

Pubblicato il 13/07/2020

N. 04501/2020REG.PROV.COLL.  
N. 07011/2019 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 7011 del 2019, proposto da

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 è *ex lege* domiciliato;

***contro***

Levante s.r.l.s, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del Dott. Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

***nei confronti***

Gam Servizi e Forniture s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Maria Durante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce (Sezione prima), 23 maggio 2019, n. 856, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Levante s.r.l.s e di Gam Servizi e Forniture s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il consigliere Angela Rotondano, e trattenuta la causa in decisione su istanza congiunta presentata dalle parti costituite, ai sensi dell'art. 84, comma 2, primo periodo, d.l. n. 18 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Scuola Volontari di Taranto dell'Aeronautica Militare avviava, con lettera di invito del 14 febbraio 2019, una procedura nelle forme di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento in concessione *“dell'organismo di protezione sociale- Servizi di Balneazione e logistici presso il Distaccamento Straordinario di Lido Silvana-Pulsano (TA) con riscossione delle quote di abbonamento/ ingresso ed incassi bar direttamente dalla ditta- Anno 2019”*, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95, comma 2, D.Lgs. citato.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo per la Puglia- Sezione staccata di Lecce, la società Levante s.r.l.s. (di seguito *“Levante”*), che

aveva partecipato alla detta procedura classificandosi seconda (con un punteggio complessivo pari a 72,167 punti), impugnava il provvedimento di aggiudicazione *“dagli estremi sconosciuti”*, di cui alla nota trasmessa a mezzo pec in data 11 aprile 2019 a mezzo della quale si comunicava alla ricorrente che la ditta G.A.M. Sevizi e Forniture s.r.l. (di seguito *“GAM”*) era risultata aggiudicataria in relazione all'indagine di mercato per l'affidamento in concessione, *“in qualità di miglior offerente”*.

La società aggiudicataria aveva infatti conseguito, all'esito delle valutazioni delle offerte, il miglior punteggio complessivo (pari ad 86 punti).

2.1. A sostegno del gravame, la ricorrente articolava quattro motivi di censura, lamentando: *“inesistenza e/o nullità per difetto di un elemento essenziale; violazione e/o falsa applicazione art. 28 D.lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione art. 30 D.lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione art. 83 D.lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione art. 95 D.lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione art. 90 d.P.R. 207/2010; violazione e/o falsa applicazione art. 92 d.P.R. 207/2010; violazione e/o falsa applicazione art. 12 l. n. 80/2014; violazione e/o falsa applicazione art. 1 l. n. 241/90; violazione e/o falsa applicazione art. 3 l. n. 241/90; violazione delle norme sul giusto procedimento; eccesso di potere sotto diversi profili; perplessità; contraddittorietà; illogicità; irragionevolezza; sviamento; ingiustizia manifesta; carenza di istruttoria; motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria.”*

2.2. Per tali motivi domandava, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione, il risarcimento del danno in forma specifica (con aggiudicazione a suo favore e subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia, ove *medio tempore* stipulato) o, in subordine,

per equivalente monetario; in via estremamente subordinata, domandava altresì l'annullamento dell'intera procedura a tutela dell'interesse strumentale alla sua riedizione.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, resa ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm. e nella resistenza del Ministero della Difesa (di seguito "*il Ministero*") e della controinteressata GAM, il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso e annullato l'aggiudicazione: ha ritenuto, in primo luogo, che il provvedimento di aggiudicazione indicato come tale dalla stessa Amministrazione (ovvero la nota del 10 aprile 2019) risultasse "*privo dei contenuti "minimi" per avere tale portata dispositiva*" e, in secondo luogo, che la Stazione appaltante non avesse provveduto alla verifica dei requisiti di partecipazione anche necessari ex art. 83 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), considerata la natura mista, di lavori e servizi, della concessione in parola, limitandosi a chiedere all'aggiudicataria GAM, soltanto in una fase successiva alla valutazione delle offerte, di fornire la "*prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all'apertura e alla chiusura*" e di quelli necessari per la realizzazione di quanto proposto nell'offerta tecnica, così da svolgere solo in fase di giustificazioni un'attività istruttoria- "*tra l'altro condotta invitando la ditta a dare prova sul punto e senza una propria autonoma verifica*"- che avrebbe invece richiesto un controllo preventivo.

4. Il Ministero della Difesa ha proposto appello contro la sentenza di primo grado e ne ha chiesto la riforma, previa sospensione dell'esecutività, lamentando, con un primo motivo, "*violazione dell'art. 3 c.p.a. per omessa motivazione della sentenza*" e, con un secondo motivo, l'erroneità ed ingiustizia sia nella parte in cui ha ritenuto fondate ed ha accolto le censure di inesistenza e/o nullità del provvedimento di

aggiudicazione, sia nella parte in cui ha affermato che la Stazione appaltante “*non procedeva alla verifica dei requisiti di partecipazione della controinteressata GAM s.r.l.- anche necessari ex art. 83 D.Lgs. 50/2016, tenendo conto della natura mista lavori/servizi della concessione in parola*”.

4.1. Si è costituita in giudizio la società GAM, aderendo all'appello del Ministero e chiedendone l'accoglimento. In particolare, anche la controinteressata ha argomentato l'erroneità delle statuizioni di prime cure di annullamento dell'aggiudicazione, in accoglimento dei motivi di ricorso.

4.2. Si è costituita in giudizio anche la ricorrente in primo grado Levante e ha resistito al gravame, argomentandone diffusamente l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

L'appellata Levante ha poi riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. i motivi di ricorso già articolati in prime cure e non esaminati dal primo giudice, stante l'accoglimento, con valenza assorbente, dei su indicati motivi di doglianza, con cui aveva formulato analoghe censure di violazione di legge, violazione delle norme sul giusto procedimento, eccesso di potere sotto diversi profili, perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e contraddittoria. È dunque tornata a sostenere che l'aggiudicataria GAM andava esclusa dalla gara in quanto priva dei requisiti necessari ai fini della esecuzione della concessione *de qua* o, in subordine, l'illegittimità della *lex specialis* (se interpretata nel senso di non prescrivere, a pena di esclusione, gli obbligatori requisiti di qualificazione), domandando l'annullamento dell'intera procedura.

4.3. Con ordinanza collegiale n. 4719 del 20 settembre 2019, la Sezione ha dato atto della rinuncia alla domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza di prime cure, incidentalmente formulata dal Ministero appellante.

4.4. All'udienza del 9 aprile 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84, la causa è stata riservata per la decisione, su istanza congiunta dei difensori delle parti costituite ex art. 84, comma 2, primo periodo, del citato decreto, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati.

## DIRITTO

5. Con l'odierno appello il Ministero della Difesa contesta le statuizioni della sentenza del Tribunale amministrativo, resa ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., che, accogliendo il ricorso della seconda classificata nella procedura indetta ex art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016 dalla Scuola Volontari di Taranto dell'Aeronautica Militare per l'affidamento in concessione dei servizi di balneazione e logistici presso il Distaccamento Straordinario di Lido Silvana- Pulsano, ha annullato, per le motivazioni indicate in fatto, l'aggiudicazione disposta a favore della società Gam.

In particolare, il Ministero appellante censura sia il vizio di omessa motivazione della sentenza, in violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm., sia l'infondatezza della doglianza, accolta dal Tribunale, di inesistenza o nullità del provvedimento di aggiudicazione stante l'assenza di sottoscrizione e mancata indicazione del punteggio complessivo riportato dalla ditta controinteressata.

5.1. In primo luogo, assume l'appellante che la sentenza, adottata in forma semplificata, sarebbe in tutto carente di motivazione, in

quanto mancante della compiuta esplicazione delle ragioni di diritto che hanno indotto il primo giudice alla decisione di accoglimento del ricorso, limitandosi laconicamente ad affermare, per un verso, che *“la nota del 10 aprile 2019, dalla stessa Amministrazione indicata come provvedimento di aggiudicazione, risulta priva dei contenuti “minimi” per avere tale portata dispositiva”*, per altro verso che la Stazione appaltante *“non procedeva alla verifica dei requisiti di partecipazione della controinteressata GAM”*, senza tuttavia né indicare le ragioni per cui tale documento non poteva avere natura provvedimento né motivare compiutamente sui requisiti previsti dall’art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza non avrebbe poi neppure pronunciato sulle domande formulate nel ricorso, non dichiarando l’inefficacia del contratto né ordinando il subentro in esso della ricorrente.

5.2. Sarebbero, poi, comunque infondate le censure volte ad accertare l’inesistenza o la nullità del provvedimento di aggiudicazione, ingiustamente accolte dalla sentenza di primo grado.

In particolare, sempre ad avviso del Ministero appellante, l’assunto sarebbe anzitutto erroneo in fatto in quanto è agevolmente riscontrabile, in calce al provvedimento impugnato (*id est*: la nota del 10 aprile 2019, indicato dall’Amministrazione come provvedimento di aggiudicazione), l’esplicita indicazione del funzionario estensore, ovvero il Comandante *pro tempore* della Scuola Volontari dell’Aeronautica: ne viene che la mancanza della sottoscrizione da parte di quest’ultimo, non inficiando la riferibilità del provvedimento all’organo competente ad emanarlo, non ne determina perciò la nullità ai sensi dell’art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990.

5.3. In base a tale norma, infatti, *“è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché degli altri casi espressamente previsti dalla legge”*.

Nel caso di specie, non si ravvisa, tuttavia, alcuna delle ipotesi tassativamente previste dalla norma citata: né la carenza di elementi essenziali, posto che l'atto contiene tutte le caratteristiche idonee ad identificarlo come provvedimento della Pubblica Amministrazione, ed ha un dispositivo del tutto intellegibile; né il difetto assoluto di attribuzione, trattandosi di atto emanato dal soggetto competente; né la sua adozione in violazione e/o elusione del giudicato.

Pertanto, contrariamente a quanto prospettato dalla ricorrente in primo grado, la semplice mancanza della sottoscrizione da parte del funzionario estensore dell'atto non rappresenta vizio invalidante, non essendo qui in discussione la riferibilità dell'atto amministrativo all'organo competente e legittimato alla sua adozione: riferibilità che, pur in mancanza di sottoscrizione (come della sua illeggibilità), ben può essere accertata, ove sorgano contestazioni fra le parti circa la provenienza e la regolarità dell'atto, dal giudice, previo compimento delle necessarie verifiche.

Parimenti irrilevante sarebbe poi la mancata indicazione del punteggio complessivo ottenuto dalla ditta controinteressata: come risulta dal verbale di ricognizione delle offerte tecniche relative all'indagine di mercato, tale punteggio è stato debitamente letto e comunicato in sede di gara ai rappresentanti delle ditte che hanno presenziato alla seduta pubblica di apertura dell'offerta economica tenutasi il 12 marzo 2019, tra i quali era presente anche l'amministratore della ditta originaria ricorrente. Pertanto,



quest'ultima era perfettamente a conoscenza del punteggio conseguito dalla concorrente senza alcuna necessità che esso venisse dichiarato nel provvedimento di aggiudicazione.

5.4. Né tantomeno potrebbe predicarsi, nella fattispecie, la ricorrenza di un atto materialmente o giuridicamente inesistente.

Insomma, non potrebbe dubitarsi secondo l'appellante che l'aggiudicazione disposta a favore della Gam e notificata tramite *pec* alla Levante ha certamente natura provvedimentoale e realizza appieno il paradigma dell'atto amministrativo, in quanto emanato nell'esercizio di poteri amministrativi a conclusione di una sequenza procedimentale (nella specie, la procedura di affidamento del servizio di gestione dello stabilimento balneare tramite concessione), in grado di modificare unilateralmente la sfera giuridica dei suoi destinatari: contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, il provvedimento di aggiudicazione non può perciò ritenersi "*privo dei contenuti minimi per avere tale portata dispositiva*"

Evidenzia altresì il Ministero che il provvedimento di aggiudicazione è stato comunicato, con le prescritte modalità, sia all'aggiudicataria sia alla ricorrente ed ha comunque raggiunto il suo scopo (ovvero quello di comunicare alla ditta vincitrice e a quella che la seguiva in graduatoria l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento in concessione dell'organismo di protezione sociale).

5.5. In secondo luogo, per l'appellante sarebbe anche destituito di fondamento l'assunto, sostenuto dalla Levante, secondo cui la controinteressata andava esclusa per il mancato possesso dei requisiti speciali previsti dall'art. 83, primo comma, lett. a, b, c, del D.Lgs. 50/2016.

