



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 249 del 2011, proposto da:

Societa' Ecolevante Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Bice Annalisa Pasqualone, Carla Chianese, con domicilio eletto presso Paola Chiriatti in Lecce, via Zanardelli, 4;

contro

Enel Produzione Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9; Enel Servizi Srl, Enel Spa;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Ecologica Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, via

Garibaldi 43;

per l'annullamento

della nota del 29 novembre 2010 avente ad oggetto: "Comunicazione di esclusione dalla gara n. OeM000036391: servizio biennale raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti speciali non pericolosi - Centrale Federico II - Brindisi con opzione per ulteriori 12 mesi - lotto 1: fanghi (cod. CER 100121) - lotto 2: altri rifiuti non pericolosi"; di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Enel Produzione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori Curigliano, in sostituzione di Pasqualone, Chianese, Sticchi Damiani Ernesto, Quinto Luigi.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con nota del 29 novembre 2010, Enel s.p.a. ha comunicato alla società ricorrente l'esclusione dalla gara indetta per l'aggiudicazione del servizio biennale di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti speciali non pericolosi – centrale Federico II- Brindisi in quanto “ dalla documentazione trasmessaci con vostra del 25.10.2010, è emersa la condanna passata in giudicato nei confronti di un

amministratore cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando , per omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro”.

La società è insorta avverso la esclusione dalla gara e ha articolato le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione di legge(violazione della sez III n.2 della richiesta di offerta costituente lex specialis della procedura negoziata);

eccesso di potere per difetto di istruttoria , difetto di presupposto.

eccesso di potere per erroneo apprezzamento dei presupposti considerati nonché per travisamento ;

violazione e falsa applicazione di legge(art 38 del d.lvo 163/2006)

violazione e falsa applicazione di legge (art 2380 bis e seguenti cod civ.)

violazione e falsa applicazione di legge(art 3 della legge 241/90)

eccesso di potere per difetto di istruttoria , difetto di presupposto.

eccesso di potere per erroneo apprezzamento dei presupposti considerati nonché per travisamento .

Si è costituita in giudizio Enel Produzione spa per resistere al ricorso del quale ha chiesto il rigetto.

Si è costituita in giudizio anche Ecologica spa ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

La controversia è passata in decisione alla camera di consiglio del 9 marzo 2011 ai sensi dell'art 60 c.p.a.

Con il primo motivo di ricorso , già racchiuso nella indicazione delle norme di legge asseritamente violate , parte ricorrente sostiene che la stazione appaltante ha individuato, quali condizioni per la partecipazione alla gara, esclusivamente la qualificazione e/o la presentazione della documentazione per ottenere la qualificazione Enel per il gruppo merceologico SRTS21- Trasporto , smaltimento rifiuti speciali non pericolosi .

Si tratta di requisiti posseduti dalla società ricorrente con la conseguenza che il provvedimento di esclusione deve ritenersi emanato in violazione del complessivo regolamento di gara.

La censura non può essere accolta.

La partecipazione ad una gara come quella indetta dalla stazione appaltante implica senz'altro non solo il possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'art.38 del codice appalti, di cui al decreto legislativo 163/2006, ma anche la relativa dichiarazione , indipendentemente da una specifica previsione contenuta nel bando di gara o da un rinvio esplicito alla normativa di settore.

Giova, del resto, rammentare che i requisiti disciplinati dall'art 38 sopra richiamato sono definiti espressamente di ordine generale a segnalazione del fatto che si tratta di condizioni soggettive minime per prendere parte ad una procedura di gara ad evidenza pubblica, le quali devono essere oggetto di puntuale ostensione da parte della società che intende prendere parte alla gara.

Lo stesso tenore letterale della norma non lascia spazio a dubbi

interpretativi configurando la dichiarazione ai sensi dell'art 38 del d.lgs 163/2006 alla stregua di vero e proprio obbligo il cui inadempimento produce la esclusione dalla gara.

La difesa della ricorrente sostiene poi che l'esclusione è stata comminata illegittimamente essendosi accertato che il dott. Settanni , mero procuratore ad negotia, ha riportato una condanna per omicidio colposo nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

In realtà, l'art 38 del dlgs 163/2006 andrebbe interpretato nel senso che tra i soggetti tenuti alla dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale non può essere incluso il semplice procuratore ad negotia, dovendosi ritenere che l'obbligo si rivolga all'amministratore munito di poteri di rappresentanza .

Anche questa prospettazione difensiva non può condividersi perché essa ridimensiona in maniera suggestiva il reale potere di gestione spettante al Settanni.

Se il potere di rappresentanza cui si riferisce la norma in argomento va inteso quale potere di spendita non episodica del nome dell'ente con effetti direttamente imputabili alla società pare evidente doversi desumere che il Settanni ha svolto inoppugnabilmente una simile funzione , essendo stato chiaramente indicato , nel contesto della visura camerale in atti , quale procuratore ad negotia con ampi poteri di rappresentanza della società con gli enti pubblici , territoriali e non , con possibilità di intrattenere rapporti di natura commerciale e

facoltà di conclusione e gestione di contratti in nome e per conto della società Ecolevante.

La esclusione è stata pertanto correttamente decretata , con riguardo alla situazione del Settanni, certamente configurabile come quella di un amministratore munito di poteri di rappresentanza .

Il ricorso è respinto.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario, Estensore

Claudia Lattanzi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2011

IL SEGRETARIO

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