

Pubblicato il 13/04/2021

N. 00530/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00444/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 444 del 2021, proposto da

C.D.S. Onlus Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Clemente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castellaneta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Martellotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

SELPA S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione formato dal R.U.P., Arch. Pasquale Dalò, Dirigente del VII Settore Patrimonio e Marketing del Comune di Castellaneta, protocollo e data non conosciuti, notificato alla CDS ONLUS Coop. Soc., in data 16 febbraio 2021, con il quale quest'ultima aggiudicataria provvisoria è

stata esclusa dalla “*Procedura negoziata per l’affidamento delle attività di custodia e pulizia strutture sportive e apertura e chiusura ville comunali. Biennio 2021-2022 – CIG 85200040F6A*” e della stessa decisione adottata dal citato R.U.P. di escludere l’odierna ricorrente dalla gara *de qua*;

- ove occorra, nei limiti dell’interesse della odierna ricorrente, della nota del 9 febbraio 2021 a firma del citato R.U.P. del Comune di Castellaneta con oggetto, testualmente, “*Procedura negoziata per l’affidamento delle attività di custodia e pulizia strutture sportive e apertura e chiusura ville comunali. Biennio 2021-2022 – Verifica dei requisiti speciali – Diffida ad adempiere*”; delle comunicazioni del medesimo R.U.P. inviate a mezzo mail del 29 gennaio 2021 e del 5 febbraio 2021, con le quali è stato richiesto di produrre idonea documentazione/certificazione a comprova del requisito di idoneità professionale dell’iscrizione alla piattaforma MEPA relativamente a “*Attività – pulizia degli immobili e sanificazioni impianti*”;

- ove, occorrer possa, e nei limiti dell’interesse, della lettera d’invito alla procedura negoziata *de qua*, ove ritenuta lesiva degli interessi della odierna ricorrente, nello specifico, per l’annullamento e/o accertamento della relativa nullità e/o disapplicazione e/o invalidazione della clausola rubricata: “*Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*”, nella parte in cui prevede in capo al concorrente, testualmente, di «*essere obbligatoriamente iscritti ed accreditati negli elenchi della Piattaforma telematica MEPA relativamente a Attività – pulizia degli immobili e sanificazione impianti*»;

- ove occorrer possa, e nei limiti dell’interesse, dell’Avviso alla procedura negoziata *de qua*, ove ritenuta lesiva degli interessi della odierna ricorrente, nello specifico, per l’annullamento e/o accertamento della relativa nullità e/o disapplicazione e/o invalidazione della clausola rubricata: Operatori a cui è rivolto nella parte in cui prevede in capo al concorrente, testualmente, di «*essere obbligatoriamente iscritti ed accreditati negli elenchi della Piattaforma telematica MEPA relativamente a Attività – pulizia degli immobili e sanificazione impianti*»;

- ove occorrer possa, e nei limiti dell'interesse, della lettera d'invito alla procedura negoziata *de qua*, clausola "Cause di esclusione", ove ritenuta lesiva degli interessi dell'odierna ricorrente;
- della nota del R.U.P. del Comune di Castellaneta del 17 marzo 2021, che ha rigettato l'istanza di annullamento in autotutela e confermato il provvedimento di esclusione dalla gara *de qua* della odierna ricorrente;
- dell'aggiudicazione della "*Procedura negoziata per l'affidamento delle attività di custodia e pulizia strutture sportive e apertura e chiusura ville comunali. Biennio 2021-2022 – CIG 85200040F6A*", disposta dal Comune di Castellaneta, allo stato non conosciuta, ove nel frattempo intervenuta, in capo alla SELPA S.r.l. o ad altro concorrente in graduatoria;

e per la declaratoria

- di inefficacia del contratto d'appalto, ove *medio tempore* stipulato, anche in ragione del mancato rispetto del periodo di *stand still*;

e per il risarcimento

- in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto *de quo* con subentro nel contratto in corso e solo in via subordinata per equivalente quantificato in via prudenziale nel mancato utile (10% dell'offerta di gara), nel danno curriculare (5% dell'importo a base d'asta), nonché nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara, ivi comprese le spese per la progettazione, con riserva di quantificazione in corso di causa anche a seguito di CTU.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castellaneta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Nino Dello Preite nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2021, svoltasi in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, per come richiamato dall'art. 25, comma 1, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, e s.m.i., e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in oggetto, la C.D.S. Onlus Cooperativa Sociale espone in punto di fatto di aver partecipato alla *“Procedura negoziata per l'affidamento delle attività di custodia e pulizia strutture sportive e apertura e chiusura ville comunali. Biennio 2021-2022 – CIG 85200040F6A”*, indetta dal Comune di Castellaneta con deliberazione G.C. n. 137 del 1° ottobre 2020 e che - in esito alle operazioni di gara - il R.U.P. formulava proposta di aggiudicazione in suo favore.