5.6. Premesso che quest'ultima norma lascia ampia libertà di scelta alle stazioni appaltanti nell'individuare nella legge di gara gli indici di capacità tecnica ed economica più adatti, con il solo limite della attinenza e proporzionalità dell'oggetto dell'appalto, e che ciò si traduce nella ricerca di un costante bilanciamento degli interessi (quello al rispetto della normativa in materia di appalti e concessioni, da un lato, e *"l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"*, sì da aggiudicare il servizio all'operatore economico in grado di realizzare al meglio l'interesse generale), sostiene il Ministero che, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, l'attività istruttoria sui requisiti di partecipazione ex art. 83 d.lgs. n. 50/2016 sarebbe stata qui pienamente svolta.

La lettera di invito al punto 6 stabiliva che la seconda busta doveva contenere l' *"offerta tecnica"* insieme con tutta la documentazione necessaria ai fini della valutazione di quanto previsto al successivo paragrafo 9, che a sua volta esponeva un dettagliato *"Schema di presentazione dell'offerta tecnica"*, articolato nei seguenti tre criteri: *"A. ottimizzazione dell'area bar"*; *"B. servizi aggiuntivi"*; *"C. ottimizzazione e implementazione aree distacco"*, con specifica e puntuale indicazione, per ogni criterio, del punteggio massimo attribuibile all'offerta, corredato altresì da una analitica esplicitazione dei sub criteri da utilizzare nell'attribuzione dei punteggi.

A fronte di ciò, la GAM S.r.l. ha fornito alla Stazione appaltante una *"relazione tecnico valutativa"* particolareggiata e esattamente congruente rispetto alle richieste della lettera di invito, articolata in paragrafi esattamente corrispondenti a quelli posti nella lettera, in cui sono stati compiutamente esplicitati tutti gli aspetti inerenti ai tre criteri di

valutazione dell'offerta tecnica indicati nella lettera di invito (punto 6, schema di presentazione).

5.7. Rispetto a tali prescrizioni della lettera di invito, la Stazione appaltante ha ritenuto, in aggiunta, di svolgere poi un ulteriore approfondimento in ordine alla capacità tecnica della concorrente, invitandola a fornire (oltre alla specificazione dei costi aziendali della sicurezza, di quelli della manodopera e della sostenibilità economica) *“prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all'apertura e alla chiusura, nonché di quelli necessari alla realizzazione di quanto offerto in sede di offerta tecnica”*. Tale richiesta sarebbe perciò mero legittimo esercizio da parte dell'Amministrazione dei poteri di soccorso istruttorio previsti dall'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici (in relazione a carenze non afferenti all'offerta) affinché l'aggiudicataria suffragasse quanto essa aveva già illustrato nel corso della procedura: ed a tali richieste l'aggiudicataria ha risposto in modo esaustivo, producendo la documentazione dalla quale risultavano precedenti esperienze di natura corrispondente alla concessione oggetto della presente controversia.

Quanto alle capacità tecniche e professionali, non potrebbe neppure sottacersi che, se pure è vero che dalla visura camerale risulta che la società svolge attività di *“pulizia generale non specializzata di edifici”*, è anche vero che nella descrizione analitica dell'oggetto sociale sarebbero ricompresi anche i lavori, manutenzioni e altre attività simili di impianti, sussistendo perciò, sempre ad avviso del Ministero appellante, quella *“corrispondenza contenutistica tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto”* nei termini declinati dalla consolidata giurisprudenza. Del resto, come chiarito dalla giurisprudenza (Cons. di Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2227), il

rispetto del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche non consentirebbe alla Stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto di appalto né di assimilare impropriamente il concetto di *servizi analoghi* con quello di *servizi identici*.

5.8. Infine, il Ministero evidenzia che, nel caso di specie, la procedura negoziale concerne una concessione mista (di lavori e servizi) in cui le attività di servizi sono prevalenti e più numerose (sia sotto il profilo quantitativo sia con riguardo a quello cronologico) rispetto a quelle di lavori. Tanto emerge, infatti, dall'art. 2 delle "Condizioni tecniche" ove si stabiliva che la ditta avrebbe dovuto garantire plurimi servizi, mentre i lavori da eseguire avrebbero avuto rilievo marginale in quanto meramente propedeutici all'apertura e alla chiusura dello stabilimento balneare.

Insomma, stante la netta prevalenza dell'erogazione di servizi rispetto alla realizzazione di lavori, la Stazione appaltante ha individuato i requisiti e le capacità di cui al citato art. 83, comma 1, *"attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto"*, al fine di soddisfare l'interesse pubblico all'individuazione dell'operatore economico più idoneo alla gestione della concessione. Nel caso di specie una rigida applicazione dei requisiti statuiti dall'art. 83, primo comma, lett. a), b) e c) avrebbe ristretto in modo sproporzionato la platea dei potenziali concorrenti, così violando la *ratio* della norma.

5.9. A ciò si aggiunga che il più volte citato art. 83 stabilisce, al sesto comma, *"Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lett. c) [le capacità tecniche e professionali, n.d.r.] le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire*

*l'appalto con adeguati standard di qualità*". La norma non imporrebbe dunque il rigoroso accertamento di cui alla lettera c), dandone solo facoltà alla Stazione appaltante, da esercitarsi, secondo il suo prudente apprezzamento, in relazione alla natura ed entità del servizio da affidare.

Da qui l'erroneità della sentenza appellata per aver ritenuto illegittimo l'operato dell'Amministrazione per la mancanza di verifiche cui la stessa non era obbligata e che comunque aveva pure puntualmente eseguito, nonché in relazione al possesso di requisiti non previsti dalla lettera di invito a pena di esclusione, ma aventi mera valenza facoltativa.

6. A tali considerazioni ha aderito la controinteressata GAM, anch'essa evidenziando che il provvedimento di aggiudicazione della concessione in oggetto sarebbe valido ed efficace in quanto contenente gli elementi minimi necessari per raggiungere lo scopo (*id est*: quello di rendere edotti i partecipanti della conclusione della procedura) e sottolineando, per altro verso, che essa possiede certamente i requisiti di qualificazione per lo svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

I soggetti invitati alla gara erano, infatti, già titolari di concessioni demaniali dell'Amministrazione militare, sicché la Stazione appaltante aveva contezza della sussistenza, tanto in capo alla controinteressata quanto in capo all'originaria ricorrente, dei requisiti di partecipazione.

6.1. Sarebbe poi irrilevante la richiesta da parte della Stazione appaltante di fornire la prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all'apertura e alla chiusura, di valore assolutamente marginale nella complessiva economia della

commessa, come tali non solo inidonei a qualificare l'appalto come misto, ma anche realizzabili da qualunque impresa iscritta alla Camera di Commercio, previa dimostrazione dell'espletamento di analoghe attività.

6.2. La sentenza sarebbe, pertanto, errata anche con riferimento all'accoglimento del motivo di ricorso relativo alla presunta verifica successiva dei requisiti di qualificazione per la partecipazione alla gara: la previsione di lavori edili di manutenzione straordinaria dei manufatti costituenti lo stabilimento balneare, di valore irrisorio rispetto alla gestione dello stabilimento, non varrebbe a qualificare l'affidamento *de quo* come concessione mista, e neppure sarebbe necessaria per l'esecuzione delle opere un'attività istruttoria propedeutica all'aggiudicazione, diversa ed ulteriore rispetto all'acquisizione della visura e alle dichiarazioni rese in sede di gara. La Stazione appaltante ha perciò legittimamente svolto, in un medesimo contesto, le verifiche di anomalia e dei requisiti dichiarati (soggette per la tipologia dei lavori da affidarsi ad un regime semplificato ex art. 90 del Codice dei contratti pubblici), prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

7. L'appello è infondato.

8. Si osserva anzitutto che sono infondate le critiche rivolte alla sentenza impugnata sotto il profilo del vizio, *sub specie* di difetto e insufficienza, di motivazione, trattandosi di sentenza semplificata in cui l'esternazione delle ragioni a supporto della decisione ben può essere riferita, con tecnica redazionale sintetica, alle linee essenziali del contenzioso introdotto o ad un singolo punto risolutivo della controversia: e nel caso di specie ben si comprende l'iter logico-giuridico seguito dal primo giudice ai fini della formazione del

proprio convincimento nel ritenere fondate, con motivazione sintetica ma comunque esaustiva, sia le censure di inesistenza e/o nullità del provvedimento di aggiudicazione (poiché *“la nota del 10 aprile 2019, indicata dall’Amministrazione come provvedimento di aggiudicazione ... risulta priva dei contenuti minimi per avere tale portata dispositiva”*), sia quelle inerenti alla omessa verifica e al mancato controllo preventivo, da parte della Stazione appaltante, dei requisiti necessari e obbligatori di qualificazione ex art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 in capo all’aggiudicataria.

9. Tanto rilevato, anche le censure sostanziali formulate dal Ministero appellante avverso la sentenza di prime cure non sono suscettibili di favorevole considerazione.

10. In primo luogo, bene la sentenza appellata ha ritenuto che, nel caso di specie, manca il provvedimento di aggiudicazione o comunque esso difetta dei suoi contenuti minimi essenziali, risultando perciò nullo o finanche inesistente.

10.1. Secondo la prospettazione del Ministero e della controinteressata tali conclusioni sarebbero smentite dalla trasmissione, pacifica e non contestata, alla seconda classificata, ricorrente in primo grado, dalla PEC istituzionale della Scuola Volontari dell’Aeronautica della nota del 10 aprile 2019 avente ad oggetto *“comunicazione di aggiudicazione dell’indagine di mercato per l’affidamento in concessione dell’Organismo di Protezione Sociale”*, redatta su carta intestata della Stazione Appaltante e sulla quale è indicato a stampa il nominativo del soggetto responsabile (il Comandante *pro tempore* della Scuola suddetta).

10.2. Ritiene il Collegio che le argomentazioni prospettate dall’appellante e dalla controinteressata non meritano accoglimento.

È dirimente, infatti, ai fini della decisione della questione non già stabilire se la nota in esame contenga tutte le informazioni necessarie ed essenziali previste dall'art. 76 del Codice dei contratti pubblici (*"Informazione dei candidati e degli offerenti"*), ai fini della comunicazione di aggiudicazione, ma verificare se essa compendi i requisiti minimi, di sostanza e di forma, richiesti in generale dall'ordinamento e, in particolare, dalla disciplina speciale sugli appalti, per valere quale valido ed efficace provvedimento di aggiudicazione.

10.3. Al quesito, secondo il Collegio, deve darsi risposta negativa.

Risulta dagli atti, invero, che nella fattispecie in esame vi è stata solo la trasmissione alla ricorrente, a mezzo posta elettronica certificata, di una nota con cui si comunicava che *"la ditta G.A.M. s.r.l. è risultata aggiudicataria ...in qualità di migliore offerente"*, senza che vi fosse allegato alcun provvedimento di aggiudicazione: tuttavia, anche nell'odierno sistema dell'attuale Codice dei contratti pubblici, non si possono sovrapporre i due concetti di aggiudicazione a favore di una ditta partecipante e di comunicazione della stessa a quest'ultima e alle altre ditte concorrenti, non sussistendo alcuna equipollenza tra momenti distinti e non coincidenti.

Una cosa è infatti l'adozione di un provvedimento di aggiudicazione a favore di un'impresa concorrente, altro è la sua comunicazione all'aggiudicataria e alle ditte partecipanti alla selezione: allo stesso modo, se lo scopo della comunicazione (*id est*: quello di rendere edotti i partecipanti della conclusione della procedura) può ritenersi raggiunto ciò non importa, al contempo e automaticamente, la realizzazione delle differenti finalità cui è invece preordinato il distinto provvedimento di aggiudicazione.



10.4. Non ha base, dunque, l'assunto del Ministero appellante, sostenuto anche dalla controinteressata, secondo cui il provvedimento di aggiudicazione coinciderebbe con il messaggio inoltrato a mezzo posta elettronica certificata con cui l'Amministrazione militare si limitava a comunicare l'intervenuta aggiudicazione disposta a favore della GAM, in quanto mentre l'art. 79 comma 5 *bis* d.lgs. n. 163 del 2006 specificava che *“la comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c”* (*“le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto”*), viceversa, l'attuale art. 76, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016 si limiterebbe a statuire che *“le stazioni appaltanti comunicano...l'aggiudicazione”* e, solo su richiesta dell'interessato, gli *“elementi previsti dal comma 2, lett. b) del medesimo art. 76.”*

10.5. L'assunto è, infatti, smentito dalla stessa disciplina normativa richiamata dalle parti a supporto dell'erroneità della sentenza appellata.

L'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel regolare le informazioni che la stazione appaltante deve fornire ai candidati e agli offerenti, relative alla procedura di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, al fine di garantire la tempestiva conoscenza degli atti eventualmente lesivi degli interessi dei partecipanti, stabilisce, al comma 5, che *“Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno*

*impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva*". Va altresì comunicato ai medesimi soggetti su indicati, sempre *"mediante posta elettronica certificata"* (art. 76, comma 6, cit.) *"la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario"* (art. 76, comma 5, lett d), D.lgs. cit.)

10.6. Insomma, dalla lettera della norma emerge chiaramente che non possono confondersi i due piani, della comunicazione del provvedimento (di aggiudicazione o esclusione) ai candidati e agli offerenti della gara e della sua adozione che è e rimane elemento imprescindibile, caratterizzato da differenti finalità: la prima è, infatti, volta a garantire la tempestiva conoscenza dell'atto eventualmente lesivo degli interessi dei partecipanti (costituente perciò l'oggetto dell'impugnativa) sì da assicurare a questi ultimi la possibilità di valersi degli strumenti predisposti dall'ordinamento per la tutela giurisdizionale dei propri interessi.

10.7. La comunicazione delle informazioni ai candidati e agli offerenti prevista dall'art. 76 del Codice dei contratti pubblici determina, infatti, la conoscenza legale dell'atto comunicato da parte del destinatario e, di conseguenza, la decorrenza del termine per l'impugnazione dello stesso.

L'art. 120 Cod. proc. amm. ha, in particolare, espressamente previsto che il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale e dei motivi aggiunti decorre dalla *"ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"* (ora art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016) *"ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto"*: il che ulteriormente conferma che la comunicazione ai fini conoscitivi per la decorrenza del termine per l'impugnazione avverso il provvedimento eventualmente lesivo

dell'interesse è profilo ben distinto rispetto all'adozione dell'atto, che è oggetto di impugnativa.

10.8. Altro problema è poi quello di verificare se la nota del 10 aprile 2019, con cui l'Amministrazione militare ha reso nota alla ricorrente in primo grado l'intervenuta aggiudicazione alla GAM, abbia i requisiti di sostanza e di forma per valere quale provvedimento di aggiudicazione: e rispetto a tale quesito, correttamente posto, il primo giudice ha altrettanto correttamente fornito risposta negativa, ritenendo che la nota *“dalla stessa Amministrazione indicata come provvedimento di aggiudicazione risulta priva dei contenuti minimi per avere tale portata dispositiva”*.

La comunicazione in oggetto non poteva, infatti, valere quale provvedimento di aggiudicazione, mancando a tal fine degli elementi essenziali, in quanto né indicava quale organo avesse adottato il provvedimento ovvero il suo autore (al fine di verificarne competenza e legittimazione alla sua emanazione), né specificava il punteggio complessivo ottenuto dalla controinteressata.

Soprattutto la nota in esame mancava della sottoscrizione dell'organo autore del provvedimento di aggiudicazione: tale vizio non può essere dequotato ad una mera irregolarità formale (come vorrebbero parte appellante e la controinteressata), ma deve considerarsi vizio insanabile e radicale, impedendo alla destinataria di identificare l'organo medesimo (che ha adottato il provvedimento) e, al contempo, di esercitare il controllo di legittimità in sede giudiziale ai fini dell'accertamento della sua (eventuale) incompetenza.

Ed infatti, in base della teoria degli atti amministrativi, e più in generale della teoria degli atti giuridici anche privati, la sottoscrizione dell'atto costituisce uno degli elementi essenziali del medesimo, con

la conseguenza che la sua mancanza, impedendo di stabilire la provenienza e l'attribuzione dell'atto, è da considerare vizio insanabile. Non si tratta, invero, di un vizio di legittimità – vale a dire di ipotesi concernenti elementi essenziali, che siano presenti ma, tuttavia, si rivelino difettosi o viziati – ma di un difetto radicale, dato dalla assoluta mancanza di un elemento essenziale, tale da comportare la nullità dell'atto medesimo.

10.9. Di tali consolidati e pacifici principi giurisprudenziali la sentenza appellata ha fatto buon governo, meritando perciò sul punto integrale conferma.

11. Miglior sorte non spetta alle residue censure, parimente infondate, con cui si contesta la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la Stazione appaltante non ha proceduto alle verifiche dei requisiti di partecipazione della controinteressata *“anche necessari ex art. 83 D.Lgs. n. 50/2016, tenendo conto della natura mista lavori/servizi della concessione in parola”*.

11.1. Giova preliminarmente evidenziare, per quanto qui rileva, che la procedura per cui è causa riguardava un affidamento in concessione ad oggetto misto di lavori e servizi: oggetto della gara era, in particolare, la gestione del *“Lido Siviana”* per i tre mesi estivi dell'anno 2019 (servizi di balneazione e logistici, quali, in particolare, attività di pulizia, assistenza bagnanti, primo soccorso, *nursery*, ausilio speciale per le persone diversamente abili, bar e servizi aggiuntivi) e la realizzazione di lavori edilizi ed impianti tecnologici (idrici ed elettrici) obbligatori e imprescindibili per l'apertura, la gestione e la chiusura dello stabilimento balneare, oltre ad opere facoltative da eseguirsi a scelta del concorrente (area giochi, lavori di demolizione e ricostruzione solai e via dicendo).

11.2. Va poi anche premesso in fatto, per quanto di interesse ai fini della decisione delle questioni sottese al gravame, che, valutate le offerte pervenute e stilata la graduatoria che vedeva collocata al primo posto la GAM seguita dalla ricorrente in primo grado Levante, la Stazione appaltante ha quindi, considerata la *“necessità di verificare la congruità dell’offerta, dei costi della manodopera e dei costi di sicurezza aziendale, nonché delle capacità tecniche della Ditta miglior offerente”*, invitato la stessa GAM a fornire *“giustificazioni circa i seguenti punti: 1) analisi dei costi aziendali della sicurezza indicati nell’offerta economica...; 2) analisi dei costi della manodopera...; 3) analisi sulla sostenibilità economica della correlazione tra quanto richiesto nel disciplinare di gara, quanto proposto in sede di offerta tecnica e l’offerta economica presentata; 4) ... prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all’apertura ed alla chiusura nonché quelli necessari per la realizzazione di quanto offerto... in sede di offerta tecnica, tenendo presente quanto espressamente previsto al punto 5) della lettera di invito”* (nota Prot. M\_D ATA002 REG 2019 0003040 del 15 marzo 2019).

11.3. L’art. 1 del bando di gara testualmente prevedeva, infatti, che *“Codesta Ditta, qualora interessata, dovrà effettuare a sue spese i lavori di ripristino strutture descritti nell’All. B, necessari per l’avviamento e la chiusura stagionale del citato Distaccamento e assicurare quanto previsto in Allegato A e proposto in sede di offerta tecnica”*.

L’Allegato B alla *lex specialis*, a sua volta, conteneva il Capitolato Tecnico delle *“opere edili ed impianti tecnologici obbligatori”*, consistenti in *“lavori propedeutici all’apertura, gestione e chiusura dello stabilimento balneare A.M. di Lido Silvana – Pulsano (TA)”*.

A tali lavori, per l’importo complessivo pari ad € 55.220,00, al netto degli oneri della sicurezza, stimati dalla Stazione appaltante in €.

176,36, andavano poi aggiunte le attività edilizie facoltative che l'aggiudicataria nella sua offerta tecnica aveva proposto di realizzare (consistenti, nello specifico, in *“lavori di demolizione e ricostruzione solai di copertura di alcuni manufatti presso il Distaccamento Straordinario A.M. di Lido Silvana”*), quantificati dall'Allegato I in complessivi €. 20.936,42, di cui € 3.062,62 a titolo di costi di sicurezza non soggetti a ribasso, nonché nella realizzazione dell'area giochi (di cui all'Allegato H).

Pertanto, l'importo per i lavori obbligatori e facoltativi (che l'aggiudicataria si era comunque obbligata a realizzare in offerta) ammontava nel complesso ad euro 76.332,78, comprensivi degli oneri di sicurezza.

11.4. Su queste basi correttamente la sentenza appellata ha ritenuto fondate le censure attinenti al difetto di istruttoria, considerata, per un verso, la natura dell'appalto (concessione mista di lavori e servizi), in cui il bando e il capitolato tecnico prevedevano la realizzazione, a cura e spese della ditta, dei lavori di ripristino delle strutture necessari per l'avviamento e la chiusura stagionale dello stabilimento (opere edili ed impianti tecnologici obbligatori); e tenuto conto, per altro verso, che il valore di tali opere, obbligatorie e facoltative, ammontava alla somma complessiva di euro 76.332,78.

Non ha luogo, dunque, sostenere che i lavori da eseguirsi fossero marginali (o, comunque, di valore irrisorio) nell'ambito delle prestazioni costituenti oggetto della concessione da affidarsi.

11.5. Tanto evidenziato, non è neppure dubitabile che nel caso di specie sia in effetti mancata la preventiva verifica dei necessari requisiti di qualificazione di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, in quanto mai svolta dalla Stazione appaltante a monte della valutazione delle offerte pervenute.

Né ha luogo sostenere che valesse a rimediare la lacuna, a ragione riscontrata dalla sentenza impugnata, la successiva richiesta, rivolta dalla Stazione appaltante all'aggiudicataria solo successivamente alla valutazione delle offerte, *“di fornire prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all'apertura ed alla chiusura nonché quelli necessari per la realizzazione di quanto offerto”*

11.6. Ed infatti, ai sensi dell'art. 28, comma prima, ultimo periodo del D.Lgs. n. 50 del 2016 *“l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”*.

11.7. Era dunque necessaria la qualificazione obbligatoria cumulativamente richiesta tanto per la prestazione di servizi quanto per quella attinente ai lavori. Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la norma menzionata si avvale del c.d. *“criterio della combinazione dei regimi giuridici”*, in deroga a quello della prevalenza utilizzato al primo periodo del medesimo art. 28, comma 1, citato per individuare la disciplina generale del contratto misto. Essa riproduce la previsione a suo tempo dettata dall'art. 15 dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, già interpretata da dottrina e giurisprudenza nel senso di attribuire alla qualificazione obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell'appalto il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento, a differenza di quanto previsto dal previgente art. 8 co. 11-*septies* della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che assegnava invece alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori (e che, più in generale, limitava l'applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione all'ipotesi in cui i lavori rappresentassero la

prestazione economicamente prevalente e non avessero carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto misto: cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765). In particolare, facendo applicazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza ha ritenuto legittima una prescrizione di *lex specialis* che imponeva ai concorrenti di allegare la loro pregressa esperienza per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1153). Più di recente, è stato ulteriormente precisato che la mancanza di alcun cenno esplicito, nella legge di gara, al possesso dei requisiti di qualificazione relativi alla componente relativa ai lavori di un contratto misto è supplita dal meccanismo della inserzione automatica di clausole, analogamente a quanto previsto in ambito civilistico dagli artt. 1339 e 1374 cod. civ., cosicché neppure viene in considerazione l'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante (così Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541). Analogo approccio è stato mantenuto nei confronti dell'art. 28 co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 che – ai fini della partecipazione alla gara, e non solo dell'esecuzione dell'appalto - impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2017, n. 3918).

11.8. Nella fattispecie in esame, la *lex specialis*, in vista dell'esecuzione della commessa, prescriveva obbligatoriamente l'esecuzione di lavori imprescindibili e necessari in vista dell'apertura dello stabilimento e dunque dello svolgimento del servizio, stabilendo che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto effettuare i “*lavori di ripristino strutture*



*descritti nell'All. B, necessari per l'avviamento e la chiusura stagionale del citato Distaccamento” e le “opere edili ed impianti tecnologici obbligatori” (di cui al Capitolato Tecnico contenuto sempre nell'Allegato B), consistenti in “lavori propedeutici all'apertura, gestione e chiusura dello stabilimento balneare A.M. di Lido Silvana – Pulsano (TA)”.*

11.9. Pertanto, come correttamente ritenuto dal primo giudice, la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificare che l'aggiudicataria, la quale aveva dichiarato che avrebbe eseguito i lavori con la propria struttura di impresa, fosse provvista dei necessari requisiti di idoneità professionale nonché di capacità tecnica e professionale ed economica finanziaria, necessari ex art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non potendo colmare tale omessa verifica la circostanza che la Stazione appaltante, soltanto in una fase successiva alla valutazione delle offerte, abbia richiesto alla controinteressata di *“fornire prova delle qualifiche idonee alla realizzazione dei lavori propedeutici all'apertura ed alla chiusura nonché quelli necessari per la realizzazione di quanto offerto da Codesta Ditta in sede di offerta tecnica”.*

12. Peraltro, al di là dell'evidente illegittimità di postergare la richiesta di qualificazione (e non soltanto della sua verifica) ad un momento successivo alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve altresì ritenersi che, come lamentato dalla ricorrente in primo grado con i motivi non esaminati dalla sentenza e qui riproposti, anch'essi fondati, a seguito dell'ottemperanza a tale richiesta, sia pure emerso che l'aggiudicataria non è in possesso dei predetti requisiti di idoneità professionale né di capacità tecnica ed economica.

12.1. L'art. 83, comma co. 3, del Codice dei Contratti pubblici stabilisce che *“ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in*

*Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali”.*

12.2. Ai fini della partecipazione alla gara, dunque, il concorrente deve essere iscritto al CCIAA nella categoria che forma oggetto del contratto che l'Amministrazione intende affidare (sia esso in regime di appalto ovvero di concessione).

12.3. Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, nell'impostazione del nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale assurge a requisito di idoneità professionale (art. 83, commi 1, lett. “a” e 3 d.Lgs n.50/2016), 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, avente la precipua finalità di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico; *ratio* dalla quale – nell'ottica di una lettura del bando fedele ai principi vigenti in materia di contrattualistica pubblica, che tenga cioè conto dell'oggetto e della funzione dell'affidamento (1363, 1367 e 1369) – si desume la necessità (non tanto di una verifica formale, quanto) di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste, in quanto l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (cfr. –

ex multis- Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; IV, 23 settembre 2015, n. 4457).

12.4. Tuttavia, come emerge *per tabulas* dalla visura camerale della ditta controinteressata, quest'ultima risulta sprovvista del requisito di idoneità professionale previsto dall'art. 83, co. 1, lett. a) del D. Lgs. 50/2016.

12.5. Più in particolare, alla data del 13 marzo 2019 e del 21 marzo 2019, non solo nell'ambito dell'attività prevalente ma neppure nell'oggetto sociale, la controinteressata risultava essere iscritta alla C.C.I.A.A. per lo svolgimento di attività edilizie e di impianti tecnologici ex D.M. 37/2008 (in favore di committenze private o pubbliche) svolgendo solo ed esclusivamente attività di pulizia (riconducibile al Codice ATECO 81.21), come riportato nella medesima visura camerale che, in base alla classificazione, si riferisce ad attività di *"pulizia generale (non specializzata) di edifici"*.

Senonché, come già evidenziato, la commessa oggetto di causa va qualificata come concessione mista di lavori e servizi essendo caratterizzata, in parte, dall'esecuzione di lavori (ovvero le opere edili e gli impianti tecnologici obbligatori e imprescindibili ai fini dell'avvio della gestione dello stabilimento balneare, oltre alle opere da realizzare a scelta del concorrente e indicate nella sua offerta tecnica), in parte dallo svolgimento di servizi (nella specie la gestione dello stabilimento balneare e dei correlati *"servizi di balneazione e logistici"*, aventi ad oggetto attività di pulizia, assistenza ai bagnanti, primo soccorso, bar e servizi aggiuntivi).

12.6. Inoltre, la dotazione organica della controinteressata GAM non contemplava nel suo ambito alcun Responsabile Tecnico, ai fini dell'esecuzione dei lavori rientranti nel D.M. 37/2008 lettera A

(impianti elettrici) e lettera D (impianti idrici), previsti dal Capitolato Tecnico tra le opere edili obbligatorie da svolgere in vista dell'apertura dello stabilimento balneare e, dunque, necessarie per la stessa l'esecuzione del servizio concesso (la gestione del lido).

12.7. Né la controinteressata ha dimostrato di essere provvista dei necessari ed imprescindibili requisiti di qualificazione previsti dal combinato disposto di cui agli artt. 84 del D. Lgs. n. 50 del 2016, artt. 90-92 del d.P.R.5 ottobre 2011, n. 207/2010 e dall'art. 12 della legge 23 maggio 2014, n. 80 (conversione, con modificazioni, del decreto legge 28 marzo 2014, n. 47), rubricato "*Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici*", per l'esecuzione delle necessarie ed obbligatorie opere edili da effettuare in vista della gestione dello stabilimento balneare: requisiti che, al pari dell'"*attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC*", per i lavori pubblici di importi pari o superiori ad € 150.000, il concorrente deve obbligatoriamente possedere per i lavori di importi inferiori a tale soglia.

12.8. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che non solo la Stazione appaltante abbia illegittimamente proceduto alla verifica dei requisiti di partecipazione della controinteressata "*anche necessari ex art. 83 D.Lgs. n. 50/2016, tenendo conto della natura mista lavori/servizi della concessione in parola*" solo successivamente alla valutazione delle componenti tecniche ed economiche delle offerte presentate e in sede di giustificazioni (tra l'altro invitando la ditta a dare una prova sul punto e senza condurre una propria autonoma verifica), ma anche, come lamentato dalla ricorrente in primo grado con i motivi di censura qui riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm, che, a seguito delle

richieste formulate solo in tale fase, la GAM non abbia neppure dimostrato in concreto di possedere i requisiti obbligatori di qualificazione per poter eseguire detti lavori (ovvero le opere edili previste dalla *lex specialis*, oltre a quelle facoltative che si era impegnata a realizzare nella propria offerta).

Oltre alla carenza del requisito di idoneità professionale già evidenziato, la concorrente ha infatti, soltanto allegato, in sede di verifica di anomalia, alcune fatture e provvedimenti attestanti l'avvenuto affidamento diretto (n. 3) di opere edili di modeste dimensioni ed importi (ammontanti, nel complesso, ad € 17.800,00), che, oltre ad essere solo tardivamente prodotti (sulla base di una richiesta che, benché attinente ai requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento, è stata però avanzata solo nella sua fase conclusiva), sono altresì inidonei a comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori oggetto delle prestazioni contrattuali.

L'art. 90 del D.P.R. 207/2010, alla lett. a) stabilisce, infatti, che i requisiti di qualificazione in discorso possono essere comprovati, tra le altre cose, indicando l'*“importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare”*; sicché, anche a voler considerare i predetti lavori eseguiti dalla controinteressata, essi comunque non raggiungerebbero l'importo previsto per i lavori da eseguire nel caso di specie che, tra quelli obbligatori e quelli facoltativi (che la medesima controinteressata ha comunque dichiarato di voler eseguire), ammontano nel complesso ad €. 76.332,78. Peraltro, come puntualmente rilevato dalla difesa dell'appellata Levante, l'importo dei lavori pregressi risulta inferiore non solo a quello fissato dalla

Stazione appaltante negli atti indittivi della procedura, ma finanche a quello indicato dalla stessa aggiudicataria nelle proprie giustificazioni (pari ad € 36.500,00).

Né l'aggiudicataria ha comprovato gli ulteriori requisiti previsti dalle lett. b) e c) dell'art. 90 del d.P.R. n. 207 del 2010 (*“Requisiti per lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro”*) consistenti, in particolare, nel: *“b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a)”*; nonché nella *“c) adeguata attrezzatura tecnica”*.

12.9. In conclusione, per le ragioni esposte, risulta pure fondato l'ulteriore motivo di gravame, non esaminato siccome assorbito dalla sentenza impugnata, riproposto dalla società appellata, secondo cui, anche a voler considerare i precedenti lavori eseguiti dalla controinteressata, la stessa continuerebbe a non essere qualificata ai fini della commessa in oggetto (quanto all'esecuzione dei lavori), sia perché sprovvista del requisito di idoneità professionale sia per non aver comprovato il possesso dei requisiti previsti dall'art. 90 del d.P.R. n. 207 del 2010.

13. Né, in senso contrario, può essere assegnato valore dirimente, come sostiene il Ministero appellante, alla circostanza che la legge di gara non prevedesse, ai fini della partecipazione alla relativa procedura di affidamento ed a pena di esclusione, il possesso dei suddetti requisiti di qualificazione.

13.1. Come chiarito dalla giurisprudenza, la *lex specialis* deve ritenersi, infatti, eterointegrata dalla legge generale in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme o inesistente o lacunosa.

13.2. Ne viene che, nel caso di specie, se è dunque illegittima la richiesta postergata di dimostrare la propria qualificazione (e non già di procedere ad una mera verifica dei requisiti) in un momento successivo alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, anziché procedervi, a monte, all'atto dell'indizione della procedura (con modalità contrarie alla formazione del contratto di concessione, sì da definire *ex ante* la platea dei concorrenti idonei a partecipare alla procedura), come a ragione rilevato dal primo giudice, nel contempo deve pure ritenersi che il bando non può essere considerato l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva, non potendo esso prescindere dalle fonti esterne che, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge obbligatorie e inderogabili, devono considerarsi integrative (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3699).

13.3. Lo stesso dicasi per le previsioni inerenti i requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari, anch'esse recanti specifici obblighi di qualificazione.

13.4. Poiché dunque i requisiti di partecipazione necessari ex art. 83 del D.lgs n. 50 del 2016 andavano parametrati anche alle prestazioni di lavori oggetto del contratto misto da affidarsi, è erroneo e non può condividersi l'assunto della difesa erariale secondo cui la verifica dei requisiti in parola in capo all'aggiudicataria non sarebbe stata obbligatoria per la Stazione appaltante, in quanto non previsti a pena

di esclusione dalla *lex specialis* di gara. Deve, per converso, ritenersi che i concorrenti fossero tenuti ad allegare e comprovare la loro pregressa esperienza ed il possesso dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2012, n. 1153).

13.5. Diversamente opinando, infatti sarebbe illegittima l'intera procedura di gara (come pure sostenuto dalla ricorrente in primo grado con il motivo dedotto in via estremamente subordinata e qui riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in quanto anch'esso assorbito e non esaminato dalla sentenza appellata) per non aver previsto i necessari requisiti di qualificazione per selezionare gli operatori economici idonei all'esecuzione di opere pubbliche (nella specie le opere edili e gli impianti tecnologici la cui realizzazione era obbligatoria in vista della gestione dello stabilimento balneare).

13.6. Detti requisiti rappresentavano strumento di qualificazione del concorrente rilevante ai fini della sua partecipazione alla gara, da richiedere sin dall'indizione della procedura, al fine di definire la platea dei concorrenti che avrebbero potuto essere ammessi alla fase di valutazione delle offerte, e che dovevano perciò essere interamente posseduti dalla concorrente sin dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per l'intera durata della procedura e fino alla stipula del contratto: richiederli in un momento successivo (come qui ha fatto la Stazione appaltante) equivale, in contrasto con i principi di *par condicio* e trasparenza, a consentire la



partecipazione alla procedura di affidamento anche di concorrenti non qualificati che non avrebbero potuto esservi ammessi.

14. Alla luce delle considerazioni svolte, devono pertanto ritenersi fondate tanto le censure di nullità o inesistenza del provvedimento di aggiudicazione (per essere il messaggio inoltrato a mezzo pec, con cui la stazione appaltante si è limitata soltanto a comunicare alla società Levante, seconda classificata, che *“la ditta G.A.M. s.r.l. è risultata aggiudicataria relativamente all’indagine in oggetto, in qualità di migliore offerente”*, privo dei contenuti minimi per assumere tale portata dispositiva), quanto le censure di difetto di istruttoria che hanno condotto all’annullamento dell’aggiudicazione, poiché un conto è eseguire le verifiche a comprova dei requisiti dichiarati, altro è chiedere alla ditta concorrente contezza della propria qualificazione per eseguire una parte della concessione solo dopo che le offerte sono state già interamente valutate.

14.1. Per le ragioni esposte, nessuna delle argomentazioni prospettate dal Ministero appellante e sostenute anche dalla controinteressata Gam è idonea a sovvertire le convincenti considerazioni della società Levante, originaria ricorrente, correttamente condivise dal primo giudice.

15. In conclusione, l’appello va respinto.

16. Le spese tra il Ministero appellante e la società appellata seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, mentre sono integralmente compensate tra tutte le altre parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Ministero della Difesa alla rifusione delle spese di giudizio a favore dell'appellata Levante s.r.l.s. che liquida forfettariamente in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) oltre oneri e accessori se per legge dovuti. Spese compensate tra le altre parti costituite.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO