contesto più ampio dell'intera normativa di riferimento.

Infatti, **il comma 12 non si riferisce ai singoli requisiti elencati nel comma 11 (come il fatturato globale e l'esperienza pregressa), ma alle categorie generali di requisiti specificate al comma 1**; pertanto, la stazione appaltante ha la possibilità di definire i requisiti di qualificazione solo all'interno di queste macro categorie, rispettando la struttura prevista dal legislatore, ma con ampio margine di discrezionalità.

Interpretare il comma 12 in modo restrittivo, ossia come un divieto per le stazioni appaltanti di fissare requisiti diversi da quelli del comma 11, porterebbe piuttosto a limitare ingiustificatamente la loro discrezionalità nel definire i requisiti specifici per ciascun appalto, trasformando di fatto i requisiti speciali in una sorta di elencazione tassativa impropria, contraria rispetto alla logica stessa della norma.

La pronuncia, pur se ad una prima lettura può apparire macchinosa con riferimento all'*iter* motivazionale seguito, si connota per essere di grande rilievo, in quanto fornisce un valido apporto nell'ambito del contrasto relativo alla qualificazione – in termini di tassatività o meno – di detto ordine di requisiti.

In questa sede, lungi dal voler fornire un apporto in alcun modo decisivo in tale contesto, si tenterà di proporre una ricostruzione alternativa e complementare della *quaestio iuris*, che corrobora la posizione sostenuta in sentenza, al fine di avvalorare la tesi della non-tassatività dei requisiti speciali.

A ben vedere, può constatarsi che **l'articolo 10 svolge una funzione di "guida", dettando le modalità di attuazione della disciplina dei requisiti generali e speciali**. Pertanto, dall'adozione di questo angolo visuale consegue che **il comma primo ("i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite") è funzionale a stabilire una regola di ampia portata**, determinando in tal senso la categorica preclusione per la stazione appaltante di individuare come aggiudicatario l'operatore economico nei cui confronti sia accertata la sussistenza di cause di esclusione.

Andando avanti, **il secondo comma, come anticipato, pone la regola della tassatività dei requisiti generali, ovvero sia i requisiti finalizzati a definire l'idoneità morale del concorrente**.

In tema, è di tutta evidenza la *ratio* che sorregge tale previsione: "blindare", attraverso il rafforzamento del principio di legalità, tale categoria, in ragione della preminente funzione svolta, ovvero sia la tutela dell'ordine pubblico.



In ultimo, la norma si occupa dei requisiti speciali, assegnando alla stazione appaltante il potere di inserire discrezionalmente ulteriori requisiti con funzione selettiva all'interno dei bandi di gara, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto. Ciò al fine di permettere all'autorità committente di individuare il contraente sulla base di più precisi standard che, compatibilmente con la natura dell'oggetto dell'acquisizione, permettano di svolgere un accurato processo di selezione.

**Il comma 3, che rappresenta il presupposto logico del successivo articolo 100, si pone dunque a chiusura della norma e disciplina un ambito di requisiti ultroneo rispetto al precedente, in relazione al quale non risulta convincente constatare che si è in presenza di una “deroga”, dovendosi piuttosto operare una distinzione qualitativa (che sia, dunque, appuntata sulla diversa *species* di requisiti introdotta).**

A riscontro di quanto appena rappresentato, è sufficiente adottare una visione sistematica della struttura dell'articolo in commento per notare la disgiunzione, tramite i due commi, delle due distinte classi di requisiti. Ne deriva che, ove il legislatore avesse voluto estendere la regola della tassatività ai requisiti speciali elencati dal codice, si sarebbe presumibilmente espresso in tal senso.

Tale considerazione non muta quantunque si vada a prendere in considerazione l'articolo 100. Quest'ultimo, invero, ha portata chiarificatrice ed ampliativa, enucleando tre macro categorie entro le quali è possibile formulare detti requisiti speciali (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali) e stabilendo, al successivo sesto periodo del quarto comma, che l'onere di definizione degli stessi sarà assolto da un regolamento di cui si attende l'entrata in vigore. Sino a quel momento, prosegue il comma 11, le singole stazioni appaltanti possono richiedere ai concorrenti alle gare un fatturato globale nel triennio precedente non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, nonché di aver eseguito, sempre nel triennio precedente, contratti analoghi a quello oggetto di affidamento anche a favore di soggetti privati.

Le previsioni di cui si è appena dato conto devono essere coordinate con il successivo comma 12, a guisa del quale *“salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo”*.

**Il punto centrale della causa in esame è precisamente costituito dalla dualità di interpretazioni volte a porre in correlazione tale ultima disposizione (di cui al comma 12 dell'articolo 100) con quanto normativamente sancito nelle disposizioni precedenti.**

Il Collegio ha ben delineato il perimetro del combinato disposto *de quo*, riconoscendo che: *“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.”*

**In pratica, il comma 12, nel momento in cui limita la discrezionalità delle stazioni appaltanti, obbligando le stesse a richiedere esclusivamente i requisiti di qualificazione previsti dall’articolo 100, non va riferito ai singoli specifici requisiti indicati dal comma 11 (fatturato globale ed esperienza pregressa), ma riguarda le macro categorie di requisiti elencati al comma 1.**

Vero è che, comunque, **la necessità di permettere il dispiegamento della discrezionalità della stazione appaltante deve essere controbilanciato da un vincolo, uguale e contrario che, d’altro canto, permetta di incanalare tale potere entro limiti ben definiti. Ciò al fine di garantire, da un lato, l’espletamento delle funzioni amministrative secondo le modalità ritenute più confacenti alla singola occorrenza alla base dell’acquisizione e, dall’altro, la massima partecipazione degli operatori economici.**

Il punto di equilibrio, allora, va ricercato nel **principio di proporzionalità**, richiamato esplicitamente nel **comma terzo dell’articolo 10**, che costituisce il tramite per l’attuazione nel caso concreto del principio del risultato e la sintesi delle due opposte tesi appena rappresentate.

**L’esercizio dell’azione amministrativa declinata nel rispetto della proporzionalità - che in sé compendia quali tre elementi costitutivi l’idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto – deve, pertanto, considerarsi di per sé sufficiente ad assicurare il buon andamento della procedura di evidenza pubblica, senza che la discrezionalità della stazione appaltante sia compromessa da limiti stringenti, tassativi e, conseguentemente, non sempre adeguati al perseguimento dell’interesse pubblico complessivamente inteso.**