1.1. Espone, altresì, che successivamente, con gli atti in questa sede gravati, veniva esclusa dalla procedura *de qua*, a causa del riscontrato mancato possesso, in data antecedente al termine di presentazione dell'offerta, della *“iscrizione ed accreditamento negli elenchi della piattaforma telematica MEPA”*, obbligatoriamente richiesta dalla legge di gara, tra i requisiti di ordine generale e di idoneità.

1.2. A seguito di formale istanza di annullamento in autotutela della disposta esclusione, il R.U.P., con nota del 16 febbraio 2021, confermava di non poter dare corso all'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, argomentando che il possesso di detta iscrizione è *“prescritto dalla lex specialis quale requisito professionale ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), e 3, del D.lgs. n. 50/2016 la cui utilità sostanziale è quella di consentire l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico”*.

1.3. Avverso tali determinazioni e le presupposte previsioni di gara è insorta la società ricorrente, chiedendone l'annullamento ed instando, altresì, per l'eventuale risarcimento in forma specifica ovvero, in via subordinata, per equivalente.

1.4. Si è costituito il Comune di Castellaneta, deducendo l'irricevibilità per tardività del ricorso (la clausola recante il requisito *de quo* andava impugnata immediatamente, in quanto immediatamente escludente) e, nel merito, l'infondatezza del mezzo di gravame; la controinteressata, sebbene ritualmente evocata, non si è costituita in giudizio.

2. Alla camera di consiglio del 7 aprile 2021, la causa è stata trattenuta in decisione *ex art.* 60 c.p.a.

3. La società ricorrente ha dedotto plurimi motivi di ricorso, con i quali denuncia, in particolare, la violazione degli artt. 76 e 83 del D. Lgs. n. 50/2016, in relazione al principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché eccesso di potere, nelle sue varie figure sintomatiche.

3.1. Con i diversi ordini di censura viene stigmatizzata l'illegittimità della contestata esclusione, in quanto:

- laddove l'Amministrazione aggiudicatrice abbia inteso prevedere un obbligo di iscrizione al MEPA, quale requisito per la dimostrazione della inidoneità professionale del concorrente nello specifico settore merceologico, la clausola *de qua* è nulla, imponendo un adempimento che si risolve in un ostacolo alla partecipazione alla gara, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza;
- detta clausola della *lex specialis* è irrazionale e inconferente, non sussistendo alcun nesso tra la dimostrazione del possesso di un requisito di idoneità professionale (nella specie, l'attività di pulizia e di sanificazione degli impianti) e la mera iscrizione su una piattaforma informatica concepita per tutt'altro fine, ossia quale strumento di acquisto per semplificare e rendere più convenienti le procedure di acquisto delle PP.AA.;
- la C.D.S. Onlus possiede le esperienze e le capacità professionali per la "*Pulizia degli immobili e sanificazioni impianti*", così come attestato dalla relativa iscrizione nella "*Categoria prevalente esercitata nella sede*", risultante dalla sua visura camerale;

- la discrezionalità della P.A. nello stabilire le condizioni di partecipazione alla gara, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, non è assoluta e incontra un limite espresso nel c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'ultimo periodo dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dagli stessi criteri di logicità, non contraddittorietà e ragionevolezza;
- la procedura di iscrizione nel MEPA è stata avviata dalla ricorrente in data antecedente alla scadenza della gara in questione e non si è perfezionata in tempo utile a causa di una mancanza avente carattere meramente formale, scusabile per buona fede, e comunque non incidente sulla sostanza del possesso dello specifico requisito richiesto per la partecipazione alla gara;
- in ogni caso, la procedura abilitativa nella citata categoria merceologica è stata completata prima dell'aggiudicazione provvisoria, sicché l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di emendare il suddetto errore meramente formale, merco ricorso al c.d. soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016.

4. Premette il Collegio che, rispetto alla decisione della controversia in esame, assume rilievo il disposto dell'art. 83, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016, secondo cui, *“ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a) [ossia dei requisiti di idoneità professionale] i concorrenti alle gare... devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura...”*.

4.1. La seconda disposizione dirimente, ai fini del decidere, è l'art. 83, comma 8, del medesimo decreto legislativo, laddove, nel disciplinare i criteri di selezione e il soccorso istruttorio, stabilisce che: *«Le stazioni appaltanti 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 ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa,*

nonché delle attività effettivamente eseguite. [...] I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

4.2. Viene, infine, in rilievo la clausola della lettera di invito, che così recita: *«Per essere ammessi, i concorrenti devono possedere, alla data fissata quale termine per la presentazione dell’offerta, i seguenti requisiti [...] - iscrizione nel registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura per attività di pulizia e sanificazione ambientale, servizi di custodia e guardiania [...] - essere obbligatoriamente iscritti ed accreditati negli elenchi della Piattaforma telematica MEPA relativamente a: Attività – pulizia degli immobili e sanificazioni impianti».*

5. Ciò premesso, deve essere anzitutto respinta l’eccezione di irricevibilità del ricorso, formulata dal Comune resistente, in relazione alla dedotta tardiva impugnazione della clausola della lettera di invito, ritenuta immediatamente escludente.

5.1. Come noto, a partire dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 29 gennaio 2003, si è posto il principio secondo cui vi è *“un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l’impossibilità per l’interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale”*.

5.2. Sulla scia di tale linea interpretativa e nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, la giurisprudenza ha a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel *genus* delle clausole immediatamente escludenti le fattispecie di: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale

(si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); *b*) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001); *c*) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); *d*) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293); *e*) clausole impositive di obblighi *contra ius* (Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); *f*) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate; *g*) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "*non soggetti a ribasso*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

5.3. Per converso, è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282).

5.4. Con l'introduzione nel nostro ordinamento - sotto l'influenza delle norme e dei principi europei, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia - del principio di tassatività delle cause di esclusione, la fondamentale sentenza resa da Ad. Plen. n. 9 del 25 febbraio 2014 ha rimarcato che la disposizione dell'art. 46, co. 1-*bis*, del D. Lgs. n. 163/2006 (primo codice dei contratti pubblici) «*deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur*

senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus».

5.5. In tale contesto, la sopra citata sentenza ha chiarito che la sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici, rispetto alle quali si dovrà fare applicazione dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c.

5.6. In virtù di tale *dictum*, qualora la legge di gara, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, la relativa clausola escludente è da considerarsi nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante, ovvero da parte del giudice.

5.7. Con sentenza n. 4 del 26 aprile 2018, l'Adunanza Plenaria ha poi sostanzialmente confermato gli approdi cui era giunta con la precedente sentenza n. 1/2003, sopra riepilogati, enunciando il principio di diritto secondo cui *“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”*.

5.8. Infine, con la recente sentenza n. 22 del 16 ottobre 2020, la stessa Adunanza Plenaria ha integrato i principi sanciti dalla prefata sentenza n. 9/2014, specificando che l'operatività del regime di nullità ex art. 83, comma 8, del vigente Codice degli appalti (D. Lgs. n. 50 del 2016), deve essere riferita al caso della *“clausola escludente contra legem”*; e ciò in ragione della composita *ratio* di detta norma, consistente nella individuazione di *“un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando*

essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata”.

5.9. Tale ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha, dunque, ritenuto che sia sanzionata con la nullità la clausola escludente *contra legem* e che detta nullità vada intesa come nullità in senso tecnico, con conseguente improduttività dei suoi effetti: tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che siano sorretti da quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi.

6. Volendo, a questo punto, effettuare una *reductio ad unitatem* dei principi emersi dalle prefate pronunce del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, succedutesi nel tempo, si può argomentare come segue.

6.1. La clausola nulla, in quanto contrastante con una norma imperativa di legge posta a presidio di interessi o di valori che l'ordinamento intende garantire in via assoluta, non impone al concorrente l'immediata impugnazione della documentazione di gara recante detta clausola che, essendo nulla, è da considerarsi non apposta.

6.2. Ove, invece, la clausola della *lex specialis* - pur non ponendosi in diretto contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione - impedisca comunque la partecipazione del concorrente alla gara e ne pregiudichi, quindi, il relativo interesse (pure in tesi coincidente con un interesse di carattere più generale), sarà predicabile l'ordinario binomio illegittimità/annullabilità, con conseguente onere di relativa impugnazione nel termine decadenziale.

7. Orbene, alla stregua del reticolo normativo e giurisprudenziale sopra delineato, reputa il Collegio che la clausola della lettera di invito, per cui vi è causa, preveda una causa di esclusione *contra legem* e debba, pertanto, ritenersi affetta da nullità ai sensi del citato art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016.

7.1. Conseguentemente, deve essere rigettata l'eccezione di irricevibilità dell'impugnazione, proposta dall'Amministrazione resistente, alla stregua dei

principi da ultimo fissati dalla citata Ad. Plen. n. 22/2020, secondo cui, al cospetto di siffatta nullità, *“non vi è dunque alcun onere [...] per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l’ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi “inefficace” ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell’atto precedente”*.

7.2. In tal caso, infatti, la nullità prevista dal codice degli appalti deve essere intesa anch’essa come nullità in senso tecnico, con conseguente improduttività *ex lege* dei suoi effetti.

8. Nel merito, i motivi di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente per l’evidente comunanza delle questioni trattate, sono meritevoli di accoglimento.

8.1. Ad avviso del Collegio, la previsione della iscrizione del concorrente al MEPA, quale requisito necessario per comprovare il possesso di una determinata idoneità professionale, integra una clausola impositiva di un obbligo *contra ius*, siccome violativa del sistema di qualificazione professionale previsto dal combinato disposto del comma 1, lett. *a*), e del comma 3 dell’art. 83 D. Lgs. n. 50/2016, richiamato in premessa.

8.2. Come chiarito dalla recente giurisprudenza, nell’impostazione del nuovo codice degli appalti l’iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere *b*) e *c*) del medesimo comma.

8.3. Proprio con riferimento a tale iscrizione (e non già con riferimento alla iscrizione al MEPA, come invece addotto dall’Amministrazione convenuta nel provvedimento impugnato), la giurisprudenza ha riconosciuto che la sua utilità sostanziale è quella di filtrare l’ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell’affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257) ed ha aderito ad

“un’interpretazione doverosamente teleologico-funzionale, delle previsioni circa il possesso dei requisiti della partecipante, piuttosto che su di una (interpretazione) meramente formale” (in tal senso Cons. Stato, sez. V, sent. 120 del 18.01.2016, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257).

9. A fronte del valore legalmente riconosciuto alla iscrizione camerale, il Mercato Elettronico - secondo la definizione che ne offre il Codice dei Contratti - si pone invece come *“uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo, basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica”* (v. art. 3, comma 1, lett. *bbbb*).

9.1. L’art. 36, comma 6, dello stesso codice prevede, in relazione ai contratti sotto soglia, che *“le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell’economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni”*.

9.2. Trattasi, come è evidente, di un sistema telematico del tutto innovativo nella realtà del nostro ordinamento giuridico, che coniuga le esigenze delle amministrazioni alle dinamiche del mercato, in un’ottica di massima trasparenza ed efficacia delle iniziative di acquisto di beni e di servizi.

9.3. Ed invero, secondo condivisibile giurisprudenza, lo strumento del MEPA è stato concepito nel nostro ordinamento al fine di assicurare *“la semplicità e la celerità delle procedure concorsuali, nonché la maggiore economicità, consentendo di ampliare la platea dei fornitori e riducendo, al contempo, i tempi e i costi della procedura concorsuale”* (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 2199; T.A.R. Puglia - Lecce, 11 dicembre 2017, n. 1949).

9.4. L’iscrizione al MEPA, quindi, non surroga, né integra, il sistema di qualificazione professionale delle imprese, ma fornisce agli operatori economici la possibilità di interagire con le stazioni appaltanti pubbliche,

secondo criteri di semplificazione e di tracciabilità, su una piattaforma digitale, alla quale peraltro - come emerge dagli atti del processo - è possibile accreditarsi attraverso un procedimento di abilitazione fondato su dati autocertificati dalla stessa impresa richiedente l'abilitazione.

10. Risulta, quindi, illegittimo ed ultroneo porre a carico del concorrente un adempimento privo di copertura normativa, ed anzi antinomico rispetto al disposto del citato art. 83, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016, secondo cui - per dimostrare la sussistenza dei requisiti di idoneità professionale afferenti all'oggetto dell'appalto - i concorrenti in gara *“devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura...”*, disposizione, questa, da cui emerge in modo certo il carattere imperativo dello specifico adempimento ai partecipanti alla gara.

10.1. Neppure si può ritenere che la clausola in questione sia ammissibile sulla base dell'art. 83, comma 8, primo periodo, del D. Lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede che *«le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità»*.

10.2. Infatti, la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della Pubblica Amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che, in modo generalizzato, ostacolino la partecipazione alla gara - come è avvenuto nel presente caso per l'iscrizione al MEPA -, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza.

10.3. In definitiva, la prescrizione di gara - se intesa, come ha fatto la P.A., nel senso che il possesso di detta iscrizione sia prescritto quale requisito imprescindibile di idoneità professionale - è nulla, ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione cristallizzato nell'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50 cit., e da tale nullità deriva che i provvedimenti qui gravati, in quanto applicativi della clausola nulla, sono anch'essi illegittimi.

11. Per le considerazioni suesposte, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti con cui è stata dapprima disposta, e poi confermata, l'esclusione della ricorrente dalla procedura *de qua agitur*.

12. Considerata la vicenda nel suo complesso e tenuto conto delle oscillazioni della giurisprudenza rilevante ai fini della decisione, solo da ultimo risolte con la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, è possibile procedere alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, e dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Andrea Vitucci, Referendario

Nino Dello Preite, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nino Dello Preite

IL PRESIDENTE
Antonella Mangia

IL SEGRETARIO

