



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

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;*

sul ricorso numero di registro generale 188 del 2011, proposto dalla Vodafone Omnitel N.V., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo De Leonardis, Vittorio Minervini e Damiano Zannetti, con domicilio eletto presso il primo in Bari, piazza Aldo Moro n. 33/A;

***contro***

Acquedotto Pugliese S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni Nardelli e Nicola Di Corato, con domicilio eletto presso il primo in Bari, viale Quinto Ennio, 33;

***nei confronti di***

Telecom Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Rallo e Riccardo Maria Riccardi, con domicilio eletto presso il secondo in

Bari, piazza Umberto I n. 32;

*per l'annullamento*

della delibera di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile per l'Acquedotto Pugliese S.p.a., assunta dall'incaricata commissione di gara nella seduta del 15 dicembre 2010 e notificata a Vodafone, via fax, in data 17 dicembre 2010;

della delibera del 29/12/2010, notificata a Vodafone via fax in data 30/12/2010, con cui la commissione di gara ha rigettato l'istanza di Vodafone di annullamento in autotutela della delibera di esclusione dalle procedure di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. e della Telecom Italia S.p.A., nonché il ricorso incidentale di quest'ultima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Paolo De Leonardis, Vittorio Minervini, Giovanni Nardelli, Nicola Di Corato e Riccardo Maria Riccardi;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

Ai sensi degli articoli 60 e 74 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, sussistono i presupposti per definire il giudizio nel merito in forma semplificata.

La Vodafone Omnitel N.V partecipava alla procedura aperta per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile indetta dall'Acquedotto Pugliese S.p.a., il cui bando era stato pubblicato il 3 novembre 2010.

Veniva esclusa dalla gara nella seduta del 15 dicembre 2010, perché la sig. Holyce Estella Groos, “nella sua qualità di Legale Rappresentante, come si evince dall'apposita dichiarazione, oltre che dalla dichiarazione resa dalla Procuratore della Società, Sig.ra Tiziana Olivieri, firmataria dell'offerta, ha reso una dichiarazione ai sensi dell'art. 38, co. 1, del D. lgs. 163/06, carente rispetto a quanto previsto nello stesso art. 38, comma 1, alla lettera m-ter”.

Tale atto e la successiva delibera del 29 dicembre 2010, con cui la commissione di gara ha rigettato l'istanza di Vodafone di annullamento in autotutela della delibera di esclusione dalla procedura di gara, vengono impugnate, deducendo censure che così possono essere enucleate:

I.a. la commissione non può affermare (come fa in specie nell'atto del 29 dicembre 2010, pagina 3, secondo capoverso) che si sia

verificata una "completa omissione" nella dichiarazione della signora Holyce Estella Groos, trattandosi al contrario, di una "mera ed evidente svista materiale" (pagina 10 del ricorso);

I.b. occorre interpretare sostanzialisticamente l'articolo 38, comma primo, del codice dei contratti pubblici, laddove individua i requisiti di partecipazione agli appalti;

II. il provvedimento espulsivo sarebbe viziato da disparità di trattamento in quanto la concorrente Telecom ha presentato attraverso il modello M1/BIS le dichiarazioni soltanto di un procuratore delegato alla gara, mentre, secondo l'istante, i procuratori speciali sarebbero numerosi.

Per chiarire i termini della vicenda è utile riportare la dichiarazione della sig. Groos, datata 22 novembre 2010:

"La sottoscritta Holyce Estella Groos ..., in qualità di legale rappresentante di Vodafone Omnitel N.V., società soggetta a direzione e coordinamento di Vodafone Group PLC,... DICHIARA che, in base a quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett.), c) ed m) del D. lgs. 163/06:

- nei propri confronti non è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e che non sussiste alcuna delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575;

- che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna

divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

È evidente nel testo riportato che, per quanto riguarda la lettera b) dell'articolo 38 citato, manca il riferimento sintetico, ma è presente la dichiarazione per esteso; per la lettera c), sono presenti entrambi; per quanto concerne infine la lettera m-ter), viene indicata in premessa la lettera m) (che riguarda l'assenza di misure sanzionatorie comportanti interdizione dall'esercizio di un'attività imprenditoriale ovvero divieto di contrarre con la pubblica amministrazione). È assente invece sia il semplice rinvio alla lettera m-ter) sia l'espressa dichiarazione di non essere stata vittima dei reati aggravati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale ovvero di essere stata vittima e di aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria.

Di conseguenza, è del tutto giustificata l'affermazione dell'Acquedotto pugliese che la dichiarazione sul possesso del requisito corrispondente alla lettera m-ter) sia completamente omesso. Partendo da tale presupposto è già in radice da escludere l'applicabilità alla fattispecie del disposto dell'articolo 46 del codice dei contratti pubblici, considerato che non vi era alcun contenuto della dichiarazione da completare o sul quale poter richiedere chiarimenti.

In tali condizioni inoltre l'esercizio della facoltà meramente discrezionale per l'Amministrazione (Consiglio Stato, sez. V, 17

settembre 2008 n. 4397) avrebbe comportato in definitiva (non certo un'integrazione) ma la possibilità di rinnovare completamente la dichiarazione su un requisito di partecipazione, ritenuto essenziale dalla normativa. In pratica, sarebbe stata concessa un'impropria "rimessione in termini" alla società offerente, consentendole di rimediare tardivamente alle carenze espressive; in tal modo, a prescindere dal grado di colpa soggettiva cui ascrivere la non attenta condotta della ricorrente, si sarebbe oggettivamente sortito l'effetto d'infrangere il principio di *par condicio* e quello d'imparzialità, che impone di trattare senza discriminazioni i concorrenti, nel rispetto delle scadenze e delle procedure stabilite *ex ante* con il bando di gara (analogamente: T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 8 febbraio 2010 n. 268).

In definitiva, si deve sottolineare che, se la legge infatti impone la presentazione di una specifica ed espressa dichiarazione, ciò è giustificato dalla celerità che la normativa ha voluto imprimere alle procedure d'appalto, in particolare, nella fase di ammissione alla gara. L'art. 38, comma secondo, del decreto legislativo n. 163 del 2006, d'altra parte (laddove prevede che "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione"), introduce una modalità di presentazione della domanda di partecipazione alle gare intesa ad accelerare e semplificare la

procedura, rendendo più agevole l'assolvimento degli incumbenti a carico del concorrente, non più costretto, in prima battuta, a produrre immediatamente attestazioni e certificazioni. Il meccanismo perciò accentua i profili di autoresponsabilità del soggetto che rilascia la dichiarazione a cui esclusivamente (a fronte del vantaggio sul piano probatorio) viene affidato il compito di segnalare con cura e scrupolo la propria situazione in ordine ai requisiti di ammissione; di conseguenza, quando la dichiarazione espressamente richiesta (oltre che dal disciplinare di gara, anche e soprattutto) dall'art. 38, primo comma, lett. m-ter), del codice dei contratti di fatto manchi (a prescindere da come tale lacuna si atteggi), a ciò non può che conseguire l'esclusione dalla selezione. Nel caso concreto, inoltre, tale profilo di responsabilità è ancor più accentuato, considerato che la dichiarazione del soggetto (di cittadinanza e di residenza statunitense) è l'unica fonte immediatamente accessibile per ottenere tale essenziale informazione.

Il secondo motivo dev'essere anch'esso ritenuto infondato, alla stregua di considerazioni conseguenti a quanto sopra osservato, che coinvolgono altresì le censure dedotte nel ricorso incidentale proposto dalla Telecom Italia S.p.A.

Secondo la prospettazione attorea, il provvedimento espulsivo sarebbe viziato da disparità di trattamento, in quanto la concorrente Telecom ha presentato, attraverso il modello M1/BIS, le dichiarazioni soltanto di un procuratore delegato alla gara, mentre i

procuratori speciali sarebbero di fatto numerosi.

Dev'essere rimarcato che, nella fase procedimentale all'esame del Collegio, la stazione appaltante si è limitata alla verifica della pertinenza, completezza e chiarezza di quanto dichiarato e prodotto dalle parti.

Non ha perciò indagato sul numero e sull'identità dei procuratori speciali, né ha effettuato particolari accertamenti in relazione a questo specifico punto che era stato oggetto dei chiarimenti forniti dall'Acquedotto pugliese. Con i medesimi si precisava che la dichiarazione di possesso dei requisiti di cui alle lettere b), c) ed *m-ter*) doveva essere resa, oltre che dal procuratore firmatario della domanda di partecipazione, anche dagli altri procuratori speciali "ai quali sia stata conferita la procura di poter partecipare materialmente alle operazioni di gara, anche se diversa dalla presente, potendo validamente operare in nome e per conto della ditta concorrente; gli stessi dovranno essere indicati alla sezione A, punto c) del Mod. 1; questi ultimi dovranno compilare a loro volta il Mod. 1/BIS".

La Vodafone attribuisce un particolare significato a tali chiarimenti, ponendoli come parametro dell'assolvimento degli obblighi documentali propri e della controinteressata.

In realtà, da un lato, si deve notare che essi, se intesi in senso ampio (così come sostiene la ricorrente), si da ricomprendere fra i procuratori speciali obbligati anche coloro che non hanno alcun legame con la specifica procedura, non rispecchierebbero il



capitolato di gara (punto 8, N.B. 2), in cui il riferimento ai procuratori speciali é strettamente legato al fatto che il concorrente abbia presentato “un'offerta tramite il procuratore o istitutore”, senza alcun'altra specificazione.

Dall'altro, si deve rimarcare che l'esclusione è stata determinata dalle carenti dichiarazioni della signora Holyce Estella Groos, non perché questa sia procuratrice speciale (delegata o meno a seguire le operazioni di gara), bensì - come dalla stessa affermato e come risulta attestato dalla medesima offerta presentata dal procuratore della società, signora Tiziana Olivieri - nella sua qualità di legale rappresentante della Vodafone Omnitel N.V.; sicché - si deve conclusivamente aggiungere - nessun ulteriore onere istruttorio o motivazionale incombeva sull'Acquedotto pugliese.

L'esito del ricorso principale rende improcedibile quello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza, come da liquidazione equitativa in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla Telecom Italia S.p.A.

Condanna la società ricorrente, nella qualità di cui in atti, al pagamento di euro 4.000,00 (quattromila/00), più CPI e IVA, come

per legge, a favore dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. e di euro 2.000,00 (duemila/00), più CPI e IVA, come per legge, a favore della Telecom Italia S.p.A., a titolo di spese di lite.

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

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

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2011

IL SEGRETARIO

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