



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 numero di registro generale 118 del 2011, proposto dalla Intini Source Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Massa e Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via degli Avignonesi 5;

contro

Comune di Lanciano, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Carlini, con domicilio eletto presso Dario Di Gravio in Roma, via Anapo 29;

nei confronti di

Ecologica Sangro Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Severino Santiapichi, Xavier Santiapichi e Pietro Bonanni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Antonio Bertoloni 44/46;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI

PESCARA, SEZIONE I, n. 1217/2010, resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE GARA PER SERVIZIO DI RACCOLTA,
TRASPORTO E CONFERIMENTO RIFIUTI URBANI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lanciano e della
Ecologica Sangro Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2012 il Cons.
Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Francesco Cantobelli,
Pietro Bonanni e, su delega dell'avv. Giovanni Carlini, Sebastiana
Dore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Intini Source S.p.a., avendo partecipato alla gara indetta dal
Comune di Lanciano per l'affidamento del servizio di raccolta e
conferimento dei rifiuti urbani per la durata di anni 5, sulla base del
criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la sola
concorrente Ecologica Sangro S.p.a., proponeva ricorso al T.A.R. per
l'Abruzzo – Sezione di Pescara avverso la determinazione dirigenziale
n. 116/1408 del 2 agosto 2010 che aveva aggiudicato la commessa a
quest'ultima.

Esponiva la ricorrente di avere fatto notare già nel corso della
procedura che la concorrente aveva ommesso di produrre la

dichiarazione del proprio responsabile tecnico relativa all'assenza di cause di esclusione *ex art* 38 comma 1 lettere b) e c) del d. lgs. n. 163 del 2006. Il Dirigente comunale del settore tutela ambientale, a sua volta, aveva rilevato la presenza di un'ulteriore causa di esclusione, ai sensi dell'art. 38 lettera f) del citato d lgs. n. 163 del 2006, a carico della medesima controinteressata.

Nondimeno la Commissione di gara, esaminate le contestazioni citate, le aveva ritenute inconsistenti, confermando l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'Ecologica Sangro S.p.a..

In data 2 agosto 2010 la gara era stata infine definitivamente aggiudicata alla stessa ditta.

La ricorrente a sostegno del proprio gravame articolava i seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 38 comma 1 lettera f) del d lgs 163 del 2006, illogicità, insufficienza della motivazione, sviamento ed errore nei presupposti di fatto e diritto.

Il Dirigente comunale aveva rilevato come l'Ecologica Sangro in occasione di una precedente commessa si fosse resa responsabile di gravi negligenze ed inadempienze.

La Commissione di gara aveva peraltro ritenuto di non poter valutare la gravità dell'inadempimento, in quanto l'apprezzamento sarebbe stato di spettanza dell'Amministrazione.

La ricorrente richiamava, in contrario, l'avviso dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che con deliberazione n. 1236 del 9 maggio 2007 aveva demandato proprio alla Commissione di gara la

valutazione della grave negligenza nell'esecuzione della prestazione.

Ad avviso della ricorrente, quindi, sarebbe spettato alla Commissione disporre l'esclusione dalla gara quale conseguenza dell'inadempimento di un precedente contratto.

In ogni caso, però, anche qualora la competenza dell'esclusione fosse stata dell'Amministrazione, ne sarebbe derivata comunque l'illegittimità della nota del Dirigente del settore tutela ambientale del 23 luglio 2010 prot. n. 34901, del pari impugnata.

2. Violazione dell'art 38 comma 1 lettere b e c del d lgs. n. 163/06, illogicità manifesta, difetto di motivazione e istruttoria, sviamento.

La ditta vincitrice non aveva allegato alla domanda la dichiarazione *ex* art 38 comma 1 lettere b) e c) del d lgs 163 del 2006 relativamente alla posizione del proprio direttore tecnico.

La Commissione non aveva ritenuto rilevante l'omissione, in ragione della supposta assenza della figura del direttore tecnico nell'organigramma aziendale. La ricorrente obiettava, tuttavia, che l'art 10 comma 4 del dm 406/98 obbligava alla nomina di un responsabile tecnico, e che la relativa figura sarebbe stata sovrapponibile a quella del direttore tecnico.

3. Violazione dell'art 49 del d lgs 163/06, illogicità, carenza di istruttoria, violazione dei principi generali sulle gare.

La vincitrice aveva dichiarato di avvalersi dell'Azienda servizi municipali di Rieti spa, azienda parzialmente pubblica; da ciò sarebbe scaturita una violazione dei principi sulle gare ad evidenza pubblica.

Resisteva all'impugnativa l'Ecologica Sangro S.p.a..

L'impresa resistente eccepiva in via preliminare la nullità della procura *ad litem* avversaria per violazione dell'art 83 c.p.c., sotto il profilo della mancanza di contestualità del mandato e per insufficiente indicazione della parte processuale.

Quanto al primo motivo di ricorso, ne eccepiva l'inammissibilità per mancata impugnazione di un atto presupposto, il disciplinare di gara. Inoltre, la causa di esclusione ipotizzata dalla ricorrente avrebbe chiamato in causa un aspetto discrezionale legato al rapporto fiduciario, che solo l'Amministrazione avrebbe potuto valutare.

Quanto alla dichiarazione la cui omissione era stata denunciata con il secondo mezzo, la stessa avrebbe potuto riguardare solo –il direttore tecnico del - le ditte in grado di eseguire concretamente i lavori. Non, quindi, l'Ecologica Sangro, bensì la ditta sua ausiliaria.

Quanto alla terza doglianza, essa sarebbe stata inammissibile per mancata notifica alla ditta ausiliaria, la quale, in ogni caso, avrebbe potuto operare liberamente sul mercato.

La parte ricorrente, dinanzi all'eccezione preliminare della controinteressata, procedeva a rinotificare il ricorso con un nuovo mandato difensivo entro l'originario termine d'impugnativa.

Il Comune di Lanciano si costituiva parimenti in giudizio, contestando nel merito la fondatezza del gravame.

Il Tribunale adito, con la sentenza n. 1217/2010 in epigrafe respingeva il ricorso della Intini Source.

Avverso tale pronuncia la medesima ricorrente esperiva indi il presente appello, con il quale riproponeva le proprie censure,

argomentazioni e richieste, e criticava le argomentazioni con le quali la sentenza avversata le aveva disattese.

Resisteva all'appello l'aggiudicataria, che, a sua volta, con appello incidentale impugnava la medesima pronuncia nella parte in cui aveva disatteso la sua eccezione di nullità della procura *ad litem* avversaria, e con successive memorie contrastava le censure della stessa appellante. Il Comune di Lanciano si costituiva anche in questo grado di giudizio in resistenza all'impugnativa, deducendone l'infondatezza.

L'appellante, dal canto suo, con una conclusiva memoria, nell'insistere con le proprie doglianze replicando alle obiezioni avversarie, domandava infine il risarcimento del danno.

Alla pubblica udienza del 24 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

1 La Sezione deve preliminarmente farsi carico dell'esame dell'appello incidentale dell'aggiudicataria, che con esso ripropone la propria eccezione di nullità della procura *ad litem* della Intini Source S.p.a..

L'eccezione è stata respinta dal primo Giudice con la succinta notazione che *“la nuova notifica del ricorso, effettuata in termini, pur erroneamente appellata “motivi aggiunti”, vale a sanare la nullità del mandato originario.”*

Con l'appello incidentale, nel ribadire l'eccezione, viene obiettato con l'ausilio di più argomenti che l'eccepita nullità non avrebbe potuto dirsi sanata.

La Sezione ritiene però decisivo osservare, a monte, che l'allegata

nullità, in realtà, non sussiste.

L'aggiudicataria fa notare che la procura, apposta a margine del ricorso notificato, recava una data ("9 luglio 2010") antecedente di due mesi esatti a quella di sottoscrizione del ricorso (9 settembre 2010), ed addirittura anteriore finanche alla data in cui era stato assunto l'impugnato provvedimento finale, la determinazione dirigenziale n. 116/1408 del 2 agosto 2010. Da qui la deduzione che la procura, in violazione della regola posta dall'art. 83 c.p.c., non sarebbe stata coeva all'atto introduttivo a margine del quale figura apposta.

La difesa avversaria ha peraltro subito fatto notare come l'indicazione della data corredante il mandato difensivo era stata inficiata da un evidente errore materiale, asserto che è reso meritevole di considerazione proprio dal fatto dell'antiorità della data del "9 luglio 2010" finanche a quella di adozione dell'atto impugnato, emesso solo quasi un mese dopo, ciò che rende appunto inverosimile e non meritevole di credito l'indicazione in discorso.

Ciò posto, va subito ricordato l'insegnamento giurisprudenziale per cui, in caso di mandato apposto a margine dell'atto introduttivo del giudizio, l'indicazione della precisa data di conferimento della relativa procura deve ritenersi superflua, in quanto questa è desumibile comunque *aliunde* (cfr. C.d.S., V, 8 settembre 1995, n. 1298; 17 aprile 2002, n. 2013; Cass. Civ., sez. lav., 13 giugno 2005, n. 12636).

La posteriorità del rilascio della procura rispetto al provvedimento oggetto di gravame, inoltre, può pur sempre desumersi, nella specie così come di regola, dall'intima connessione testuale e materiale

esistente con il ricorso al quale la stessa procura accede, nel quale il provvedimento si trova appunto menzionato quale oggetto di gravame (cfr. Cass. Civ. , sez. III, 2 aprile 2004, n. 6514; sez. I, 19 dicembre 2008, n. 29785; sez. lav., 25 luglio 2006, n. 16907).

Vale poi la pena di ricordare l'indirizzo per cui la ratio dell'art. 83 c.p.c. risiede nella certezza e nella conoscibilità del potere rappresentativo del difensore che sostituisce in giudizio la parte, e non già nella corrispondenza dell'attività svolta dal difensore all'effettivo volere del rappresentato, la quale attiene esclusivamente al rapporto interno tra difensore e cliente. Ne consegue, ai fini del valido conferimento di siffatta procura, che non è a rigore necessario che questo sia contestuale o successivo alla redazione della citazione, non essendo richiesta a pena di nullità la dimostrazione della volontà di fare proprio il contenuto dell'atto nel momento stesso della sua formulazione o *expost* (cfr. in tali sensi Cass. Civ., sez. III, 28 ottobre 1994 n. 8904; Cass. Civ., sez. lavoro, 26 luglio 2002, n. 11106).

Infine, non è stato offerto motivo per dubitare che la procura in discorso sia stata conferita, in ogni caso, prima della notificazione del ricorso a margine del quale figura apposta: onde anche l'esigenza dell'antioriorità della procura rispetto all'esercizio dell'azione in giudizio è sicuramente soddisfatta.

In questo quadro, si può pertanto concludere per l'assenza di qualsivoglia violazione dell'invocato disposto dell'art. 83 c.p.c..

Nel corpo del mandato del quale si è detto, inoltre, erano identificati tanto la società interessata quanto il rappresentante legale per essa

firmatario, ancorché non fossero stati precisati sede legale e codice fiscale della prima ed i dati anagrafici del secondo. Sicché nemmeno sotto questo profilo può dubitarsi della validità della procura.

L'appello incidentale va pertanto respinto.

2 Parimenti infondata è l'eccezione circa una presunta inammissibilità dell'appello principale, dedotta sul rilievo per cui l'appellante si sarebbe limitata ad un'acritica riproposizione delle proprie doglianze di primo grado.

Una piana lettura dell'atto di appello rende evidente, infatti, come il medesimo, oltre a riprendere i motivi del ricorso di prime cure, non solo ha ricordato, rispetto a ciascun mezzo, la sostanza della motivazione a base della sentenza reiettiva del Tribunale, ma ha mosso delle precise critiche alle relative argomentazioni motivate.

3 Nel merito, il primo motivo di appello, con il quale si ripropone l'originario primo mezzo d'impugnativa, si rivela fondato.

3a Con questo si chiama in causa, a carico dell'aggiudicataria, la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs n. 163 del 2006, adducendosi che in occasione di una precedente commessa la medesima concorrente era parsa responsabile di gravi negligenze ed inadempienze.

Ad avviso della ricorrente, alla Commissione sarebbe spettato disporre l'esclusione dell'avversaria dalla gara quale conseguenza dell'inadempimento di un precedente contratto. In ogni caso, però, anche qualora la spettanza dell'esclusione fosse stata dell'Amministrazione, ne sarebbe derivata comunque l'illegittimità

della nota del Dirigente del settore tutela ambientale del 23 luglio 2010 prot. n. 34901, del pari impugnata, con tutte le conseguenze del caso.

3b La Sezione è dell'avviso che non meriti critica la decisione del primo Giudice per cui sarebbe spettata all'Amministrazione, e non alla Commissione giudicatrice, la valutazione circa la sussistenza dell'ipotesi contemplata dall'art. 38 cit., comma 1, lettera f).

A parte il già indicativo dato letterale, che richiede una *“motivata valutazione”* proprio *“dell'astazione appaltante”*, la soluzione appena indicata si giustifica per il fatto che la materia di cui si tratta chiama in causa il rapporto fiduciario che dovrebbe instaurarsi tra l'impresa e l'Amministrazione. La causa di esclusione in rilievo, che non ha carattere sanzionatorio, è prevista, difatti, a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico (C.d.S., V, 14 aprile 2008, n. 1716; IV, 25 agosto 2006, n. 4999; sez. VI, 8 marzo 2003, n. 1071).

Sicché, come la Sezione ha già avuto modo di osservare, pur essendo indiscutibile che *“il sistema normativo non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, deve però reputarsi indeclinabile la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva”* (sentenza n. 1716/2008 cit.).

Da qui, perciò, la necessità che l'Amministrazione abbia, se non

necessariamente risolto per inadempimento il precedente rapporto contrattuale, quantomeno definitivamente accertato le condotte integranti la “grave negligenza o malafede” del proprio contraente.

Ciò che nella fattispecie concreta non si sarebbe però mai potuto verificare, per avere l’Amministrazione dapprima avviato la relativa istruttoria, ed acquisito anche il punto di vista dell’impresa in proposito, ma poi mai portato a conclusione siffatto *iter* tirando le somme sul punto.

3c L’appellante, perciò, giustamente richiama il proprio rilievo, svolto in via subordinata nel primo ricorso ma trascurato dal Tribunale, per cui, anche a tutto concedere sulla titolarità della competenza a valutare la gravità della negligenza, nel caso in esame è comunque avvenuto che i fatti contestati alla Ecologica Sangro non siano stati oggetto di una compiuta valutazione amministrativa.

Invero, al di là del punto circa la competenza del relativo apprezzamento, nessuno degli organi già detti si è in definitiva espresso sul dato centrale della effettiva sussistenza (o meno) della relativa causa di esclusione, portando così a compimento l’istruttoria che pure era stata attivata al riguardo.

La vicenda si è dipanata, difatti, nel modo seguente.

Il Dirigente del settore tutela ambientale, dopo avere chiesto chiarimenti alla predetta società, rendendola edotta che la condotta da essa tenuta nella gestione della ex discarica di Serre avrebbe potuto integrare fatti di grave negligenza o malafede nell’esecuzione del rapporto contrattuale ai sensi della norma citata, investiva della

materia con la sua successiva nota del 23 luglio 2010 la Commissione per la relativa decisione finale, nell'occasione evidenziando lo spessore degli elementi raccolti a carico della società e l'evanescenza delle spiegazioni dalla stessa fornite, e quindi illustrando la "probabile esistenza" della detta causa di esclusione: questo, peraltro, solo in termini possibilistici.

La Commissione, tuttavia, nella seduta del successivo 29 luglio, osservava che la causa di esclusione in parola presupponeva un giudizio formulato dall'Amministrazione sulla grave negligenza dell'impresa. Sicché la stessa Commissione, constatata l'assenza di un atto valutativo netto e certo sulla condotta posta in essere dalla Ecologica Sangro nel precedente rapporto contrattuale, aveva ritenuto inevitabile confermare l'aggiudicazione provvisoria già emessa a favore della medesima società.

All'esito, infine, il dirigente, con la determinazione n. 116 del 2 agosto 2010, aveva *sic et simpliciter* approvato le risultanze della Commissione di gara, aggiudicando definitivamente la commessa all'attuale appellata.

L'esposizione che precede rende dunque manifesta la fondatezza di questo profilo di doglianza, in quanto i gravi fatti pur contestati alla Ecologica Sangro non sono stati appunto oggetto di una compiuta valutazione amministrativa.

E l'obiezione per cui dirigente e Commissione avevano comunque in conclusione condiviso –il primo in ratifica delle valutazioni della seconda- la conclusione della conferma dell'aggiudicazione, non solo

nulla togliere all'esistenza del vizio, ma non potrebbe nemmeno valere a rimuovere o sanare l'omissione valutativa emersa.

4 Fondato è anche il successivo motivo di appello.

Il mezzo verte sulla omessa allegazione, alla domanda dell'aggiudicataria, della dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs. 163 del 2006, relativamente alla posizione del suo direttore tecnico.

4a Questa Sezione ha già più volte preso posizione (decc. n. 3364 del 26 maggio 2010 e n. 1790 del 24 marzo 2011), per quanto riguarda gli adempimenti previsti dall'art. 38 cit., in merito alla sovrapposibilità, alla figura del direttore tecnico di lavori pubblici, di quella del responsabile tecnico previsto dal D.M. n. 406/1998 in tema di rifiuti. Non essendo stati addotti al riguardo argomenti nuovi, si può quindi limitare a ricordare le proprie precedenti acquisizioni.

La Sezione ha giudicato legittima l'esclusione dalla gara pubblica, indetta per l'affidamento dei servizi di igiene ambientale, dell'impresa che nella sua domanda non abbia indicato il nominativo del proprio responsabile tecnico né reso le prescritte dichiarazioni, trattandosi di figura che per le imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è espressamente prevista dal d.m. 28 aprile 1998, il cui art. 10 comma 4 ne impone la nomina (che deve ricadere su soggetti aventi i prescritti requisiti di qualificazione professionale, di ordine speciale e di ordine generale); in sostanza, il responsabile tecnico è elemento indispensabile per la qualificazione dell'impresa, deputato allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche

all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume quindi, per definizione, la responsabilità sotto tali aspetti (C.d.S., V, 26 maggio 2010, n. 3364).

In altre parole, dunque : “1) *nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è obbligatoria (ex art. 10, comma 4, del D.M. 28 aprile 1998) la figura del responsabile tecnico, il quale è elemento indispensabile per la qualifica dell'impresa, evidentemente deputato allo svolgimento dei compiti tecnico – organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio commesso da parte dell'impresa, di cui assume, per stessa definizione, la responsabilità sotto altri aspetti, non diversamente dal direttore tecnico previsto dall'art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in materia di imprese di lavori pubblici (cui competono, notoriamente, gli adempimenti di carattere tecnico organizzativo necessari per l'esecuzione dei lavori); 2) non sono pertanto ravvisabili significative differenze tra il responsabile tecnico dell'impresa di gestione dei rifiuti ed il direttore tecnico, anche quest'ultimo potendo (ex art. 26 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34) essere un soggetto esterno; 3) quando la norma (all'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e quindi anche della lex specialis della gara) richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal direttore tecnico ha riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse ma a quella sostanzialmente analoghe perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto* “ (Sez. V, n. 1790 del 24 marzo 2011).

4b La difesa comunale controdeduce alla censura obiettando che il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, per l'accesso al quale è prescritta la presenza di un responsabile tecnico, sarebbe stato solo un requisito di esecuzione del contratto, e non

anche di partecipazione alla gara.

L'obiezione è però fuori fuoco. Oggetto di disamina non è un'ipotetica esclusione dalla gara motivata con l'omessa iscrizione al predetto Albo, bensì il ben diverso punto, che l'obiezione lascia invece impregiudicato, della riferibilità anche al responsabile tecnico *ex D.M. cit.* degli obblighi dichiarativi che l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit. correla alla posizione del direttore tecnico.

Dall'obiezione appena riferita la stessa difesa comunale trae anche il corollario per cui l'aggiudicataria avrebbe potuto anche non avere ancora una figura di responsabile tecnico, nella propria organizzazione, al tempo della domanda. La difesa della Ecologica Sangro, peraltro, riferendo di essere qualificata per la Categoria 1 dell'Albo nazionale, non contesta di avere un proprio responsabile tecnico (cfr. le pagg. 17 e, soprattutto, 18 della sua memoria del 16 marzo 2011).

L'aggiudicataria svolge, invece, una ben diversa prospettazione difensiva.

4c Avendo essa fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento con riferimento al requisito del possesso di una categoria superiore di iscrizione (dal momento che per l'appalto in esame era richiesta l'iscrizione nella Categoria 5), l'onere della dichiarazione in discussione incombeva, a suo dire, al più, sul responsabile tecnico dell'impresa ausiliaria, che tale dichiarazione aveva infatti puntualmente reso.

Secondo l'appellata, infatti, l'obbligo di dichiarazione in discorso

graverebbe solo su coloro che concorrano -a qualunque titolo- all'esecuzione dell'appalto, e più precisamente sul soggetto in grado di operare in concreto le scelte di natura tecnica, progettuale e gestionale che garantiscano il rispetto delle norme tecniche: posizione che nello specifico sarebbe stata ricoperta dal responsabile tecnico dell'ausiliaria Azienda servizi municipali di Rieti S.p.a., ente classificato per l'appalto oggetto di causa, mentre non sarebbe stata riscontrabile in quello della Ecologica Sangro, il quale non avrebbe potuto in alcun modo assumere atti di natura tecnica, progettuale e gestionale per le categorie e classi richieste dalla *lex specialis*, ma sarebbe dovuto rimanere estraneo alla gestione tecnica dell'appalto in controversia.

Neppure questa impostazione può essere però condivisa, giusta le puntuali considerazioni svolte in merito dall'appellante.

Il T.A.R. nella decisione oggetto di scrutinio ha ancorato l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui si discute al presupposto che il responsabile tecnico aziendale assuma in concreto, rispetto allo specifico servizio in gara, funzioni di direzione tecnica.

In contrario è stato fatto giustamente notare, però, che la previsione normativa che estende l'obbligo dichiarativo al direttore tecnico è incondizionata. Essa non riposa sul presupposto che questi si riveli, nei fatti, concretamente coinvolto nell'esecuzione del singolo appalto, quanto sull'influenza che i suoi contegni sono in grado di riverberare, già per la semplice elevatezza ed importanza strategica della posizione rivestita, sulla moralità dell'impresa concorrente considerata nel suo complesso.

Non meno esattamente è stato soggiunto, sempre per confutare l'impostazione avversaria, che la norma in esame richiede che la dichiarazione di cui alla lett. C) sia riferita anche alla posizione dei vertici aziendali cessati nell'ultimo triennio: a soggetti, dunque, che per definizione non potranno avere alcuna influenza nell'esecuzione della commessa da affidare.

E stato poi sottolineato, sempre da parte dell'appellante, che il ricorso all'avvalimento non esonera affatto il concorrente dalla necessità di possedere i requisiti generali di cui all'art. 38 cit.. L'art. 49, comma 2, lett. b) e c), dello stesso d.lgs. n. 163/2006 fa chiaramente intendere che il concorrente che fruisca dell'avvalimento resta comunque tenuto al possesso in proprio dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit., ai quali devono *aggiungersi* quelli dell'impresa ausiliaria. Del resto, il comma 1 dello stesso articolo non include i requisiti generali nel novero di quelli (economici, finanziari, tecnici, ecc.) alla cui mancanza possa ovviarsi con l'avvalimento.

La Ecologica Sangro, pur fruendo dell'avvalimento, restava quindi tenuta a documentare il possesso da parte sua dei predetti requisiti generali, e perciò a produrre la dichiarazione prevista dall'art. 38 cit. del proprio responsabile tecnico.

Lo stesso disciplinare forniva conferma di tanto, allorché, nell'occuparsi dell'istituto dell'avvalimento (pag. 4), lo riconduceva proprio al caso di un'impresa "*in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. 12/4/2006, n. 163*" che fosse, però, carente di requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico od organizzativo richiesti dal

bando.

Il medesimo disciplinare, d'altro canto, era testuale nel prescrivere la presentazione delle dichiarazioni previste dal citato art. 38 sotto comminatoria di esclusione.

Da tutto ciò la condivisibilità anche di questo secondo mezzo di appello.

5 La riscontrata fondatezza degli assorbenti motivi fin qui scrutinati comporta l'accoglimento dell'appello, e quindi, in riforma della decisione del Tribunale, l'annullamento dell'aggiudicazione.

Vanno per converso dichiarate inammissibili le nuove richieste formulate dall'appellante solo nella sua memoria conclusiva del 13 gennaio 2012, tese ad ottenere : l'annullamento del contratto sottoscritto tra Amministrazione ed appellata il 13/12/2010, con il subentro della Intini Source quantomeno nel servizio in corso; il risarcimento del danno da questa patito.

5a Con riferimento alla richiesta risarcitoria valgano le seguenti notazioni.

Si tratta di una domanda proposta per la prima volta in questa sede di appello, il cui esperimento come tale si trova in conflitto con il divieto posto, sulla scia dell'art. 345 cod. proc. civ., dall'art. 104 CPA (*“Nuove domande ed eccezioni?”*), che al suo primo comma recita, a presidio del principio del doppio grado di giudizio e del valore della pienezza del relativo contraddittorio : *“Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli*

accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa.”

Né sarebbe possibile invocare la deroga posta al generale divieto di *jus novorum* dal periodo conclusivo del comma, nella parte in cui ammette comunque la possibilità di chiedere “*il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza*” impugnata. Tale deroga, allo stesso modo di quella contemplata per gli interessi ed altri accessori, la quale postula che nel grado anteriore di giudizio vi fosse già stata una precedente domanda, ed ammette in appello semplicemente uno sviluppo del relativo *petitum*, esige del pari che in primo grado fosse stato già richiesto il risarcimento dei danni, e si limita ad ammettere che in appello venga domandato il ristoro dei danni ulteriori verificatisi nelle more (in tal senso, nell’applicazione della simile formula recata dall’art. 345 cod. proc. civ., cfr. Cass. Civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067, nonché sez. I, 19 gennaio 2006, n. 1054, dove si precisa, appunto, che la domanda di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza è ammissibile in grado d’ appello solo se nel giudizio di primo grado sia stata proposta un’azione di danni, e se gli ulteriori danni richiesti in appello trovino la loro fonte nella stessa causa e siano della stessa natura di quelli già accertati in primo grado).

A più forte ragione nella specie la conclusione dell’inammissibilità si impone, infine, se si considera che, in violazione del canone del contraddittorio, la richiesta risarcitoria della Intini Source è stata formulata in una mera memoria, e non in un atto notificato alle controparti.

5b Per analoghe ragioni, la Sezione non può prendere in esame nemmeno la richiesta dell'appellante di subentro nel contratto di appalto in corso di esecuzione, anch'essa avanzata per la prima volta solo attraverso la predetta memoria del 13 gennaio 2012.

A tale riguardo va osservato che l'art. 122 C.P.A., allorché fa dipendere la possibilità di una dichiarazione di inefficacia del contratto (al di fuori dei casi previsti dal precedente art. 121) dalla circostanza che *“la domanda di subentrare sia stata proposta”*, postula la proposizione al fine indicato di una domanda giudiziale vera e propria. Tanto trova riscontro nel successivo art. 124, comma 1, che inizia proprio con le parole *“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto ...”*, e nel comma 3 dello stesso articolo, che contempla, di contro, la posizione di chi *“non ha proposto la domanda di cui al comma 1”*.

La richiesta, infatti, di vedere applicato in un determinato caso concreto l'art. 122 cit. innova il *thema decidendum* che sia stato precedentemente scolpito in termini meramente impugnatori, in quanto impone alle controparti –e dopo di loro al Giudice- di misurarsi anche con gli ulteriori parametri che tale articolo valorizza, e di prendere posizione rispetto ai vari profili di cui lo stesso richiede la disamina.

Non occorre poi certo spendere molte parole per fare notare che la decisione che accolga una simile domanda possiede una specifica incidenza sugli interessi delle parti del contratto di cui sia stata richiesta la declaratoria di inefficacia.

Si può anche ammettere, quindi, che la domanda di cui si tratta possa essere proposta in corso di giudizio, allorché solo dopo l'instaurazione del medesimo maturino le esigenze per la sua formulazione. E' però imprescindibile, ai fini della regolarità del contraddittorio, che tale domanda venga ritualmente notificata: sicché in carenza di tale presupposto essa non può trovare ingresso nel presente giudizio.

5c Poiché, infine, sulle domande di cui ai due punti precedenti il contraddittorio tra le parti non solo non è stato correttamente instaurato, ma non si è nemmeno svolto in via di fatto, non si ravvisano le condizioni per l'applicazione, in concreto, della previsione dell'art. 73, comma 3, CPA (in tema di indicazione preventiva alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio), la quale presuppone invece sul *thema decidendum* di merito un contraddittorio del quale intende garantire utilità ed effettività.

6 In conclusione, l'appello principale va dunque accolto, e per l'effetto, in riforma della decisione appellata, accolto l'originario gravame proposto dalla stessa Intini Source S.p.a., e di conseguenza annullata l'impugnata aggiudicazione.

Le domande di subentro nel contratto e di risarcimento dei danni formulate dalla stessa appellante nella sua memoria devono essere invece dichiarate inammissibili.

Le spese del doppio grado di giudizio vanno poste a carico degli appellati, e liquidate nella misura di cui al seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, così dispone:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale, e per l'effetto, in riforma della decisione appellata, accoglie l'originario gravame proposto dalla Intini Source S.p.a., annullando l'aggiudicazione impugnata;
- dichiara inammissibili le domande di subentro nel contratto e di risarcimento dei danni proposte dalla stessa appellante.

Pone le spese processuali del doppio grado di giudizio a carico degli appellati, liquidandole nella misura di euro tremila, oltre gli accessori di legge, a carico di ciascuno dei resistenti.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2012

IL SEGRETARIO

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