



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2017, proposto da:
Fulmine Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Profeta, in Bari, via Cognetti n. 25;

contro

Acquedotto Pugliese S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati, Monica Boezio e Ada Carabba, con domicilio eletto presso la sede della società in Bari, via Cognetti, n. 36;

nei confronti di

Smmart Post S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Gaetana Rita Parlato, Antonio Toullier, con domicilio eletto presso la segretaria del T.A.R. Puglia, in Bari, Piazza Massari, n. 6;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

a) dei verbali nn. 1, 2 e 3 della commissione di gara relativi alle sedute dei giorni 17 e 27 gennaio e del 1 marzo 2017, relativi alla Procedura aperta per il servizio di recapito delle fatture e delle comunicazioni ai clienti di Acquedotto Pugliese S.p.A.,

nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla gara della Ditta Smmart. Post s.r.l.;

b) nella stessa parte del provvedimento prot. 0039743 del 3 aprile 2017, con il quale è stata disposta l'approvazione dei summenzionati verbali di gara;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

nonché, ove occorra,

ai sensi dell'art. 121 del D. Lgs. 104/2010, per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la ditta controinteressata, del diritto della ricorrente al subentro nella esecuzione della parte residua del servizio e al risarcimento dei danni per equivalente ove il subentro non risulti consentito, o comunque, per la parte di servizio già eseguita.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese S.p.A. e di Smmart Post S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. Amm;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2017 la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 1°/10/16 e sulla G.U.R.I. – V Serie Speciale, Contratti Pubblici, n. 115 del 5/10/16 (nonché sul sito internet del Ministero delle Infrastrutture e sulla piattaforma digitale dell'ANAC, sul sito internet

www.aqp.it, e, altresì, per estratto, su vari quotidiani), l'Acquedotto Pugliese S.p.A. (di seguito anche AQP) ha indetto la gara, mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/16, per l'affidamento in appalto del servizio di recapito delle fatture e delle comunicazioni ai clienti. Il valore stimato del servizio posto a base di gara è di importo complessivo pari ad € 8.246.550,01 (oltre I.V.A.), suddiviso in quattro lotti. Il criterio di aggiudicazione adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

2. - Con ricorso, notificato il 5.05.2017 e depositato il 10.05.2017, la Fulmine Group s.r.l. ha impugnato, ai sensi dell'art. 120 comma 2-*bis* e 6-*bis*, cod. proc. amm., i verbali della commissione di gara e le comunicazioni dell'Acquedotto Pugliese s.p.a., in qualità di stazione appaltante, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla gara SMMART Post srl.

Il riferimento è, in particolare, al provvedimento prot. n. 39743 del 3.04.17, a firma del Vice Presidente di AQP, con cui la stazione appaltante ha approvato le risultanze dei primi 3 verbali di gara e, conseguentemente, è stata disposta l'ammissione alle successive fasi, con comunicazione ai concorrenti, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

La ricorrente riferisce di aver esercitato, a seguito dell'adozione del suddetto provvedimento, il diritto di accesso alla documentazione amministrativa presentata dalle ditte ammesse e di essersi avveduta dell'illegittima ammissione della Smmart Post s.r.l.

3. - Con unico motivo di ricorso la Fulmine Group S.r.l. deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 5, lett. c) D.Lgs. 50/2016, del disciplinare di gara, più specificamente della parte III (Informazioni relative ai motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs n. 50/2016), Sezione C (Motivi legati a insolvenza,

conflitto di interessi o illeciti professionali). Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Ritiene che la controinteressata SMMART POST S.r.l. avrebbe illegittimamente ommesso di portare a conoscenza della stazione appaltante due pregresse vicende costituenti ipotesi di *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, idonei ad integrare la causa di esclusione contemplata dall’art.80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

Riferisce, in particolare di due episodi:

3.a) il primo relativo al decreto n. 225 del 23/06/16 dell’Agenzia di Tutela della Salute di Brescia di revoca in danno dell’affidamento disposto alla controinteressata del servizio di posta elettronica telematica (ibrida) per le Aziende Sanitarie Locali della provincia di Brescia, della provincia di Lodi e per quella di Vallecamonica Sebino;

3.b) il secondo relativo al giudizio per querela di falso, definito dal Tribunale Civile di Palermo, con la sentenza n. 4221/2016 del 25 agosto 2016, che ha dichiarato *“...la falsità della firma apposta sull’avviso di ricevimento della raccomandata inviata dall’Assessorato Regionale della Salute della Regione Siciliana a mezzo della SMMART Post s.r.l.”* apparentemente sottoscritto dalla querelante.

4. - Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso sia Acquedotto Pugliese s.p.a., che la controinteressata Smmart Post s.r.l., rispettivamente in data 16.05.2017 e 24.05.2017.

Con successive memorie hanno dedotto a favore della legittimità dei provvedimenti gravati.

AQP, in particolare, si è dapprima soffermata a difesa della legittimità della fase già svolta della procedura di gara e sulla idoneità delle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti per la dimostrazione in gara del possesso dei requisiti di partecipazione. Ha, inoltre, riferito di essersi attivata, dopo la notifica del ricorso, anticipando la fase

di verifica del possesso dei requisiti in capo alla Smmart Post s.r.l. a cui ha chiesto (in data 4.5.2017) immediate informazioni circa le vicende oggetto di contestazione. Ha aggiunto che gli elementi forniti dalla controinteressata (il 9.05.2017) avrebbero escluso la fondatezza delle doglianze della ricorrente.

5. - Alla camera di consiglio del 31 maggio 2017, su richiesta congiunta delle parti, è stata fissata la data dell'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso.

6. - La ricorrente, il 3 luglio 2017, ha depositato memoria in cui ha ribadito la fondatezza della pretesa di esclusione della società controinteressata, sulla base di ulteriori fatti appresi successivamente alla proposizione del ricorso, relativi ad un'annotazione al Casellario Informativo dell'Autorità in merito ad una vicenda occorsa nel 2011 in cui l'Autorità ha ritenuto essere stata resa una falsa dichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, c.1, lett. c) D.Lgs. 163/2006, con cui è stata determinata una sospensione annuale dalla partecipazione alle procedure di affidamento, depositando copia della sentenza del T.A.R. Lazio, n. 281/20012, che ha respinto il ricorso della Smmart Post s.r.l. avverso la suddetta annotazione.

7. - Ha replicato alle doglianze della ricorrente AQP, con memoria del 5.7.2017, soffermandosi puntualmente su ciascuna delle ragioni poste a fondamento della pretesa di esclusione della Smmart Post s.r.l. e ribadendo la legittimità del proprio operato.

8. - Con atto del 7.7.2017, la Smmart Post s.r.l. ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'ultima memoria della ricorrente in quanto tardiva e volta ad ampliare il *thema decidendum*.

Con riferimento al merito della questione dell'annotazione, da ultimo contestata dalla ricorrente, ha precisato che, attesa la durata annuale del periodo di sospensione, come ribadito espressamente dall'ANAC e riportato nell'estratto del relativo

Casellario delle imprese (prodotto in copia), essa ha perso ogni efficacia a far data dal 30 marzo 2012.

9. - Alla pubblica udienza del 12 luglio 2017, sentita la difesa delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. – Il Collegio, preliminarmente, ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità rivolta dalla controinteressata Ssmart Post s.r.l. avverso la memoria depositata il 3.7.2017 dalla ricorrente, in quanto il ricorso è infondato nel merito.

11. – Oggetto di impugnazione è l'ammissione alla Procedura aperta indetta da Acquedotto Pugliese, avente ad oggetto i servizi di recapito delle fatture e delle comunicazioni ai clienti, della Ssmart Post s.r.l.

11.1. - Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016, di cui la ricorrente deduce la violazione, la stazione appaltante esclude da una procedura un operatore economico quando *“dimostrì con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

A differenza di quanto avveniva sotto il codice previgente, attualmente l'art. 80, comma 5 lett. c), del D.lgs. n. 50 del 2016 tipizza, sia pure a titolo esemplificativo, le fattispecie rilevanti costituenti *“gravi illeciti professionali”*, specificando le informazioni

da fornire in grado di *“influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”* e da non omettere *“ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità dell'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che ha ommesso di dichiarare di essere stata destinataria, in passato, di provvedimenti di risoluzione contrattuale, in quanto la dichiarazione *“ottiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante”* (C.d.S., V, 27 luglio 2016, n. 3375; 11 dicembre 2014, n. 6105; Tar Sardegna, I, 25 giugno 2016, n. 529).

E' stato a riguardo precisato che nei *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”* rientrano, tra l'altro, *“significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata”* che non sia stata contestata in giudizio dall'appaltatore privato o, alternativamente, sia stata *“confermata all'esito di un giudizio”*. In sostanza, come osservato dai commentatori dell'art. 80 comma 5, è stata temperata la rilevanza della risoluzione in danno, ove contestata in sede giudiziaria.

Secondo le Linee Guida dell'ANAC n. 6 sull'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, approvate con delibera 16 novembre 2016, n. 1293, con la finalità di dare attuazione alle previsioni di cui alla suindicata norma, in conformità a quanto previsto dal comma 13 del medesimo art. 80 D. Lgs. 50/2016:

§ 4.1 *“Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice:*

- a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice;*
- b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto, di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie;*
- c. i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e i provvedimenti penali di condanna non definitivi, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.*

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del codice.

4.2 La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione.

4.3 Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice:

a. la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice"(...).

In tale contesto si inserisce il Disciplinare relativo alla procedura gara per cui è causa, che alla Sezione C della Parte III prevede espressamente le dichiarazioni da rendere a cura dei partecipanti con riferimento a “*motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali?*” ai sensi del suindicato art. 80 comma 5 del D. Lgs. 50/2016. Il punto 2, in particolare, è relativo ai motivi di esclusione di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) di quest'ultima norma e la nota 3 richiama a titolo esemplificativo le informazioni ritenute dovute, in conformità a quanto previsto dalla disposizione di legge.

11.2. – Alla luce del suindicato quadro regolatorio e giurisprudenziale di riferimento, nel caso in esame non si ravvisano, negli episodi riferiti dalla ricorrente, ipotesi idonee ad integrare le cause di esclusione di cui al menzionato art. 80 comma 5 D. Lgs. 50/2016, sicché alcuna omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione risulta imputabile alla Smmart Post s.r.l.

11.3. - Il primo episodio, che la ricorrente ritiene rilevante ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara per “*gravi illeciti professionali?*”, è relativo al decreto n. 225 del 23.06.2016 con cui l'Agenzia di Tutela della Salute di Brescia (di seguito anche ATS)

ha revocato l'aggiudicazione del lotto 2 relativo all'affidamento dei servizi postali disposta verso la Ditta Smmart Post s.r.l. con D.G. n. 730 del 23.12.2015.

Come precisato dalla difesa della controinteressata e di AQP e confermato dalla documentazione versata in atti, tale provvedimento è stato impugnato innanzi al Tribunale civile di Brescia, il 14.09.2016, in data anteriore alla gara per cui è causa (il cui bando è datato 27.09.2016). Con la sottoscrizione dell'accordo transattivo del 12.04.2017, le parti hanno risolto consensualmente la controversia e la ATS Brescia si è impegnata a non porre in essere alcun atto, come la segnalazione all'Anac, idonea a pregiudicare il diritto di Smmart Post s.r.l. di partecipare in futuro a gare pubbliche. Secondo quanto sostenuto dalla controinteressata e da AQP, nessuna ipotesi di grave illecito professionale integrerebbe la suddetta vicenda, atteso che la anticipata risoluzione del contratto è stata contestata in giudizio.

La ricorrente, con la memoria di replica del 29.5.2016, nel rilevare che con il Decreto n. 225 in questione sia stata disposta la revoca dell'aggiudicazione, ha negato che tale provvedimento potesse essere considerato di risoluzione anticipata del contratto, tempestivamente contestato innanzi al Tribunale civile di Brescia, ritenendolo piuttosto come "*altra fattispecie*" che avrebbe dato luogo all'irrogazione di "*altre sanzioni*" di cui all'art. 80 comma 5, per cui l'onere dichiarativo sarebbe stato sussistente a prescindere dall'avvenuta contestazione in sede giudiziale.

Il Collegio ritiene che le argomentazioni della ricorrente non possano trovare favorevole apprezzamento.

Quand'anche si aderisse alla prospettazione secondo cui la risoluzione anticipata del contratto è fattispecie che non può comprendere la revoca dell'aggiudicazione, neanche se questa sia intervenuta nell'ambito dell'esecuzione contrattuale avviata in via d'urgenza prima della stipula del contratto, come avvenuto nel caso dell'ATS di Brescia, in ogni caso il tentativo di ricondurre la revoca dell'aggiudicazione tra le "*altre sanzioni*" di cui all'art. 80 comma 5 e, dunque, slegata dall'eventuale

contestazione in giudizio, non trova conforto nella formulazione letterale della norma in questione.

L'art. 80, comma 5, infatti, nell'elencare, sia pure a titolo esemplificativo i casi di *“gravi illeciti professionali”* indica, come rilevato dalla medesima concorrente, *“le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero (...), ovvero hanno dato luogo (...) ad altre sanzioni”*. Emerge in tutta evidenza che anche le altre sanzioni siano conseguenti alle significative carenze pur sempre ravvisate nell'esecuzione di un precedente contratto.

Ne consegue, allora, che se si esclude, come fa la ricorrente, la presenza di un contratto, la revoca dell'aggiudicazione antecedentemente alla stipula del contratto, si elimina in radice la possibilità che la Ssmart Post s.r.l. abbia potuto commettere *“gravi illeciti professionali”* nell'esecuzione di un contratto non ancora stipulato (Cfr. in senso conforme T.A.R. Puglia, sez. I, sent. 1480 del 30.12.2016).

Ulteriore conferma sul riferimento delle *“altre sanzioni”* all'esistenza, comunque, di un pregresso contratto, si rinviene anche nel parere del Consiglio di Stato n-2286/2016 sulle Linee Guida ANAC, richiamato anche da AQP, nel quale si afferma che *“possono essere considerate come altre sanzioni, l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali (...)”*. Se in relazione ad un *“pregresso contratto”* – prosegue il menzionato parere – *“non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata “definitiva” perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale inadempimento contrattuale” non assurge, per legge, al rango di “significativa carenza”>>*.

In definitiva, nella vicenda dell'ATS di Brescia, sia che si consideri che un principio di contratto ci sia stato e che la revoca abbia comportato una sua risoluzione anticipata, contestata in giudizio, concluso con l'accordo transattivo, sia che si ritenga che alcun contratto si sia concluso per effetto della revoca dell'aggiudicazione

prima della sua stipula, in ogni caso non si configura un'ipotesi di "significativa carenza" rilevante ai sensi dell'art. 80 comma 5 D.Lgs. 50/2016.

11.4. – Prive di fondamento debbono ritenersi anche le doglianze della mancata esclusione della Smmart Post s.r.l. per aver questa omesso di riferire dell'esito di un giudizio per querela di falso, concluso con la sentenza n. 4221/2016 del Tribunale civile di Palermo, con cui è stata accertata la falsità della firma apposta sull'avviso di ricevimento di una raccomandata inviata a mezzo della Smmart Post s.r.l.

Come puntualizzato dalla controinteressata la sentenza ha accertato la falsità della firma apposta dal destinatario della raccomandata, mentre nulla viene addebitato a Smmart Post s.r.l. circa la consegna della medesima. Non risulta che sia stato adottato alcun provvedimento in danno della società, che, peraltro, nella vicenda è coinvolta unicamente quale "agente postale" di altra società aggiudicataria del servizio. Deve, pertanto, escludersi che l'accertata falsità della firma sulla cartolina possa da sola integrare ipotesi di illecito professionale particolarmente grave.

11.5. – Né diversa sorte merita quanto da ultimo sostenuto dalla ricorrente con la memoria del 3 luglio 2017, con riferimento all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'ARIN, tanto da potersi prescindere dalla questione relativa alla qualificazione della stessa in termini di motivi aggiunti o, come già sopra rilevato, dall'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata.

E' sufficiente osservare in proposito che la sanzione della sospensione annuale dalla partecipazione a procedure di affidamento è stata applicata con decorrenza dalla data di pubblicazione dell'annotazione, il 30.3.2011. Come rilevato da AQP, inoltre, pur prescindendo dal riferimento alla normativa *ratione temporis*, anche secondo la disciplina di riferimento attualmente vigente, l'episodio non può comunque essere considerato tuttora idoneo a produrre effetti. Le Linee Guida ANAC n. 6, al paragrafo V, precisano a riguardo, che il periodo di esclusione dalle gare non può essere superiore a tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel

casellario informatico gestito dall’Autorità, che nella vicenda da ultimo riferita è in ogni caso ampiamente decorso.

A ciò si aggiunga quanto riferito da AQP circa l’esito negativo delle verifiche eseguite sulla Smmart Post s.r.l., nel Casellario Informatico istituito presso l’Osservatorio ANAC, in conformità alla previsione di cui al paragrafo IV, punto 4.3 delle Linee Guida.

12. –Per tutto quanto esposto il ricorso deve essere respinto-

13. – Dal mancato accoglimento del ricorso deriva anche l’infondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dalla ricorrente, priva in ogni caso dei presupposti legittimanti la richiesta, in quanto come evidenziato da APQ nella memoria di costituzione, la procedura di gara è stata sospesa cautelativamente dalla medesima stazione appaltante, in attesa della conclusione del presente giudizio.

14. – La novità della questione controversa, riconducibile alla previsione normativa di cui all’art. 80 comma 5 D. Lgs. 50/2016, induce il Collegio a compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), 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 Bari nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Cesira Casalanguida

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO