



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1216 del 2012, proposto da:

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via dei Monti Parioli, n. 48;

contro

Comune di Argelato, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Sonetti e Maria Teresa Barbantini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti di

Marangoni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Donatella Valsania e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Cosseria, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, Sezione II, n. 00845/2011, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento del Comune di Argelato di aggiudicazione del servizio di refezione scolastica e sociale per gli anni scolastici 2011/2012 - 2012/2013 - 2013/2014, con eventuale proroga per ulteriori tre anni scolastici, e degli atti connessi;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni mediante reintegrazione specifica o per equivalente, con riserva di specificazione in corso di causa, o da determinarsi in via equitativa.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Argelato e di Marangoni S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Corea, Moscuza, Barbantini e Franzin, per delega dell'Avv. Romanelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Dussmann Service S.r.l., classificatasi al secondo posto in graduatoria nella gara indetta dal Comune di Argelato per l'affidamento del "Servizio di refezione scolastica e sociale anni scolastici 2011/2012 - 2012/2013 - 2013/2014 e di eventuale proroga per ulteriori tre anni scolastici", ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso proposto da essa società per l'annullamento della determinazione soc./63 del 2 agosto 2011 di detto Comune, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio alla controinteressata Marangoni S.r.l., dei verbali di gara del 4,5,6,7,12 e 14 luglio 2011 e del 1 agosto 2011 (nella parte in cui la Commissione giudicatrice non ha escluso l'offerta della Marangoni s.r.l. per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara e ha invece aggiudicato provvisoriamente a quest'ultima il servizio de quo, ritenendo congrua la relativa offerta), della nota prot. 9586 del 2 agosto 2011 (con la quale la Stazione appaltante ha comunicato alla Dussmann Service di ritenere rispettato, da parte della Marangoni s.r.l. il requisito del possesso del Centro cottura di emergenza); nonché, in via subordinata, dell'intero procedimento di gara. Inoltre ha chiesto il risarcimento dei danni.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Il T.A.R. ha erroneamente respinto la censura secondo la quale la controinteressata Marangoni S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non avrebbe dimostrato di avere la disponibilità di un centro cottura per la predisposizione dei pasti nei casi di emergenza, come previsto dall'art. 10, lett. e) del bando. Invero, posto che nel centro cottura poteva lavorare solo il soggetto autorizzato sulla base della normativa alimentare, cioè la Self Market, l'avvalimento del solo locale (senza la relativa autorizzazione all'esercizio dell'attività di preparazione dei cibi e senza il personale, i macchinari e la struttura operativa) risultava inutile ai fini della partecipazione alla gara, con necessità di esclusione di detta s.r.l. dalla procedura per violazione della disciplina in materia di avvalimento e difetto dei requisiti speciali di partecipazione previsti dall'art. 10, lett. e), del bando.

2.- Erroneamente è stato respinto il secondo motivo di ricorso erroneamente interpretando il contenuto dell'autorizzazione sanitaria rilasciata in favore della Self Market s.n.c..

Secondo il Giudice di primo grado la capacità produttiva del centro cottura di cui avrebbe dovuto avvalersi la Marangoni sarebbe di 1.000 pasti al giorno, in quanto ai 500/600 pasti da asporto indicati nell'autorizzazione sanitaria andavano sommati i 400 pasti per il self service, sicché ben potevano essere prodotti i 750 pasti che il centro cottura doveva essere in grado di fornire per svolgere la sua funzione.

Ma sommare il numero dei pasti da asporto con quelli destinati al self service era un errore sia giuridico che tecnico. E' quindi evidente il difetto del requisito della complessiva capacità produttiva di 1.000 pasti al giorno e l'incapacità produttiva del centro cottura oggetto di avvalimento

3.- Il T.A.R. ha malamente applicato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non può essere escluso il concorrente incorso in una violazione di legge compilando dei moduli predisposti dalla stazione appaltante ad una ipotesi di violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, essendo essa talmente grave da impedire la stipula del contratto, che va annullato in caso di violazione.

Illegittimamente la stazione appaltante ha tardivamente estratto il certificato del casellario giudiziario di un socio, eterointegrando la documentazione di gara dopo l'aggiudicazione definitiva del contratto, violando l'art. 38, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006.

Non è applicabile alla avvenuta omissione l'istituto del "falso innocuo".

4.- Erroneamente il primo giudice ha ritenuto che la mancata dichiarazione della controinteressata di essere inserita nel sistema di controllo applicato agli operatori che trattano prodotti di agricoltura biologica per la ristorazione collettiva sarebbe giustificata dal chiarimento fornito nel corso della prima seduta di gara e dalla equivocità della

legge di gara.

5.- È stato respinto il quinto motivo di ricorso, fatto valere in via subordinata, deducendo violazione dei principi di trasparenza e “par condicio” e motivazione insufficiente, nell’erroneo assunto che le modalità con cui è stato fornito detto chiarimento non rendono illegittima la intera procedura di gara, cui non è applicabile l’art. 71 del d. lgs. n. 163/2006.

Con atto depositato il 6.3.2012 si è costituita in giudizio la Marangoni s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità dell’appello, per carenza di interesse (stante la mancata specifica impugnazione della determinazione Soc./142 del 30.12.2011, richiamata nel contratto prodotto in giudizio, con la quale il Comune di Argelato ha dichiarato efficace l’aggiudicazione definitiva di cui trattasi, perché con essa è stato definito in modo stabile l’assetto di interessi sottostante la procedura di gara), nonché ne ha dedotto la infondatezza.

Con memoria depositata il 7.3.2012 si è costituito in giudizio il Comune di Argelato, che ha eccepito la inammissibilità dell’appello per mancata impugnazione del parere sanitario emesso dalla AUSL di Bologna, prot. n. 106802/1503 del 22.8.2011, con il quale è stata ritenuta corretta la documentazione prodotta dalla Marangoni s.r.l. ed adeguata la struttura della ausiliaria; ciò in quanto esso parere sarebbe atto idoneo ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva. Nel merito è stata dedotta la infondatezza dell’appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 23.6.2012 parte appellante ha contestato la fondatezza delle eccezioni formulate dalle controparti, ha precisato e quantificato la richiesta di risarcimento danni ed ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 28.6.2012 il Comune resistente ha replicato alle avverse argomentazioni eccependo la inammissibilità della richiesta di risarcimento danni e contestandone la fondatezza.

Alla pubblica udienza del 10.7.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da Dussmann Service S.r.l, di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l’annullamento del provvedimento del Comune di Argelato di aggiudicazione servizio di refezione scolastica e sociale per gli anni scolastici 2011/2012 - 2012/2013 - 2013/2014, con eventuale proroga per ulteriori tre anni scolastici, e degli atti connessi; inoltre sulla richiesta di condanna al risarcimento dei danni mediante reintegrazione specifica o per equivalente.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare la condivisibilità della eccezione formulata dalla Marangoni s.r.l. di inammissibilità dell’appello per carenza di interesse, stante la mancata specifica impugnazione della determinazione Soc./142 del 30.12.2011, richiamata nel contratto prodotto in giudizio, con la quale il Comune di Argelato ha dichiarato efficace l’aggiudicazione definitiva di cui trattasi, perché con essa è stato definito in modo stabile l’assetto di interessi sottostante la procedura di gara.

2.1.- Va rilevato in proposito che l’atto conclusivo del procedimento è costituito dalla comunicazione della aggiudicazione definitiva, comunicata alla parte appellante ex art. 79 del d. lgs. n. 163/2006 e ritualmente impugnata, mentre la determinazione con la quale è stata dichiarata efficace detta aggiudicazione deve ritenersi atto meramente confermativo, in quanto privo di qualsiasi elemento di novità e, quindi, inidoneo a produrre effetti giuridicamente rilevanti, sicché non doveva essere impugnato giurisdizionalmente, non rappresentando una autonoma determinazione dell’Amministrazione.

La eccezione è quindi incontestabile.

3.- In secondo luogo il Collegio deve valutare la fondatezza della eccezione del Comune di Argelato, che ha

eccepiteo la inammissibilità dell'appello per mancata impugnazione del parere sanitario emesso dalla AUSL di Bologna, prot. n. 106802/1503 del 22.8.2011, con il quale è stata ritenuta corretta la documentazione prodotta dalla Marangoni s.r.l. ed è stata ritenuta adeguata la struttura della ausiliaria, atto idoneo ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva.

3.1.- Va rilevato in proposito che l'atto sopra indicato è da ritenere avulso dalla sequenza procedimentale sfociata nella adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato, ed è privo di autonomo effetto costitutivo-lesivo, sicché è da valutare del tutto inidoneo a rendere inammissibile il ricorso in appello contro la sentenza di reiezione della richiesta di annullamento di detto provvedimento, con conseguente indivisibilità della eccezione.

4.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il T.A.R. ha respinto la censura con la quale è stato lamentato che la controinteressata Marangoni S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (per non aver dimostrato di avere la disponibilità di un centro cottura per la predisposizione dei pasti nei casi di emergenza, come previsto dall'art. 10, lett. e), del bando) nell'erroneo assunto che con la autorizzazione sanitaria n. 34/2002, intestata all'impresa ausiliaria Self Market S.n.c. (che prevede, a proposito del personale da utilizzare presso la struttura, che lo stesso sia "munito di libretto di idoneità sanitaria vidimato dalla competente Azienda U.S.L."), fossero imposti generici requisiti soggettivi che ben potevano essere soddisfatti anche dal personale utilizzato dalla impresa avvalentesi (ossia dalla Marangoni S.r.l.), nonché che dalla disciplina di gara non emergeva alcuna previsione che imponesse l'intestazione dell'autorizzazione sanitaria in capo all'impresa partecipante alla selezione, ovvero richiedesse una particolare conformazione del rapporto intercorrente con l'impresa ausiliaria.

Non ha però tenuto conto il T.A.R. che l'utilizzo diretto da parte di un operatore di un centro cottura comporta necessariamente la intestazione in capo all'operatore stesso dell'autorizzazione sanitaria per svolgere la attività di preparazione dei pasti in quello specifico luogo, anche al fine di garantire l'igiene e la sicurezza alimentare, non essendo essa autorizzazione riferita semplicemente alle strutture ma all'azienda; la Marangoni s.r.l. doveva avvalersi di tutto ciò che è contemplato nella autorizzazione sanitaria della ausiliaria Self Market s.n.c., compreso il personale.

Poiché l'operatore che utilizza un centro cottura deve essere in possesso dell'autorizzazione sanitaria, il mancato possesso di questa da parte della Marangoni s.r.l. (che ha dichiarato che la preparazione dei pasti sarebbe stata effettuata presso il centro di cottura di emergenza con proprio personale) comporterebbe che l'avvalimento da questa proposto è irregolare ed inidoneo ad assicurare il requisito in discussione, essendo stato utilizzato l'istituto solo per avere a disposizione detto centro di cottura, che però detta società non può utilizzare per mancato possesso della autorizzazione sanitaria.

Infatti, ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 48 della direttiva 2004/18/CE, con l'istituto dell'avvalimento l'ausiliario deve mettere a disposizione del concorrente e della stazione appaltante non solo il requisito di partecipazione genericamente considerato, ma anche le risorse che assicurino la effettiva disponibilità di detto requisito ed esse devono essere espressamente indicate nel contratto, il che nel caso di specie sarebbe stato omesso.

Pertanto la Self Market s.n.c., che è la titolare del centro di cottura e della relativa autorizzazione sanitaria, in caso di emergenza avrebbe dovuto svolgere con i propri mezzi ed il proprio personale l'attività di cottura e confezionamento dei cibi da asporto.

Aggiungasi che, trattandosi di attività da svolgere in casi di emergenza improvvisa, essa non potrebbe essere svolta tempestivamente per insuperabili difetti organizzativi, perché la Self Market s.n.c. già svolge la propria ordinaria attività con il proprio personale e ciò non consentirebbe né la contemporanea presenza di altri operatori, né di

assicurare la notevole produzione di cibi da asporto.

In conclusione, posto che nel centro cottura poteva lavorare solo il soggetto autorizzato sulla base della normativa alimentare, cioè la Self Market s.n.c., l'avvalimento del solo locale (senza la relativa autorizzazione all'esercizio dell'attività di preparazione dei cibi e senza il personale, i macchinari e la struttura operativa) risultava inutile ai fini della partecipazione alla gara, con necessità di esclusione della Marangoni s.r.l. dalla procedura per violazione della disciplina in materia di avvalimento e difetto dei requisiti speciali di partecipazione previsti dall'art. 10, lett. e), del bando (che imponeva che i concorrenti fossero dotati di un centro cottura per la produzione dei pasti in casi di emergenza, la cui carenza determinava, ex art. 11 del bando, la esclusione della ditta che ne fosse sprovvista).

4.1.- Osserva la Sezione che la "lex specialis" prevedeva, all'art. 3 del capitolato, che le imprese partecipanti alla gara avrebbero dovuto avere la disponibilità dall'inizio e per tutta la durata dell'appalto, di un centro di cottura per la produzione di pasti nei casi di emergenza qualora la cucina comunale, in parte o "in toto", non fosse in grado di funzionare. Aggiungeva poi detta disposizione che nel caso in cui tale centro di emergenza non fosse di proprietà della impresa, occorreva che in sede di offerta la stessa ne attestasse la disponibilità per tutta la durata dell'appalto.

La Marangoni s.r.l., risultata aggiudicataria, aveva prodotto il contratto di avvalimento stipulato con la società Self Market s.n.c. di Cesare Loris e C., avente ad oggetto il centro di cottura di proprietà di quest'ultima, corredato di apposita autorizzazione sanitaria n. 34/2002 per 1.000 pasti al giorno.

Va rilevato che la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti.

Pertanto l'espletamento di un servizio in avvalimento come quello di specie, che necessita, per la sua esecuzione operativa, della titolarità di autorizzazione sanitaria, non è consentito da parte di soggetti che di essa siano privi.

Poiché nel centro di cottura *de quo* poteva lavorare solo il soggetto autorizzato sulla base della normativa alimentare, cioè la Self Market s.n.c., era questa che avrebbe dovuto mettere a disposizione oltre che i locali anche il personale.

Comunque anche l'operatore che avrebbe utilizzato il centro cottura in caso di emergenza, cioè la Marangoni s.r.l. (che ha dichiarato che la preparazione dei pasti sarebbe stata effettuata presso il centro di cottura di emergenza con proprio personale), avrebbe dovuto essere in possesso dell'autorizzazione sanitaria per svolgere la attività di preparazione dei pasti in quello specifico luogo. Il mancato possesso di essa da parte della Marangoni s.r.l. comportava che l'avvalimento riguardava il solo locale (senza la relativa autorizzazione all'esercizio dell'attività di preparazione dei cibi e senza il personale, i macchinari e la struttura operativa) ed era inutile ai fini della partecipazione alla gara; infatti era l'ausiliaria che avrebbe dovuto assumere la obbligazione di mettere a disposizione tutta la complessa organizzazione idonea a consentire la corretta esecuzione del servizio di cottura di emergenza dei pasti, di cui è parte imprescindibile il personale, altrimenti si sarebbe in presenza dell'istituto della locazione atipica.

Quindi l'avvalimento in questione non era consentito, perché la Marangoni aveva dichiarato, in violazione dei principi sull'avvalimento, che avrebbe effettuato la preparazione pasti in caso di emergenza con proprio personale, mentre avrebbe dovuto essere la Self Market a mettere a disposizione anche il proprio personale, essendo quello della Marangoni s.r.l. privo di detta autorizzazione sanitaria a lavorare nei locali della Self Market s.n.c..

Né può assumere rilevanza la circostanza che dalla disciplina di gara non emergeva alcuna previsione che imponesse l'intestazione dell'autorizzazione sanitaria in capo all'impresa partecipante alla selezione, essendo le

disposizioni di cui all'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 eterointegrative.

L'appello è quindi fondato e, in riforma della impugnata sentenza, va accolto il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, annullando l'aggiudicazione della gara alla Marangoni s.r.l. perché essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non aveva dimostrato di avere la disponibilità di un centro cottura per la predisposizione dei pasti nei casi di emergenza, come previsto dall'art. 10, lett. e) del bando.

Tanto comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di appello.

5.- Quanto alla domanda di risarcimento danni, va premesso che deve ritenersi inammissibile la richiesta formulata nel ricorso introduttivo del giudizio in termini assolutamente generici, mentre, trattandosi di responsabilità aquiliana, il ricorrente deve provare tutti gli elementi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

Tuttavia detta domanda non è preclusa dalla sua mancata proposizione unitamente al ricorso introduttivo, rispondendo a principi di concentrazione dei giudizi e di ragionevole durata del processo la possibilità di ricorso all'istituto dei motivi aggiunti per la proposizione di una domanda risarcitoria che vada ad inserirsi in un giudizio già instaurato (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 184)

In relazione alle (ulteriori, nuove, e questa volta specifiche) richieste formulate con memoria depositata il 23.6.2012 dalla parte appellante si evidenzia che questa ha compiuto un ampliamento del "petitum", utilizzando lo strumento "semplice" (illustrativo) della memoria (non notificata), senza quindi costituire un pieno ed integro contraddittorio sul punto con le controparti.

In materia la giurisprudenza è chiara nel definire inammissibili tali domande, non rispettose del principio, formale e sostanziale, dell'integrità del contraddittorio (C.G.A. – Sicilia, 15 maggio 2006, n. 234)

In detta memoria depositata il 23.6.2012 la ricorrente principale (che in sede di ricorso aveva riportato la richiesta di condanna del Comune al risarcimento dei danni, nelle modalità della reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto e/o per equivalente, con riserva di specificazione e quantificazione in corso di causa o comunque da determinarsi in via equitativa secondo il prudente apprezzamento del Tribunale e nelle conclusioni aveva solo chiesto l'accoglimento delle domande formulate in primo grado) ha formalmente specificato e quantificato le richieste di risarcimento in forma specifica o in via equitativa. E' vero che, in base all'art. 30, comma 5, del c.p.a., nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, "la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza".

Tuttavia, se formulata nel corso del giudizio, la domanda risarcitoria, secondo il costante e condiviso orientamento della giurisprudenza, deve essere notificata alle controparti: "È ammissibile una domanda di risarcimento dei danni formulata nel corso del processo avanti al TAR e con semplice memoria, purché detta memoria sia notificata alle controparti" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485;).

Nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni, formalmente presentata dalla ricorrente principale nella memoria depositata il 23.6.2012, non è stata notificata alle controparti e comunque inerisce alla sede di appello laddove avrebbe dovuto introdursi fin dal primo grado, sicchè, in ossequio al divieto di "jus novorum" in appello è quindi, a doppio titolo processuale, da valutare come inammissibile.

Né può, nel caso di specie, valere la notifica del ricorso introduttivo, posto che la mera richiesta di accoglimento delle domande formulate in primo grado, tra le quali figurava la domanda di risarcimento danni, non solo non equivale a formale proposizione della stessa, ma comunque è appunto da valutare generica e quindi inammissibile.

Resta, tuttavia, salva la facoltà della ricorrente di far valere nuovamente tale domanda con separato ricorso

6.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e per l'effetto deve essere riformata la prima decisione e vanno annullati i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio. Va dichiarata inammissibile la richiesta di risarcimento danni, salva la facoltà di far valere la richiesta con separato ricorso.

7.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame nei sensi nei limiti e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. ed annulla i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio. Dichiara inammissibile la richiesta di risarcimento danni, salva la facoltà di far valere la richiesta con separato ricorso.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)