



**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 2084 del 2013, proposto da:

Comune di Padova, in persona del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra Montobbio, Vincenzo Mizzoni, Marina Lotto e Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via del Viminale 43;

***contro***

Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo di raggruppamento temporaneo di imprese (Rti) con Sodexo Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Calgaro, Mariagrazia Romeo e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Vittoria Colonna 32;

***nei confronti di***

Dussman Service s.r.l., in persona del presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via dei Monti Parioli 48;

sul ricorso numero di registro generale 2314 del 2013, proposto da:

Dussman Service s.r.l., in persona del presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via dei Monti Parioli 48;

***contro***

Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo di Rti con Sodexo Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Calgaro, Mariagrazia Romeo e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Vittoria Colonna 32;

***nei confronti di***

Comune di Padova;

***per la riforma***

quanto ad entrambi gli appelli:

della sentenza breve del T.A.R. VENETO, SEZIONE I, n. 00176/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara di appalto per affidamento servizio di ristorazione scolastica e consegna pasti a domicilio a soggetti in

condizione di disagio.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Serenissima Ristorazione s.p.a. e Dussman Service s.r.l. nell'appello del Comune di Padova e della Serenissima Ristorazione s.p.a. nell'appello della Dussman Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Lorenzoni, Romeo, e Marini, per delega di Corea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con la sentenza di primo grado il TAR Veneto ha accolto l'impugnativa della Serenissima Ristorazione s.p.a. avverso la determinazione dirigenziale 2012/10/132 del 27 dicembre 2012, con la quale il Comune di Padova affidava a trattativa privata alla Dussmann Service s.r.l. l'appalto del servizio di ristorazione scolastica e consegna pasti a domicilio a soggetti in condizione di disagio per il periodo di 6 mesi (dal 2 gennaio al 30 giugno 2013).

Il TAR ha condiviso la censura di violazione dell'art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, reputando ingiustificata la mancata previa consultazione della ricorrente, benché impresa operante nel settore del servizio posto a gara. A questo specifico riguardo, il giudice di primo grado ha escluso che potesse costituire ragione sufficiente a giustificare la scelta dell'amministrazione l'esclusione comminata in danno della Serenissima Ristorazione dalla precedente procedura aperta avente ad oggetto il medesimo servizio, per la durata di 7 anni (bando pubblicato il 6 aprile 2012). Ad avviso del TAR, infatti, non costituiva circostanza ostativa alla consultazione il fatto che la Serenissima Ristorazione avesse presentato in quest'ultima procedura una dichiarazione mendace in ordine ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del codice dei contratti pubblici, non applicandosi in questo caso *"la previsione normativa di cui al successivo art. 48, comma 1"*.

2. La sentenza è appellata dal Comune di Padova e dalla controinteressata Dussmann Service.

3. Si è costituita in resistenza in entrambi gli appelli la Serenissima Ristorazione.

4. Con l'ordinanza cautelare di accoglimento dell'istanza di sospensione ex artt. 98 cod. proc. amm. proposta dalle due appellanti (n. 1557 del 30 aprile 2013), è stata disposta la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm..

All'udienza del 3 dicembre 2013 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

#### DIRITTO

1. Preliminarmente va confermata la riunione degli appelli già disposta nell'ordinanza cautelare sopra citata, per le ragioni colà esposte.

2. Sempre in via preliminare, deve darsi atto che l'interesse che sorregge l'originaria impugnativa è degradato ad interesse meramente risarcitorio.

Ciò in ragione del fatto che il contratto in contestazione ha avuto integrale esecuzione nelle more del presente giudizio d'appello, come concordemente riferito dalle parti, nonché alla luce di quanto dichiarato dal difensore della Serenissima Ristorazione all'udienza in camera di consiglio del 30 aprile 2013, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare (e di cui si dà atto nell'ordinanza pronunciata all'esito, a supporto della decisione di accoglimento della sospensiva). Ad ulteriore conferma, si rileva che nei propri scritti conclusionali detta appellata

ha insistito in via esclusiva nelle proprie richieste di risarcimento per equivalente.

2.1 Conseguentemente, in questa sede è sufficiente limitarsi al riscontro dell'eventuale illegittimità dei provvedimenti impugnati, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., alla luce dei motivi formulati dalle due parti appellanti.

3. Tanto precisato, deve essere esaminata con priorità l'eccezione di inammissibilità dell'appello del Comune di Padova, che la Serenissima ristorazione fa discendere dall'omessa produzione della delibera della giunta di autorizzazione al sindaco ad agire in giudizio, ai sensi dell'art. 51, comma 2, dello statuto comunale.

L'eccezione è smentita in fatto dalla produzione della delibera giuntale n. 63 del 19 febbraio 2013, in allegato all'appello, ed è comunque errata in diritto, atteso, in primo luogo, che il sindaco ha comunque la rappresentanza legale dell'ente comunale (art. 50, comma 2, t.u.e.l.), e, in secondo luogo, che le limitazioni interne all'esercizio di tale potere rappresentativo giammai possono ripercuotersi sulla capacità di stare in giudizio dell'ente rappresentato, rilevando esclusivamente nei rapporti interni agli organi di vertice di quest'ultimo. A questo riguardo è il caso di richiamare il potere di regolarizzazione ufficiosa previsto, tra l'altro per il caso di difetto di autorizzazione, dall'art. 182, comma 2, cod. proc. civ., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 d.lgs. n. 104/2010 e che, comunque, viene generalmente circoscritto ai casi in cui l'autorizzazione a stare in giudizio sia prevista per legge (come ad esempio nel caso degli incapaci).

4. Sempre in via preliminare, occorre ora passare a scrutinare la contrapposta eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria, che il Comune di Padova ha formulato nella propria comparsa conclusionale, e che si basa sulla circostanza che la Serenissima Ristorazione non la avrebbe ritualmente proposta in questo giudizio d'appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo.

L'eccezione deve essere respinta, dovendo sul punto convenirsi con la puntuale controdeduzione svolta dalla società appellata nella propria memoria di replica.

Come infatti condivisibilmente osserva quest'ultima, la sentenza di primo grado aveva reintegrato in forma specifica l'interesse sostanziale da questa azionato, consistente nella stipula del contratto concluso invece con la controinteressata Dussmann Service. Ciò emerge in particolare dal seguente passaggio della sentenza appellata: *“l'odierna ricorrente dovrà essere contattata per la eventuale stipula del contratto di fornitura a trattativa privata, nelle more del contratto stipulato con Dussmann service s.r.l.”.*

Conseguentemente, non è conferente il richiamo al citato art. 101, comma 2, cod. proc. amm., giacché questa disposizione presuppone che la domanda non sia stata esaminata.

In seguito all'avvenuta esecuzione del contratto nelle more del giudizio d'appello, la Serenissima Ristorazione ha quindi fatto presente (all'udienza camerale di discussione dell'istanza di sospensione della sentenza, come visto sopra) che l'interesse alla base dell'originaria impugnativa era degradato a meramente risarcitorio. Quello stesso interesse – soggiunge il Collegio - a sostegno della domanda già svolta nell'originario ricorso introduttivo, in via subordinata a quella di reintegrazione in forma specifica.

Tanto è sufficiente per ritenere ammissibile la domanda di ristoro per equivalente, la quale costituisce un *minus* rispetto a quella originariamente proposta di reintegrazione in forma specifica e che dunque è stata ritualmente enucleata da quest'ultima in seguito all'esaurimento del rapporto amministrativo controverso in senso preclusivo all'ottenimento di quest'ultima e più ampia forma di tutela. Ed infatti, l'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. recita testualmente: *“Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio”.*

4.1 In ogni caso, quand'anche non si possa considerare in tal modo ritualmente proposta la domanda risarcitoria, deve nondimeno ritenersi intatto l'interesse, sopra detto, all'accertamento dell'illegittimità degli atti qui impugnati,

potendo tale domanda essere riproposta in separato giudizio a norma del citato art. 30, comma 5, del codice del processo amministrativo. Ed è evidente che la proponibilità della domanda in separato giudizio non sarebbe preclusa da un'ipotetica pronuncia di inammissibilità in questo giudizio, giacché questa non è suscettibile di passare in giudicato.

4.2 Va ancora notato che il Comune di Padova argomenta tale inammissibilità anche per “*carezza assoluta di qualsiasi supporto probatorio*” (così a pag. 10 della memoria conclusionale) a sostegno della domanda risarcitoria. L'assunto è decisamente da escludere, visto che l'assenza di prova darebbe in ipotesi luogo ad una pronuncia di rigetto nel merito della domanda, ma non certo in rito quale invece è una statuizione di inammissibilità.

5. Superate le eccezioni preliminari, va sgomberato il campo anche dalle censure di ultrapetizione, difetto di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e contraddittorietà della motivazione variamente formulate dalle due appellanti all'indirizzo della sentenza del TAR Veneto.

Premesso che i vizi in questione non precludono comunque la devoluzione a questo giudice di secondo grado dei profili di merito inerenti la legittimità della procedura negoziata, quali dedotti nel ricorso originario della Serenissima Ristorazione, conformemente alla natura non cassatoria del mezzo di gravame dell'appello, deve nondimeno sottolinearsi che nessuna critica può al riguardo essere fondatamente rivolta al giudice di prime cure.

Infatti, nell'accogliere l'impugnativa, quest'ultimo ha anche soprasseduto dal pronunciarsi sulla connessa domanda di reintegrazione in forma specifica, ritenendo – del tutto condivisibilmente - che questa potesse essere soddisfatta dall'effetto ripristinatorio discendente dalla statuizione di annullamento. A questo specifico riguardo, il TAR ha infatti doverosamente precisato, anche ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), cod. proc. amm., che l'amministrazione avrebbe dovuto rinnovare la procedura attraverso la consultazione della ricorrente.

5. Può dunque passarsi al merito dei due appelli riuniti.

5.1 Entrambe le appellanti sostengono, in sintesi, che la procedura negoziata senza previa consultazione era l'unica soluzione percorribile, attesa l'estrema urgenza, peraltro riconosciuta dallo stesso TAR. La quale urgenza, ad avviso delle appellanti, sarebbe derivata dalla necessità di garantire la continuità del servizio di ristorazione in vista della scadenza prevista per il 31 dicembre 2012 del precedente affidamento in favore della Serenissima Ristorazione, avendo quest'ultima proposto impugnazione avverso la gara per l'affidamento settennale del servizio, conclusasi il precedente agosto.

Evidenziano inoltre le due appellanti che quest'ultima non avrebbe comunque avuto titolo ad essere consultata, causa il mendacio commesso in detta procedura di affidamento in ordine ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del codice dei contratti pubblici, come accertato dal TAR Veneto con sentenza n. 1511 del 5 dicembre 2012, resa su detta impugnativa.

Criticano inoltre il richiamo operato dal giudice di primo grado all'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, assumendo che nel caso di specie è stata fatta applicazione dell'art. 6 del regolamento del Comune di Padova sui contratti, il quale inibisce l'invito a gare ufficiose a soggetti autori di false dichiarazioni.

5.2 Controdeduce la Serenissima Ristorazione rilevando che:

- la procedura negoziata in contestazione si è resa necessaria per cause imputabili esclusivamente all'amministrazione, e cioè in ragione di carenze progettuali relative all'affidamento del servizio di ristorazione per sette anni, in particolare a causa dell'assenza di previsione in ordine allo svolgimento del servizio durante la fase di realizzazione del centro cottura dedotto in contratto;
- l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione dell'impugnativa giurisdizionale con annessa istanza di sospensiva, ai sensi dell'art. 11, comma 10-ter, d.lgs. n. 163/2006, costituisce evento *certus an e quando*, cosicché difetta anche il requisito dell'imprevedibilità richiesto dall'art. 57, comma 2, lett. c), del codice “appalti”;

- in ogni caso, l'esclusione dalla procedura di affidamento del servizio, tuttora *sub iudice* (appello iscritto al n. di r.g. 9068/2012), è stata disposta in proprio danno non già per dichiarazioni false in ordine ai requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, ma per dichiarazione incompleta;

- l'art. 6 del citato regolamento comunale non è in alcun modo richiamato nella determinazione di affidamento a trattativa privata, che invece fa riferimento all'art. 4 del medesimo regolamento, il quale vieta la partecipazione a soggetti non in possesso dei requisiti di affidabilità morale.

5.3 I rilievi della Serenissima Ristorazione sono innanzitutto condivisibili nella parte diretta a stigmatizzare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Premesso che, come quest'ultima deduce, il TAR non ha in alcun modo affermato che sussisteva il requisito dell'estrema urgenza ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, ma lo ha nel caso di specie ritenuto indifferente, certamente difettano nel caso di specie i requisiti dell'imprevedibilità e della non imputabilità delle circostanze a sostegno della predetta estrema urgenza parimenti richieste dalla norma del codice dei contratti pubblici contenuta nel citato art. 57, comma 2, lett. c).

In particolare, deve convenirsi con quanto dedotto dall'odierna appellata, e cioè che il contratto in contestazione si è reso necessario per scongiurare l'interruzione del servizio che la difettosa progettazione alla base della precedente procedura aperta per l'affidamento del medesimo per la durata di sette anni avrebbe altrimenti causato. Posto infatti che in quest'ultima non era previsto alcunché in ordine alla fornitura di pasti durante la realizzazione del centro cottura posta a gara, quanto ora osservato emerge dal fatto che nella determinazione di affidamento a trattativa privata in contestazione nel presente giudizio si adduce a motivo dell'urgenza esclusivamente la scadenza del contratto (allora) in essere (con la Serenissima Ristorazione) per il 31 dicembre 2012, e cioè un fatto ampiamente noto all'amministrazione già in precedenza.

Quindi, dalla palese implausibilità di tale presupposto non può che risultare avvalorato l'assunto dell'odierna appellata.

Lo stesso, inoltre, risulta ulteriormente confermato dal fatto che nel provvedimento in contestazione si afferma che la Dussmann avrebbe realizzato, in esecuzione del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio con durata settennale, il centro cottura, circostanza per la quale l'amministrazione ha ritenuto opportuno *"interpellare la ditta medesima onde garantire la continuità dei servizi nel periodo intercorrente tra il completamento del centro (appalto ponte) e l'effettiva operatività dello stesso (appalto settennale)"*.

5.3.1 Palesemente inconsistenti si rivelano poi i rilievi del Comune di Padova in ordine all'impedimento frapposto dalla Serenissima per effetto dell'impugnativa da questa proposta avverso la medesima procedura di affidamento. Sono infatti condivisibili le contrarie osservazioni di quest'ultima, relative alla chiara predeterminazione della durata dell'effetto sospensivo in ordine alla stipula del contratto stabilita dall'art. 11, comma 10-ter, del codice di cui al d.lgs. n. 163/2006 per il caso in cui sia impugnata in sede giurisdizionale l'aggiudicazione.

6. Nondimeno, le doglianze delle appellanti sono fondate nella parte in cui deducono che la Serenissima Ristorazione non aveva comunque titolo ad essere invitata alla consultazione ai sensi dell'art. 57, comma 6, cod. contratti pubblici.

E ciò non già perché autrice di dichiarazioni mendaci nella precedente procedura aperta ai sensi dell'art. 6 del regolamento del Comune di Padova sui contratti, trattandosi di parametro normativo non richiamato né in alcun modo evincibile dal contesto motivazionale del provvedimento qui impugnato, come evidenziato dall'appellata.

Bensì perché quest'ultima era in effetti priva dei requisiti di affidabilità morale ai sensi dell'art. 4 del medesimo regolamento, richiamato nella determinazione contestata.

Tale presupposto risulta infatti accertato dall'amministrazione in virtù della determinazione n. 2012/32/0182, con la quale la Serenissima Ristorazione è stata dichiarata decaduta ex art. 71 d.p.r. n. 445/2000 dai benefici dell'ammissione alla procedura aperta per l'affidamento settennale del servizio di ristorazione nel quale la predetta società aveva omesso di dichiarare alcune condanne penali di propri esponenti aziendali.

Il presupposto alla base del provvedimento in questione è segnatamente la falsa dichiarazione che priva dei requisiti di affidabilità morale necessari a partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 163/2006.

E' pur vero che tale ipotesi specifica che la falsa dichiarazione deve risultare dal casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Ma si tratta di una disposizione relativa alla prova del requisito in sé nella fase di ammissione alle procedure di affidamento, che non impedisce che la relativa mancanza debba essere accertata in sede di verifica dei requisiti ex art. 11 d.lgs. n. 163/2006 e che, quindi, parimenti facoltizza le medesime amministrazioni ad avvalersene ad altri fini, come appunto quello di non consultare le imprese in questione nelle procedure negoziate.

Va al riguardo evidenziato che per questa specifica parte la determinazione n. 2012/32/0182 poc'anzi detta non è stata impugnata dall'odierna appellata, nel giudizio poi definito in primo grado dal TAR con la sentenza n. 1170 del 15 ottobre 2013. Cosicché il presupposto in questione deve ritenersi definitivamente accertato e correttamente addotto dall'amministrazione, mediante il richiamo all'art. 4 del proprio regolamento, a sostegno della mancata consultazione della Serenissima Ristorazione.

7. Conseguentemente, gli appelli riuniti devono essere accolti sotto questo profilo, conseguendone, in riforma della sentenza appellata, il rigetto del ricorso originario.

Nella complessità delle questioni trattate si ravvisano giusti motivi ex art. 92 cod. proc. civ. per compensare integralmente le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra tutte le parti in causa 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 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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