

Pubblicato il 03/01/2023

N. 00068/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00332/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 332 del 2022,
proposto da

R.L.C. S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo
raggruppamento temporaneo di imprese con mandante la C.A.A. S.r.l., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia;

contro

Kam Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo del
raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante Q.I.D. Infissi S.r.l.,
in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e
difese dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e
difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in

Roma in via dei Portoghesi, 12 è domiciliato *ex lege*;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), 13 dicembre 2021, n. 1510, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Kam Costruzioni S.r.l., di Q.I.D. Infissi S.r.l. e del Ministero della Difesa;

Visto l'appello incidentale del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il consigliere Angela Rotondano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto al TAR del Veneto la Kam Costruzioni s.r.l., che era stata invitata –partecipandovi poi quale capogruppo mandataria in costituendo RTI con la mandante Q.I.D. Infissi S.r.l. - alla procedura negoziata senza bando “21-242-R-PN-VILLAFRANCA” avente ad oggetto l'appalto dei lavori di “*realizzazione APOD/ATOC*” presso l'aeroporto militare di Villafranca di Verona, avviata dal Ministero della difesa- Direzione generale e del Demanio (con determina a contrarre n. 62 del 12.7.2021), per l'importo a base di gara di € 2.932.908,09, di cui € 28.190,07 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 36, comma 9 *bis*, D.Lgs. 50/2016, ha impugnato il provvedimento di esclusione del R.T.I. dalla suddetta procedura di affidamento del 13 settembre 2021, adottato dal Reparto Genio A.M. di Villafranca di Verona, e gli ulteriori atti presupposti, connessi e conseguenti indicati in ricorso, comunque lesivi dei suoi interessi.

2. Il RTI ricorrente, premesso che in virtù del ribasso offerto sarebbe risultato primo non anomalo in graduatoria tra tutti i dodici concorrenti, con conseguente aggiudicazione della gara anche all'esito dell'eventuale modifica della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 2 *bis*, D.Lgs. 50/2016, ha contestato la legittimità dell'esclusione dalla gara su indicata, disposta dalla Stazione appaltante per la mancata registrazione della mandante del RTI alla piattaforma ME.PA della Consip, articolando due motivi di impugnazione.

2.1. In particolare, con il primo motivo ha lamentato che il provvedimento di esclusione si fonderebbe sulla mera formalità della mancata registrazione alla piattaforma ME.PA. della Consip S.p.A. della mandante Q.I.D., nonostante il possesso, in capo a quest'ultima, del requisito sostanziale inerente la categoria specialistica OS18-B richiesta dalla *lex specialis* di gara, come da certificato SOA: ciò, peraltro, ancorché l'art. 1 del capitolato d'onori Consip (per l'abilitazione degli operatori economici alla categoria di lavori di Manutenzione Opere specializzate al ME.PA.) non prevedesse l'abilitazione al ME.PA. per la categoria specialistica OS18-B.

Ha quindi censurato il provvedimento di esclusione perché affetto da violazione di legge, nonché da intrinseca contraddittorietà, in quanto l'art. 15 del disciplinare di gara, nel disciplinare la partecipazione in RTI, al punto 15.2.2 sussunto sotto la rubrica “*IMPRESA MANDANTE/CONSORZIATA*” non conterrebbe alcuna previsione specifica di esclusione per la mancata abilitazione della (sola) mandante alla piattaforma ME.PA. (cui era comunque abilitata la capogruppo mandataria). Tale prescrizione avrebbe, di conseguenza, ingenerato nel RTI ricorrente l'affidamento sulla non applicabilità della non abilitazione al ME.PA. della mandante per la sopra indicata categoria specialistica, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 1 del Capitolato Consip.

2.2. Con il secondo motivo si è poi lamentato che l'art. 15 del disciplinare violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, D.Lgs. cit., giacché l'obbligo di registrazione alla piattaforma ME.PA.

costituirebbe un adempimento meramente formale che non integra né supplisce i requisiti speciali tecnico professionali previsti dall'art. 83, comma 3, D.Lgs. 50/2016, posseduti sostanzialmente nel loro complesso dal RTI ricorrente, e in particolare dalla mandante, imponendo così un adempimento che si risolverebbe in un ostacolo alla partecipazione alla gara, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza.

2.3. La ricorrente ha, inoltre, dedotto anche l'illegittimità dell'art. 15 del disciplinare di gara nella parte in cui prescrive l'esclusione dalla procedura di affidamento per gli operatori economici in RTI non abilitati alla piattaforma ME.PA., ancorché in possesso dei requisiti generali e speciali ex artt. 80 e 83 D.Lgs. 50/2016, perché in violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, D.Lgs. 50/2016, di proporzionalità, di massima partecipazione e non discriminazione, nonché dell'art. 51 comma 4 del Regolamento Consip e dell'art. 2 del capitolato d'onori Consip, ove interpretati come cause di esclusione integrativi degli artt. 80 e 83, comma 3, D.Lgs. 50/2016.

2.4. Ha quindi domandato l'annullamento degli atti impugnati e il risarcimento dei danni, in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

2.5. Con ordinanza in data 14 ottobre 2021 il Collegio di prime cure ha accolto la domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza del Ministero della difesa e della società controinteressata R.L.C. s.r.l., il Tribunale amministrativo:

- ha respinto preliminarmente l'eccezione di incompetenza per territorio del giudice adito sollevata dall'Amministrazione (essendo il Regolamento Consip impugnato solo se e per quanto occorrer possa, in quanto lesivo dell'interesse della ricorrente e ove interpretato nel senso di imporre una specifica causa di esclusione dalla gara);

-ha accolto il ricorso, ritenendo fondato in via assorbente il secondo motivo di gravame, con il quale si è lamentata la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, e ha annullato il provvedimento di esclusione gravato;

- ha compensato le spese di lite.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello l'originaria controinteressata R.L.C. s.r.l., capogruppo mandataria del costituendo RTI con mandante la C.A.A. s.r.l., affidando il gravame a un unico articolato motivo così rubricato: "Error in iudicando. *Sulla presunta violazione e distorta applicazione dell'art. 15 del Disciplinare in relazione all'art. 83, commi 3 ed 8, del D.Lgs. n. 50/2016*".

4.1. Ha proposto appello incidentale anche il costituito Ministero della Difesa, il quale ha censurato la sentenza per "Error in iudicando- *Violazione e falsa applicazione degli articoli 36 co. 4, 40 e 58 del Codice- Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 delle Regole del sistema di e-procurement Consip- Violazione e falsa applicazione degli articoli 23 e 15 del disciplinare di gara- Violazione del principio di parità di trattamento- Travisamento-Difetto dei presupposti-Illogicità manifesta*"

4.2. Le parti appellanti hanno anche formulato istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, l'appellante principale evidenziando che l'amministrazione "sta procedendo a valutare i requisiti di moralità della Kam con la conseguenza che è altamente probabile che nelle more provveda all'aggiudicazione" e il Ministero appellante incidentale sull'assunto che "la riammissione comporterebbe un grave vulnus per gli altri operatori economici ma anche rispetto a quelli che, non avendo potuto conseguire l'abilitazione Me.Pa, non hanno potuto prender parte alla procedura".

4.3. Si è costituita in resistenza l'originaria ricorrente depositando memoria difensiva con cui ha argomentato sotto vari profili l'inammissibilità e infondatezza dell'appello, di cui ha chiesto la reiezione, riproponendo altresì ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. il primo motivo non esaminato ed

assorbito dalla sentenza nonché le domande risarcitorie formulate in primo grado.

4.4. All'esito della camera di consiglio con ordinanza n. 900/2022 l'istanza cautelare è stata accolta, ravvisandosi *“la necessità della sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata ai fini del mantenimento della res adhuc integra”*.

4.5. In vista dell'udienza di merito le parti hanno illustrato con memorie e repliche le proprie tesi difensive, insistendo per l'accoglimento delle rispettive conclusioni.

4.6. All'udienza del 14 luglio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. La sentenza appellata ha accolto il ricorso di primo grado, ritenendo che l'esclusione dalla gara di appalto specificata in narrativa, disposta in forza del solo mancato adempimento formale dell'iscrizione alla piattaforma telematica di una delle imprese incluse nel raggruppamento (senza che neppure fosse stata preliminarmente attivata qualche forma di invito alla regolarizzazione), contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, Cod. proc. amm..

Ha quindi conclusivamente ritenuto che, incontestato il possesso in capo alla mandante della categoria specialistica (attestato dal certificato SOA), l'esclusione disposta nei confronti del RTI Kam è illegittima in quanto motivata solo in riferimento alla mancata abilitazione al ME.PA. della mandante.

6. Tali statuizioni sono contestate sia dalla controinteressata con l'appello principale sia dal Ministero della difesa, in via incidentale.

6.1. In particolare, l'appellante R.L.C. lamenta anzitutto l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto che l'art. 15 del disciplinare di gara avrebbe violato l'art. 51, comma 4, del Regolamento e l'art. 2 del Capitolato d'onori della Consip, nonché il principio di tassatività di esclusione ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016.

6.2. Secondo l'appellante la sentenza non avrebbe compreso *ratio* e portata della previsione del disciplinare di gara, che, nel richiedere l'iscrizione al MEPA al momento della presentazione dell'offerta, non avrebbe prescritto il possesso di un requisito di qualificazione o di idoneità professionale (questo, dato il valore dell'appalto, non potendo che essere dimostrato tramite le SOA), ma una modalità, prevista a pena di esclusione, di presentazione dell'offerta, indispensabile al corretto espletamento della procedura di gara telematica.

6.3. Tanto troverebbe conferma nel tenore letterale della ridetta disposizione che: a) già nella rubrica del comma 2 reca *“prescrizioni particolari inerenti la partecipazione in forma associata”*; b) al comma 2 richiede chiaramente che tutti gli operatori facenti parte dell'aggregazione *“siano a loro volta già abilitati al MePA al momento della presentazione dell'offerta, pena l'esclusione dalla gara”*; c) precisa, sempre al comma 2, che i soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere d) ed e) del Codice dei contratti pubblici hanno facoltà di presentare offerta anche se non ancora costituiti, ai sensi dell'art. 48, comma 8, del Codice *“a condizione che risultino tutti iscritti ed abilitati alla piattaforma MEPA”*; d) al punto sub 15.2., disciplinante la *“forma di partecipazione”* dell'*“operatore riunito”* ha previsto che l'impresa *“identificata dal sistema come mandataria capogruppo”* (*id est*: quella che per prima avvia la procedura di partecipazione) *“successivamente dovrà”*, scelta una forma di partecipazione, *“aggiungere le altre imprese che compongono il raggruppamento/consorzio/rete”*, con l'ulteriore precisazione per cui *“non sarà possibile portare a termine la procedura di compilazione fino al momento in cui tutte le imprese inserite nell'Operatore riunito non avranno completato tutte le attività”*; e) al nota bene a precisazione del punto 15.2.1. ha, inoltre, sottolineato che *“il sistema consentirà di allargare la composizione di un RTI/CONSORZIO/RETE anche alle imprese, comunque abilitate al MEPA, che non siano necessariamente abilitate alle*

specifiche categorie oggetto della RDO”, fermo restando che “il RTI/CONSORZIO/RETE debba garantire, nel suo complesso, l’abilitazione a tutte le categorie oggetto della RDO, ma potrà prevedere anche l’inclusione di imprese abilitate al MEPA ma non per le categorie oggetto della RDO a cui sta partecipando”.

6.4. Insomma, da tali previsioni, ad avviso dell’appellante, emergerebbe l’erroneità della sentenza appellata per non aver rilevato come l’art. 15 del Disciplinare, nel richiedere ai soggetti facenti parte di un RTI l’iscrizione al MePa, anziché prescrivere un requisito di partecipazione di idoneità professionale e/o di carattere tecnico professionale ulteriore rispetto a quello della SOA, ha solo dettato, in conformità all’art. 51, co. 4 delle *“Regole del Sistema di E-Procurement della P.A.”* nonché al capitolo 2, penultimo capoverso del *“Capitolato d’Oneri per l’Abilitazione degli Operatori Economici dei bandi di Lavori”*, una mera previsione “operativa” relativa alle modalità di presentazione dell’offerta ai fini dell’espletamento della procedura telematica; dal che la legittimità dell’esclusione disposta nei confronti del RTI originario ricorrente che, pur *“avviando la procedura telematica di partecipazione riservata ai partecipanti in forma singola”*, aveva, al contempo, manifestato la volontà di partecipare alla gara in forma aggregata.

6.5. Se invece fosse stato consentito al RTI Kam di accedere alle successive fasi della procedura, il sistema non sarebbe stato in grado di generare correttamente il documento di offerta, di identificare la firma digitale della mandante o di generare un corretto documento di stipula.

6.6. Sotto altro concorrente profilo, la contestata previsione della *lex specialis* neanche avrebbe introdotto discriminazioni e/o distorsioni della concorrenza posto che la stazione appaltante aveva riconosciuto ai candidati un congruo lasso temporale (diciannove giorni) per provvedere a tale adempimento, consentendo comunque una *“qualsiasi”* abilitazione al MePA, anche se avulsa dalle categorie oggetto del confronto concorrenziale: sicché la riammissione

del RTI originario ricorrente, la cui condotta integrerebbe un non corretto utilizzo del sistema e delle regole di gara, si porrebbe in violazione del principio della *par condicio* dei partecipanti alla gara.

6.7. La sentenza appellata avrebbe poi posto a fondamento della decisione precedenti giurisprudenziali inconferenti (di cui a Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5698; T.a.r. Puglia Lecce, II, 13 aprile 2021, n. 530), siccome afferenti a fattispecie diverse e non sovrapponibili a quella odierna, aventi ad oggetto procedure evidenziali in cui l'iscrizione ed accreditamento nell'elenco della piattaforma MEPA era stata espressamente *"prescritta dalla lex specialis quale requisito professionale ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016"* o in cui, pur non richiedendo la *lex specialis* alcuna iscrizione al MePA, nondimeno quest'ultima era stata qualificata nel provvedimento di esclusione quale *"mancanza di un requisito di capacità tecnico-professionale"*.

6.8. Analoghe argomentazioni sono sviluppate nell'appello incidentale del Ministero il quale, in primo luogo, lamenta che la sentenza impugnata avrebbe acriticamente recepito le prospettazioni ricorsuali fondate sul principio di tassatività delle cause di esclusione, benché questo nessuna attinenza avrebbe rispetto al caso concreto, invece incentrato sulla *"possibilità di considerare validamente proposta una candidatura (quella della mandante) in realtà inesistente"*: e tanto a prescindere dal possesso "sostanziale" del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto, posto che la ricorrente in primo grado avrebbe sì partecipato alla gara, ma *"in forma singola"* (tant'è che l'offerta, benché non scrutinata dalla stazione appaltante, risulterebbe sottoscritta dalla sola mandataria).

L'abilitazione al Me.Pa., consentita per una qualsiasi delle categorie ivi previste, costituiva *"un mero onere di sistema"*, chiaramente previsto dalla legge di gara (per la cui inosservanza non potrebbe quindi invocarsi una sanatoria postuma o una regolarizzazione differita, pena la violazione della

par condicio competitorum) e, peraltro, adempiuto da tutti i concorrenti, ad eccezione del RTI Kam (ma non per oggettiva impossibilità): sicché se, per un verso, l'inderogabilità delle regole di sistema MEPA era nota a tutti i partecipanti, per altro verso la scelta di ricorrervi, senza eccezioni e alternative, non è mai stata impugnata né contestata dalla ricorrente in primo grado, che non potrebbe pretendere ora di ricostruire a posteriori una volontà negoziale associativa non formalmente espressa.

6.9. In definitiva, le appellanti, pur non dubitando che il Me.Pa sia soltanto *“uno strumento di gestione della procedura”*, asseriscono che, una volta che questo è stato prescelto dalla stazione appaltante, *“non può consentirsi a un solo concorrente di eludere le regole di sistema per il corretto svolgimento della procedura”*.

7. Gli appelli, principale e incidentale, che possono essere trattati congiuntamente data la comunanza delle questioni, sono infondati; il che consente di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità delle censure (per difetto di specificità e integrazione postuma delle motivazioni del provvedimento di esclusione) formulate dall'appellata originaria ricorrente.

7.1. Giova anzitutto ricordare che il Mercato Elettronico - secondo la definizione che ne offre il Codice dei Contratti - si pone 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. b)).

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”.

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.

Ed invero, 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.

L’iscrizione al MEPA, quindi, 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 è possibile accreditarsi attraverso un procedimento di abilitazione fondato su dati autocertificati dalla stessa impresa richiedente l’abilitazione.

Tale iscrizione però, oltre a non poter surrogare né integrare il sistema di qualificazione professionale delle imprese (non sussistendo, all’evidenza, alcun nesso tra la dimostrazione del possesso di un requisito di idoneità professionale e la mera iscrizione su una piattaforma informatica), non può tradursi in uno strumento restrittivo della partecipazione alla gara, contravvenendo alle sue stesse finalità (*id est*: di semplificare e rendere più convenienti le procedure di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni).

7.2. Tanto premesso in linea generale, il Collegio ritiene che, a prescindere dal fatto che l’iscrizione alla piattaforma informatica Me.PA sia stata qui intesa quale mera modalità procedimentale ovvero come requisito di qualificazione o di idoneità professionale, va comunque sempre data sostanziale prevalenza, rispetto alla mera procedimentalizzazione formale, alla garanzia della piena concorrenzialità e massima partecipazione alle gare, cui la stessa digitalizzazione è preordinata.

In altri termini la gara telematica e la digitalizzazione della procedura che essa presuppone (digitalizzazione che, come noto, è prevista dalla legge- ex artt. 40, comma 2, e 58 del d.lgs. 50/2019- salvo casi eccezionali dal 18 ottobre 2018) non è il fine ultimo della disciplina in materia di pubblici affidamenti: fine ultimo è e resta sempre quello di attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante.

Altrimenti opinando, la gara telematica, da mezzo strumentale ad assicurare tali fondamentali finalità, si presterebbe a diventare una modalità restrittiva di partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici contratti, in frontale contrasto con l'interesse unitario di massima partecipazione e concorrenzialità che, nella ponderata gerarchia degli interessi tutelati dall'ordinamento in *subiecta materia*, è a fondamento dell'intero sistema normativo in materia di pubbliche gare di appalto.

7.3. È dunque fondato il secondo motivo del ricorso introduttivo, correttamente accolto dalla sentenza appellata, sull'illegittimità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dell'art. 15 del disciplinare di gara, che, per come interpretato e applicato dalla stazione appaltante, non trova fondamento in una norma primaria, non ha adeguata copertura normativa ed è in violazione del principio di concorrenza.

7.4. Il raggruppamento ricorrente è stato, infatti, escluso dalla partecipazione alla gara di appalto in ragione della previsione dell'art. 15 del disciplinare, disposizione che imponeva a tutti gli operatori partecipanti alla procedura in forma associata di essere abilitati al Me.PA. al momento della presentazione dell'offerta, pena l'esclusione dal procedimento, in quanto la mandante Q.I.D. Infissi S.r.l. non risultava aver dato corso a detta iscrizione.

7.5. Al riguardo occorre anzitutto rilevare che, come evidenziato dalla sentenza appellata, la menzionata previsione del disciplinare non corrisponde alla lettera dell'art. 51, comma 4, del regolamento e dell'art. 2 del capitolato d'onori della Consip, i quali non indicano che tale formalità debba essere

rispettata a pena di esclusione dalla procedura di selezione: si tratta, dunque, di una disposizione che non trae fondamento da nessuna previsione del codice dei contratti pubblici, né da altre disposizioni di legge vigenti.

Inoltre, è incontestato che alla mancata ottemperanza a tale prescrizione, di carattere formale, non corrisponde anche una carenza, sul piano sostanziale, dei requisiti di partecipazione alla gara, essendo, al contrario, pacifico tra le parti il possesso in capo alla mandante della categoria specialistica OS18-B (attestata da certificato SOA nonché dalla visura camerale). Neppure è stato evidenziato che l'omissione in parola ha impedito all'Amministrazione di effettuare i controlli dovuti, ovvero di consultare la documentazione prodotta dal raggruppamento: il provvedimento di esclusione è, infatti, motivato solo in riferimento alla mancata abilitazione al Me.Pa. della mandante del RTI; mentre solo nel corso del giudizio è stato dedotto che da tale circostanza sia altresì conseguita la non corretta osservanza della procedura prevista dal sistema informatico per la presentazione dell'offerta in forma associata ovvero che l'offerta non sarebbe stata sottoscritta dalla mandante, circostanza quest'ultima di cui però non solo non vi è traccia nel provvedimento di esclusione, che è antecedente allo scrutinio dell'offerta, ma che è stata anche adeguatamente confutata dall'appellata mediante la produzione documentale versata in atti).

7.5.1. Sotto altro concorrente profilo, se l'iscrizione in parola costituisce, come riconosciuto dalle stesse appellanti, una mera "presenza" o "chiave di accesso" nello "scenario" del mercato elettronico MEPA, la sua mancanza (nel caso di specie, per la sola mandante) non può assurgere a ulteriore causa di esclusione, in assenza di una previsione di legge: infatti, neanche le norme menzionate dall'appellante - di cui segnatamente agli artt. 12, comma 5 e art. 52, comma 3 delle Regole di sistema di *E-Procurement* della P.A., 40, comma 2 e 58 del D.Lgs. 50/2016, 22 della direttiva 2014/24/UE- comminano l'esclusione per la mancata registrazione sulla piattaforma ME.PA. degli operatori economici.

7.6. Pertanto, correttamente la sentenza appellata ha concluso che l'esclusione dalla gara in mancanza dell'adempimento di carattere formale in discorso, siccome previsto dall'art. 15 del disciplinare, integra una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 83, comma 8, cod. proc. amm., a mente del quale: *«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».*

7.6.1. 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 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».*

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.

Pertanto, 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.

7.6.2. 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"*.

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.

7.7. La sentenza appellata ha correttamente applicato i sopra riportati principi; e tali statuizioni, fondate sul condivisibile rilievo di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sono rimaste prive di sostanziale confutazione nel giudizio di appello.

7.7.1. Va poi evidenziato che, contrariamente a quanto assumono le parti appellanti, la giurisprudenza richiamata dalla sentenza appellata ha esaminato una fattispecie sovrapponibile a quella odierna, testualmente osservando che:

“Con questo provvedimento (nota di prot. n. 20296 del 24 aprile 2017) la Provincia di Avellino ha confermato l’esclusione dell’odierna appellante, per avere fatto ricorso ad un’ausiliaria (Arca costruzioni s.r.l.) non ammessa al sistema di e-procurement della pubblica amministrazione (mercato elettronico della pubblica amministrazione – Me.PA) organizzato dalla Consip s.p.a., nell’ambito del quale si colloca la presente procedura di gara. 10. Sennonché anche con riguardo a tale ulteriore ragione di esclusione dalla gara devono essere accolte le censure della Edil Forte volte ad evidenziarne l’illegittimità. Innanzitutto perché non prevista dalla lettera di invito. In secondo luogo perché in ogni caso, quand’anche fosse ravvisabile, nemmeno conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione, ribadito nel nuovo codice dei contratti pubblici all’art. 83, comma 8, e di certezza e trasparenza nelle procedure di affidamento di tali contratti, affermato a livello euro-unitario (sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea 2 giugno 2016, C-27/15)” (cfr. Cons. St., V, nr.5687/2017, cit).

7.7.2. Non sono invece pertinenti i precedenti richiamati dall’appellante: l’uno (Cons. Stato, n. 4645/2016) riguardante l’inopponibilità verso terzi delle limitazioni del potere di rappresentanza dell’istitutore e procuratore speciale non trascritte nella visura camerale; l’altro (TAR Bari, n. 1609/2018) concernente l’esclusione dell’operatore economico per la non leggibilità dell’offerta tecnica conseguente a un suo errore nel caricamento sulla piattaforma.

7.8. Ne consegue che la previsione della iscrizione del concorrente al MEPA, per come congegnata dal disciplinare di gara e, soprattutto, per come applicata dal provvedimento di esclusione, integra una clausola impositiva di un obbligo *contra ius*, in quanto, in assenza di una norma di rango primario, impone, a pena di esclusione, un ulteriore adempimento formale ai fini della partecipazione al confronto selettivo.

Invero, la discrezionalità 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, ostacolano 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.

In definitiva, la prescrizione di gara - se intesa, come ha fatto la P.A., nel senso che il possesso di detta iscrizione per tutte le imprese del RTI sia prescritto ai fini della partecipazione alla gara di appalto 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.

7.9. In ogni caso, come dedotto, a fronte della mancata previsione dell'iscrizione per la categoria specialistica richiesta dal bando e posseduta dalla mandante, idonea a ingenerare nell'operatore economico un ragionevole affidamento sulla non applicabilità alla fattispecie nei termini sopra esposti, l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di emendare tale carenza meramente formale, mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016.

8. In conclusione, gli appelli, principale e incidentale, vanno respinti, con integrale conferma della sentenza appellata di annullamento del provvedimento di esclusione del RTI ricorrente in primo grado dalla procedura di affidamento in oggetto, disposta in forza del solo mancato adempimento formale dell'iscrizione alla piattaforma telematica di una delle imprese incluse nel raggruppamento, perché contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione; per l'effetto, l'Amministrazione dovrà adottare i provvedimenti conseguenti alla riammissione alla gara dell'impresa ricorrente in primo grado.

9. Le spese possono essere compensate stante la particolarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO