

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37109-garanzia-fedele-art-75-non-rilevando-mancanza-esplicita-clausola-escussione-requisiti>

Autore: Lazzini Sonia

**garanzia fedele art. 75 non rilevando mancanza esplicita
clausola escussione requisiti**

è fondata la doglianza con la quale si contesta la sentenza di prime cure nella parte in cui ha motivato in ordine alla necessità che la seconda classificata *** dovesse essere esclusa a cagione dell'insufficienza della garanzia fideiussoria allegata all'offerta. (decisione numero 2497 del 18 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

Al riguardo, vale la pena di rammentare che il punto 1.6. del disciplinare di **gara** prevede che nella busta A "Documentazione" devono essere contenuti a pena di esclusione i seguenti documenti: ... *"quietanza del versamento, ovvero fideiussione bancaria...la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario nonché l'eventuale mancata dimostrazione del possesso dei requisiti in seguito alla verifica della stazione appaltante..."*.

Dal canto suo l'art. 75 comma 6, d.lgs. 163/2006 dispone che: *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo"*. La garanzia fideiussoria del Banco popolare datata 18 luglio 2013 prodotta da *** ricalca fedelmente il dettato del citato art. 75, ma non fa riferimento all'evento della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti in seguito alla verifica della stazione appaltante. Non può ritenersi che da questa carenza potesse farsi discendere l'esclusione *tout court* della ***, tanto per due autonome e distinte ragioni.

Sotto un primo profilo deve rilevarsi che l'evento della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti sia assorbito dall'evento della mancata sottoscrizione del contratto, dal momento che il verificarsi della prima circostanza comporta inevitabilmente l'avverarsi anche della seconda, in quanto la verifica del mancato possesso dei requisiti comporta l'impossibilità di procedere alla stipulazione negoziale.

N. 02497/2015REG.PROV.COLL.

N. 03791/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna controversia trae origine dal ricorso proposto da E.P. s.p.a., classificatasi al terzo posto nella **gara** pubblica a procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado per gli anni scolastici dal 2013 al 2016, per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. prot. 4546 del 21.10.2013 del Settore V Servizi e Scuola della Città di Viterbo, con la quale era stata aggiudicata a ricorrente Ristorazione s.p.a. la **gara** per l'appalto del suddetto servizio di ristorazione, indetta in esecuzione delle determinazioni dirigenziali n. prot. 666 del 12.3.2013 e n. prot. 1041 del 28.2.2013 del medesimo Settore V.
2. La citata iniziativa giurisdizionale veniva coronata da successo, poiché il TAR riteneva fondata la censura con la quale l'originaria ricorrente contestava la sufficienza della garanzia fideiussoria allegata all'offerta di *** e la doglianza con la quale denunciava la falsità della dichiarazione resa da ricorrente Ristorazione sulla disponibilità di un centro di cottura e confezionamento pasti in Viterbo.
3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe ha proposto appello l'originaria aggiudicataria, che ha contestato l'erroneità della sentenza di prime cure, atteso che: a) al punto 1.6 del disciplinare di **gara** non sarebbe prevista alcuna sanzione dell'esclusione per quelle garanzie che si fossero limitate a far menzione della sola mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, come richiesto dall'art. 75, comma 6, d.lgs. 163/2006. Il penultimo periodo del punto 1.6 assumerebbe, infatti, un mero valore descrittivo e non prescrittivo ed anche voler ritenere che recasse un'implicita sanzione di esclusione, il primo giudice avrebbe dovuto valutarne la compatibilità con il principio di tassatività fissato dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006. Inoltre, solo il comma 8, e non il comma 6, del citato art. 75 prevedrebbe l'esclusione nel caso in cui l'offerta non fosse corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'art.113, d.lgs. 163/2006. La stessa giurisprudenza amministrativa riterrebbe che la mancata presentazione della cauzione provvisoria non possa essere motivo di esclusione, pertanto a ciò non potrebbe giungersi nel caso di mera irregolarità della stessa;

b) erronea sarebbe la pronuncia di prime cure laddove ha ritenuto che l'odierna appellante non avesse a disposizione un centro di cottura attivo e funzionale come richiesto dal disciplinare di gara. Infatti, il punto 1.5 del disciplinare di gara, come l'art. 14 del capitolato speciale si sarebbe limitato a richiedere un impegno a predisporlo entro sessanta giorni dall'affidamento. In questi termini l'appellante avrebbe reso tale dichiarazione di impegno. In ogni caso nessuna norma avrebbe consentito l'irrogazione della sanzione dell'esclusione dalla gara. Né assumerebbe rilievo quanto accaduto dopo la notifica del ricorso di primo grado. Pertanto, da un lato, sarebbe logico che nell'ISO non fosse menzionato il centro di cottura di Viterbo; dall'altro, la dichiarazione sull'attrezzatura non avrebbe potuto intendersi riferita a quest'ultimo. Del resto la commissione di gara avrebbe provveduto ad effettuare sopralluoghi nei locali da destinare a centro cottura ed era ben a conoscenza che il centro in questione non fosse attivo.

4. Con appello incidentale E.P. S.p.a. ha contestato la sentenza di prime cure nella parte in cui ha ritenuto infondati gli altri motivi del ricorso principale: I) la mancata presentazione delle dichiarazioni previste dal punto 1.2 lett. c) ed e) del disciplinare, con le quali le concorrenti rappresentano di aver preso esatta cognizione della natura dell'appalto e di tutte le circostanze generali e particolari che possono influire sulla sua esecuzione, di aver tenuto conto nel formulare la propria offerta di eventuali maggiorazioni per lievitazione dei prezzi che dovessero intervenire durante l'esecuzione del servizio, rinunciando fin da ora a qualsiasi azione o eccezione in merito (punto 1.2 lett. c), e di aver correttamente adempiuto, all'interno della propria azienda, agli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa (punto 1.2 lett. e). Ed, infatti, la *lex specialis* non avrebbe obbligato i concorrenti ad utilizzare il modello B allegato al disciplinare; II) la validità delle dichiarazioni sostitutive di cui ai punti 1.2 e 1.5, in quanto non sottoscritte dai legali rappresentanti di ricorrente Ristorazione e ***, bensì dai procuratori speciali delle stesse, nonostante una simile possibilità non fosse stata prevista dal bando di gara, peraltro, non contestato dalle suddette imprese; III) l'omessa dichiarazione ex art. 38 lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 sui carichi pendenti degli amministratori cessati dalla carica l'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara, in particolare per il Sig. Lusetti, non potendosi ritenere valida la prima data di pubblicazione del bando ossia il 26 aprile 2013, ma dovendosi fare riferimento alla data di presentazione dell'offerta ossia il 22 agosto 2013; IV) non vi sarebbe pronuncia sul sesto motivo di ricorso, con il quale sarebbe stato contestato che la commissione di gara dopo l'apertura delle offerte tecniche, dovendo applicare il metodo del confronto a coppie all'elemento di valutazione B2 afferente l'ubicazione del centro cottura, avrebbe deciso di attribuire il punteggio nel confronto di punti disponibili tra 10 e 8.01, per avere tutte le partecipanti indicato centri di cottura nei limiti di 20 km, in violazione di quanto dispone il comma 4 dell'art. 83, d.lgs. 163/2006, introducendo criteri dopo l'avvio delle operazioni valutative; V) la congruità del punteggio attribuito alle controinteressate per il *lay out*, pari a 10 punti in più che, se non assegnato, avrebbe consentito all'originaria ricorrente di risultare aggiudicataria. E la mancata presenza di impianti di dearsenificazione nelle offerte tecniche delle imprese che la precedono, in contrasto con quanto disposto dall'art. 9 del capitolato speciale; VI) l'anomalia del riferimento contenuto nell'offerta tecnica a una ristorazione ospedaliera proposta in altra gara per una diversa stazione appaltante.

5. Con successiva memoria E.P. S.p.a. ha sostenuto l'infondatezza dei motivi di appello principale, evidenziando tra l'altro che l'originaria ricorrente incidentale non avrebbe contestato la clausola contenuta nel punto 1.6. della *lex specialis* e, pertanto, il TAR non avrebbe potuto dichiararne la nullità a pena di ultra petizione. Inoltre, ha sottolineato che la dichiarazione dell'aggiudicataria circa

la disponibilità di un centro cottura sarebbe falsa, quindi idonea a comportare l'esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, d.lgs. n. 163/2006.

6. Costituitasi in giudizio l'amministrazione comunale ha aderito alle conclusioni dell'appello principale, rivendicando la legittimità degli atti posti in essere dalla commissione di gara ed evidenziando che la non conformità della cauzione provvisoria non può rappresentare motivo di esclusione e che le concorrenti non dovevano già disporre di un centro cottura, altrimenti, sarebbe stato illegittimamente favorito il gestore uscente, ossia l'appellante incidentale, ma solo impegnarsi ad allestirlo tempestivamente. Inoltre, il TAR sarebbe incorso in ultrapetizione dal momento che la doglianza del ricorso principale atteneva alla veridicità della dichiarazione in ordine alla disponibilità di un centro cottura e non dei locali. Ancora, il TAR avrebbe tenuto conto di memorie e documenti, con i quali si è sostenuta la mancata attivazione di pratiche sanitarie, depositati tardivamente dal ricorrente principale, come già contestato dall'amministrazione resistente nel corso del giudizio di prime cure.

7. In sede di replica l'appellante principale ha sostenuto l'infondatezza dei motivi contenuti nell'appello incidentale, già disattesi dal primo giudice.

8. Con ordinanza n. 2487/2014 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare avanzata dall'appellante principale con la seguente motivazione: *"Considerato che, ad un primo esame, appaiono sussistere elementi di fondatezza con riguardo ai motivi posti a base dell'appello principale tali da giustificare l'accoglimento della domanda cautelare, tenuto conto in particolare della circostanza che il disciplinare di gara, al punto 1.5, prevedeva solo l'impegno in caso di aggiudicazione a predisporre entro 90 giorni il centro di produzione e confezionamento pasti, nonché che non si ravvisano motivi, a seguito dell'appello incidentale proposto dalla E.P. s.p.a., per discostarsi da quanto in proposito ritenuto nella appellata sentenza"*.

9. Con motivi aggiunti all'appello incidentale E.P. S.p.a. ha indicato ulteriori elementi a sostegno delle proprie doglianze evidenziando come a seguito di accesso agli atti presso l'agenzia delle entrate in data 26 agosto 2014 sarebbe venuta a conoscenza di ulteriori circostanze in ordine alla locazione dei locali presso i quali attivare il centro di cottura da parte dell'aggiudicataria che avvalorerebbero le proprie conclusioni. Ed, infatti, l'odierna appellata avrebbe preso in locazione in data 29 novembre 2013 i suddetti locali, quindi solo all'indomani dell'aggiudicazione a suo favore. Da qui la conclusione che non solo non avrebbe assunto alcun impegno, ma che non avrebbe avuto neanche la disponibilità dei locali. L'indisponibilità del centro cottura da parte dell'aggiudicataria sarebbe stata accertata anche successivamente non avendo l'aggiudicataria presentato alcuna s.c.i.a. alimentare all'a.u.s.l. competente. Inoltre, il centro di cottura non sarebbe stato realizzato nel termine di 90 giorni dall'aggiudicazione e non sarebbe conforme al progetto presentato in gara. Inoltre, le prestazioni contrattuali non sarebbero eseguite secondo quanto previsto dal capitolato speciale.

10. In data 30 gennaio 2015 l'amministrazione appellata ha prodotto memoria in vista dell'odierna udienza, ribadendo le conclusioni già esposte in sede di costituzione ed eccependo l'inammissibilità dei motivi aggiunti all'appello incidentale, da un lato perché le circostanze evidenziate in ordine al contratto di locazione stipulato dall'aggiudicataria sarebbero un tentativo di ampliare il *thema decidendi*; dall'altro, perché le doglianze circa la conformità del centro cottura non potrebbero essere valutate come motivi nuovi. Infine, l'amministrazione comunale invoca la correzione dell'ordinanza cautelare in ordine alla condanna alle spese subite, non risultando l'amministrazione comunale soccombente.

11. Con memoria di pari data l'appellante principale ha ricordato di aver stipulato il contratto oggetto di **gara** in data 30 luglio 2014 e di avere avviato il servizio. Ha ribadito la fondatezza delle proprie doglianze ed ha eccepito la tardività ed inammissibilità dei motivi aggiunti all'appello incidentale in assenza dei presupposti di cui all'art. 104, comma 3 c.p.a. ed in ragione del fatto che attenendo alla fase di esecuzione contrattuale esulerebbero dalla giurisdizione del g.a. Delle stesse, infine, l'appellante principale ha rimarcato l'infondatezza.

12. Con memoria di replica del 6 febbraio 2015 l'appellante incidentale ha sostenuto l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti all'appello incidentale esposta dall'appellante principale, e l'irrelevanza della scrittura privata di data 7 agosto 2013 prodotta in questa sede dall'aggiudicataria circa la locazione dei locali ove è ubicato il centro cottura, considerato che la stessa non risulta essere registrata. Del pari infondata sarebbe l'eccezione di difetto di interesse per non avere l'appellante incidentale riproposto in sede d'appello la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto.

13. Preliminarmente, occorre chiarire che i vizi di ultrapetizione e di illegittimo utilizzo della documentazione prodotta in prime cure dall'originario ricorrente, denunciati dall'amministrazione non possono essere vagliati, atteso che trattandosi di doglianze avverso la sentenza di primo grado avrebbero dovute essere portate all'attenzione dell'odierno giudicante con appello incidentale.

14. Quanto ai motivi nuovi proposti dall'appellante incidentale, gli stessi vanno dichiarati inammissibili dal momento che, a prescindere dalla contestata utilizzabilità dei documenti prodotti in seconde cure, le nuove doglianze tendono a stigmatizzare circostanze che attengono alla fase di esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto e che, in quanto tali sono sottratte al sindacato dell'odierno giudicante.

15. Le ulteriori eccezioni possono essere assorbite, stante la fondatezza dell'appello principale e l'infondatezza dell'appello incidentale.

15.1. Occorre innanzitutto rammentare che la legittimazione ad agire dell'odierna appellante incidentale poggia sulla mancata esclusione dell'impresa collocatasi al secondo posto in graduatoria e sull'illegittima aggiudicazione a favore dell'appellante principale.

Pertanto, l'accertamento in ordine all'infondatezza delle doglianze proposte avverso la mancata esclusione della seconda classificata farebbe venir meno l'interesse dell'originaria ricorrente all'esame delle doglianze inerenti l'aggiudicazione, poiché quest'ultima non potrebbe in ogni caso fruire del bene della vita al quale aspira, ossia la stipulazione del contratto, stante la sua deteriore posizione in graduatoria.

Tanto premesso è fondata la doglianza con la quale si contesta la sentenza di prime cure nella parte in cui ha motivato in ordine alla necessità che la seconda classificata *** dovesse essere esclusa a cagione dell'insufficienza della garanzia fideiussoria allegata all'offerta. Al riguardo, vale la pena di rammentare che il punto 1.6. del disciplinare di **gara** prevede che nella busta A "Documentazione" devono essere contenuti a pena di esclusione i seguenti documenti: ... *"quietanza del versamento, ovvero fideiussione bancaria...la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario nonché l'eventuale mancata dimostrazione del possesso dei requisiti in seguito alla verifica della stazione appaltante..."*. Dal canto suo l'art. 75 comma 6, d.lgs. 163/2006 dispone che: *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo"*. La garanzia

fideiussoria del Banco popolare datata 18 luglio 2013 prodotta da *** ricalca fedelmente il dettato del citato art. 75, ma non fa riferimento all'evento della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti in seguito alla verifica della stazione appaltante. Non può ritenersi che da questa carenza potesse farsi discendere l'esclusione *tout court* della ***, tanto per due autonome e distinte ragioni.

Sotto un primo profilo deve rilevarsi che l'evento della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti sia assorbito dall'evento della mancata sottoscrizione del contratto, dal momento che il verificarsi della prima circostanza comporta inevitabilmente l'avverarsi anche della seconda, in quanto la verifica del mancato possesso dei requisiti comporta l'impossibilità di procedere alla stipulazione negoziale.

Sotto un secondo profilo, invece, in omaggio al principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. d), d.l. 70/2011, occorre rilevare che la mancata presentazione della garanzia di cui al comma 6, dell'art. 75, d.lgs. 163/2006 non è sanzionata con l'esclusione, come, invece, dispone il comma 8 dello stesso articolo per la mancata prestazione della garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto. Pure a voler ritenere che il comma 6 dell'art. 75, contenga un adempimento doveroso, la cui mancata osservanza comporti implicitamente la sanzione dell'esclusione, deve rilevarsi che la *lex specialis* estendeva ad un ulteriore evento – la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti – l'oggetto del contratto di garanzia, ed è sotto questo unico profilo che la garanzia prodotta da *** non risulterebbe soddisfacente. Pertanto, dovrebbe ritenersi che la clausola di esclusione in questione, altrimenti sanzionata con la nullità e disapplicabile dal g.a., sia espressione della clausola generale contenuta nell'art. 46 comma 1 *bis*, d.lgs. 163/2006, ed in special modo, determini un'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta. Una simile conclusione, però, non è condivisibile, quindi, deve ritenersi nulla la clausola della *lex specialis* in questione, ovvero deve rilevarsi che, laddove si ritenga la clausola in questione abbia inteso estrinsecare una delle ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto addebitabile all'aggiudicatario e cagionata dalla mancata dimostrazione dei requisiti, la stazione appaltante avesse l'obbligo di utilizzare il potere di soccorso istruttorio.

16. La fondatezza della doglianza contenuta nell'appello principale impone di passare all'analisi delle doglianze contenute nell'appello incidentale con le quali si censura la sentenza di primo grado per non aver accolto o non esaminato i motivi, la cui fondatezza preserverebbe l'interesse ad agire dell'originario ricorrente.

16.1. Deve essere confermata la sentenza del primo giudice nella parte in cui ha ritenuto che le altre imprese partecipanti hanno reso le dichiarazioni richieste dal disciplinare di **gara**, che non obbligava all'utilizzo dei modelli allegati. Ad esempio, in relazione all'offerta *** deve rilevarsi che quest'ultima ha dichiarato di aver adempiuto all'interno della propria azienda agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente (cfr. lett. v) modello B in atti) e di avere preso conoscenza e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni contrattuali e di tutti gli oneri (cfr. lett. w) modello B in atti), così come di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di **gara**, nel disciplinare di **gara** e suoi allegati e nel capitolato speciale d'appalto (cfr. lett. v) modello B in atti). Dichiarazione quest'ultima, peraltro, che soddisfa ogni ulteriore altra dichiarazione. Sicché la doglianza contenuta nell'appello incidentale proprio in relazione alla *** è infondata.

16.3. Allo stesso modo deve convenirsi con il TAR che la dichiarazione sottoscritta dal procuratore speciale invece che dal legale rappresentante non violi la *lex specialis*, dal momento che, se è vero

che il disciplinare di **gara** prevede la dichiarazione venga resa da quest'ultimo, non esclude che possa essere sottoscritta dal primo, né si comprende quale possa essere la ragione a fondamento della presenza di un simile divieto implicito, posto che la sottoscrizione del procuratore speciale non può che impegnare anche il rappresentante legale dell'ente, in ragione del rapporto di procura in essere. Né si rinviene alcun vizio di ultrapetizione, dal momento che è l'originaria ricorrente ad invocare un'interpretazione della *lex specialis* in contrasto con i principi generali in tema di rappresentanza.

16.4. Non risulta fondata la doglianza con la quale l'appellante incidentale sostiene che la *** avrebbe dovuto essere esclusa per non aver allegato la dichiarazione del Sig. Lusetti, cessato dalla carica di Presidente e amministratore legale della ditta. Al riguardo, infatti, occorre rilevare che la *** ha dichiarato che il Sig. Lusetti era cessato dalla carica in costanza di una non chiara formulazione del disciplinare di **gara** che indica per i soggetti cessati quale termine utile di riferimento quello dell'anno antecedente alla pubblicazione del bando. Sicché, anche in omaggio ai principi indicati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, correttamente la commissione di **gara** ha utilizzato al riguardo il potere di soccorso istruttorio, consentendo successivamente la produzione del certificato dei carichi pendenti, risultato, peraltro, negativo.

16.5. Con altra doglianza l'appellante incidentale sostiene che la commissione di **gara** avrebbe integrato il sistema di valutazione delle offerte nell'applicare il metodo di confronto a coppie con l'elemento di valutazione designato con lett. B2 afferente all'ubicazione del centro di cottura. Una simile censura non coglie nel segno dal momento che non si registra l'introduzione di un nuovo criterio di valutazione, ma della motivazione utilizzata dalla Commissione per chiarire la concreta applicazione del criterio preventivamente fissato.

16.6. Sostiene ancora l'appellante incidentale che non sarebbe stato correttamente attribuito il punteggio in relazione al "lay out", non trovando giustificazione i 32 punti assegnati a *** rispetto ai 6 assegnati all'appellante incidentale. La doglianza in esame, come correttamente rilevato dal primo Giudice non può di per sé reggere l'interesse dell'originaria ricorrente dal momento che come confermato dal verbale di **gara** n. 3 per il questo sub elemento potevano essere assegnati complessivi 3 punti, non in grado di consentire all'appellante incidentale di scavalcare in graduatoria la seconda classificata. Né è rinvenibile alcuna disposizione della *lex specialis* che imponga nell'offerta tecnica di prevedere una dearsenificatore, mentre l'art. 9 del capitolato speciale prevede la potestà della stazione appaltante di esigerne l'installazione nella fase di esecuzione dell'appalto.

16.7. Con un'ultima censura l'appellante incidentale lamenta che *** avrebbe dovuto essere esclusa per l'erroneo riferimento ad un servizio di ristorazione ospedaliera. Non si comprende come l'erronea citazione, frutto come sostenuto dalla stessa appellante di un errore nella collazione, possa avere portata escludente, trattandosi per tutte evidenze di un errore materiale, tale da non comportare un'assoluta incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta.

17. L'impossibilità di prestare adesione alle doglianze avverso la mancata esclusione della seconda classificata, contenute nel ricorso principale di prime cure e reiterate in grado d'appello, impediscono al Collegio di esaminare per difetto di interesse al correlato scrutinio, quelle articolate con il ricorso di primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Per la stessa ragione non è consentito l'esame della doglianza dell'appello principale con cui si contesta l'accoglimento da parte del giudice di prime cure della censura con la quale l'originario ricorrente principale denunciava la falsità della dichiarazione resa da ricorrente Ristorazione sulla disponibilità di un centro di cottura e confezionamento pasti in Viterbo, dal momento che l'acclarato

difetto di interesse dell'originario ricorrente impone il travolgimento sotto questo profilo della sentenza di prime cure.

18. L'appello principale è, pertanto, fondato, mentre non può essere accolto l'appello incidentale e pertanto, va riformata la sentenza di prime cure risultando in parte infondato ed in parte inammissibile il ricorso principale, a fronte del difetto di legittimazione ad impugnare dell'originaria ricorrente. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

19. Quanto alla richiesta avanzata dall'amministrazione appellata di modifica della statuizione sulle spese contenuta nell'ordinanza cautelare resa nel corso dell'odierno giudizio, occorre rilevare che la stessa può essere esaminata in questa sede in ragione di quanto disposto dall'art. 57 c.p.a. e va accolta in ragione del fatto che l'amministrazione ha assunto una posizione adesiva rispetto a quella dell'appellante principale e, pertanto, anche in sede cautelare non risulta soccombente. Pertanto, regolando diversamente il regime delle spese stabilito in sede cautelare, deve ritenersi che le stesse siano poste in capo al solo appellante incidentale e vadano compensate tra l'appellante principale e l'amministrazione appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale nei sensi di cui in motivazione, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile l'appello incidentale, e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata dichiara in parte infondato ed in parte inammissibile il ricorso principale, dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna controinteressata al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi 10.000,00 (diecimila/00) euro, oltre accessori di legge, per il secondo grado di giudizio ed in 4.000,00 (quattromila/00) euro, oltre accessori di legge, per il primo grado di giudizio in favore di ricorrente Ristorazione S.p.a. e del Comune di Viterbo.

Pone esclusivamente a carico dell'appellante incidentale, compensandole tra il comune e l'appellante principale, le spese della fase cautelare.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2015

IL SEGRETARIO

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