



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1086 del 2010, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Gondrand S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Bardelli, M. Alessandra Bazzani, Riccardo Montanaro, Francesca M. Colombo, con domicilio eletto presso l'avv.to Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

***contro***

Fondazione Torino Musei, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Chiesa, Massimo Longo, Cristina Mossino, con domicilio eletto presso l'avv.to Massimo Longo in Torino, corso G. Ferraris, 71;

***nei confronti di***

Arteria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Anteo Massone, con domicilio eletto presso l'avv.to Enzo Robaldo in Torino, via Sacchi, 24;

***per l'annullamento***

della comunicazione espletata dalla Fondazione Torino Musei a firma del Responsabile del Procedimento, n. prot. CVE/2010/0005794/FTM/P in data 4.8.2010 di esclusione di Gondrand Spa dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di imballaggio, trasporto e posizionamento di beni aventi rilevanza culturale o storico-artistica facenti capo alla Fondazione Torino Musei;

del provvedimento di esclusione assunto dalla Commissione giudicatrice;

della contestazione n. prot. CVE/2010/0004516/FTM/P in data 11.6.2010 a firma del Responsabile del Procedimento;

della nota n. prot. CVE/2010/0003561/FTM/P in data 7.5.2010 a firma del Responsabile del Procedimento;

della nota n. prot. CVE/2010/0003006/FTM/P in data 19.4.2010 a firma del Responsabile del Procedimento;

della nota n. prot. CVE/2010/0002554/FTM/P in data 1.4.2010 a firma del Responsabile del Procedimento;

della nota n. prot. CVE/201/0002308/FTM/P in data 24.3.2010 a firma del Responsabile del Procedimento;

del bando di gara e del capitolato d'oneri;

della eventuale aggiudicazione alla seconda classificata Arteria Srl;

nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché, con motivi aggiunti per l'annullamento della determinazione del responsabile del procedimento in data 28.7.2010 di i) approvazione dei verbali della procedura di gara per l'affidamento del "servizio di imballaggio, trasportato e posizionamento di beni aventi rilevanza culturale o storico-artistica facenti capo alla fondazione Torino Musei; ii) esclusione di Gondarnd s.p.a. e iii) aggiudicazione provvisoria ad Arteria s.r.l.;

del "verbale seduta pubblica n. 7 del 6 luglio 2010 e del relativo allegato su lett. A;

dei verbali delle sedute: pubblica n. 1 del 16.2.2010; riservata n. 2 dell'8.3.2010; pubblica n. 3 del 12 marzo 2010; riservata n. 4 del 15 marzo 2010; riservata n. 5 del 17 marzo 2010; pubblica n. 6 del 19 marzo 2010;

della determinazione del Presidente della Fondazione Torino Musei n. 8/2010 in data 20.9.2010 di aggiudicazione definitiva;

della comunicazione di aggiudicazione definitiva ad Arteria s.r.l. n. prot. CVE/2010/0007215/FTM/P.

In subordine e per l'ipotesi in cui non venisse concessa la sospensione cautelare che potrebbe preludere ad un risarcimento in forma specifica, la ricorrente chiede la condanna della controparte al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Torino Musei e di Arteria S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando gli atti in epigrafe e deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione dell'art. 12 del d.lgs. 163/2006. Violazione degli affidamenti. Difetto di istruttoria. Violazione art. 21 nonies legge 241/1990. Violazione art. 7 e ss. l. n. 241/1990. Violazione del contraddittorio. Travisamento. Lamenta parte ricorrente di essere stata esclusa dalla gara ad oltre 5 mesi dall'aggiudicazione provvisoria e 51

giorni dal riscontro delle richieste integrazioni documentali, sicchè l'aggiudicazione doveva ritenersi consolidata.

2) Violazione dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006. Difetto di istruttoria. Carenza di motivazione. Irragionevolezza. Contraddittorietà. Contesta parte ricorrente di aver regolarmente provato di essere in possesso dei requisiti di qualificazione tecnico-finanziaria.

3) Violazione art. 118 del d.lgs. 163/2006. Violazione della *lex specialis* nelle parti di cui in esposizione. Violazione dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006. Difetto di istruttoria. Carenza di motivazione. Travisamento. Violazione del contraddittorio. Contraddittorietà. Contesta parte ricorrente che l'amministrazione abbia invocato la violazione di norme concernenti il subappalto, intervenuto in sede di esecuzione anticipata, invocando la mancanza di requisiti di ammissione.

4) Violazione dell'art. 243 bis del d.lgs. 163/2006 per non avere l'amministrazione dato riscontro al preavviso di ricorso inoltrato dalla ricorrente.

Con i motivi aggiunti, oltre a censurare l'aggiudicazione definitiva per illegittimità derivata dai vizi già dedotti avverso l'aggiudicazione provvisoria, la ricorrente ha ulteriormente dedotto:

5) Violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006. Carenza di istruttoria. Violazione artt. 2203 e 2204 c.c.. Violazione *lex specialis*. La seconda classificata, aggiudicataria definitiva, avrebbe omesso le dichiarazioni relative ai requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 in relazione ai sig.ri Giorgio Ciolli e Antonella Marzan, entrambe dotati di poteri di rappresentanza.

6) Difetto di istruttoria. Carenza di motivazione. Travisamento contraddittorietà. L'offerta della controinteressata presenta alcuni vizi (insufficienza di personale, inidoneità parco mezzi, inidoneità servizi aggiuntivi) che avrebbero dovuto comportarne l'esclusione.

7) In via subordinata violazione dell'obbligo di custodia dei plichi. Violazione del principio di trasparenza. Violazione del principio di segretezza. Violazione del principio di par condicio. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Nessuno dei verbali della commissione dà atto delle modalità di custodia dei plichi.

Si costituiva l'amministrazione resistente eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per avere la ricorrente impugnato non l'atto con il quale veniva disposta la sua esclusione bensì la mera comunicazione di tale atto. Contestava nel merito le censure.

Si costituiva la controinteressata contestando nel merito tanto il ricorso principale che il ricorso per motivi aggiunti.

Accolta l'istanza cautelare, la causa veniva discussa nel merito all'udienza del 27.1.2011.

## DIRITTO

Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso mossa dalla stazione appaltante addebitando alla ricorrente di non aver impugnato il provvedimento di esclusione, bensì una mera "comunicazione" della medesima. Si legge nell'epigrafe del ricorso che l'impugnativa ha ad oggetto tanto la comunicazione di esclusione del 4.8.2010, quanto il provvedimento di esclusione assunto, non noto al momento di posizione del ricorso; in seguito al deposito in giudizio della documentazione di parte resistente l'esclusione è stata impugnata con l'atto di motivi aggiunti. L'eccezione è pertanto infondata.

Il provvedimento di esclusione (in atti sub. doc. 20 di parte resistente) rinvia, quanto ai motivi di esclusione, al verbale della commissione n. 7 del 6.7.2010 (in atti sub. doc. 4.7 di parte resistente; a rigore nel provvedimento di esclusione si menziona un inesistente verbale del 7 luglio).

Si leggono nel richiamato verbale quattro sostanziali ragioni di esclusione, ribadite anche nella comunicazione di esclusione inviata alla ricorrente il 4.8.2010.

Le ragioni sono le seguenti:

1) La commissione dà atto che l'impresa, in sede di gara, ha dichiarato di avere intenzione di procedere al subappalto nei limiti e nei termini del capitolato, in particolare per quanto concerne prestazioni di "facchinaggio"; riscontra la commissione che, dalla documentazione successivamente presentata e dai servizi nelle more effettuati, risulterebbe che la ricorrente procede al subappalto di attività quali quelle di "imballaggio, movimentazione, disimballaggio e posizionamento di opere d'arte" non compatibili con la qualifica di facchino. Puntualizza la commissione che tale condotta della ditta comporta grave violazione del capitolato.

2) La commissione attesta che la ditta ha violato l'art. 25 del capitolato che imponeva di indicare, entro 20 giorni dall'affidamento, minimo 5 operatori specializzati con esperienza documentata e triennale destinati a fungere da referenti per la stazione appaltante. La ricorrente avrebbe eseguito i primi servizi avvalendosi unicamente di dipendenti di ditte subappaltatrici e comunque sarebbe rimasta inadempiente a suddetto obbligo

3) Si contesta che la ricorrente avrebbe rifiutato di applicare le tariffe offerte in sede di gara per una prestazione appartenente all'oggetto della gara; per contro la ditta la ha ascritta a differenti e specifici rapporti contrattuali intercorrenti tra le parti

4) La commissione individua possibili profili di anomalia dell'offerta della ricorrente in relazione al costo del lavoro, tuttavia puntualizza di non procedere ad alcuna verifica di anomalia in contraddittorio, ritenendo esplicitamente che debba comunque essere disposta l'esclusione della ricorrente, ai sensi dell'art. 48 co. 2 del d. lgs. 163/2006, per i primi tre motivi ricordati.

Recita l'art. 48 co. del d.lgs. 163/2006:

“La richiesta di cui al comma 1 (ndr. “di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”) è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati...”.

Nel caso di specie è pacifico che la ricorrente era stata una prima volta oggetto di verifica ai sensi dell'art. 48 co. 1, per essere stata sorteggiata tra i concorrenti da verificare preventivamente e tale verifica aveva avuto esito positivo.

Se è pur teoricamente ammissibile, come affermato dall'amministrazione resistente, che la stazione appaltante, a fronte di un soggetto prima sorteggiato e poi aggiudicatario, approfondendo la verifica e riscontrandone la negatività proceda alla dovuta esclusione, ove per errore questa non fosse stata pronunciata in esito al sorteggio, resta evidente che la norma ed il controllo invocati hanno inequivocabilmente ad oggetto le dichiarazioni concernenti i requisiti (economico – finanziari ed eventualmente della stessa offerta) rilevanti per la ammissione del concorrente alla gara. Poiché infatti la verifica ha luogo fisiologicamente prima dell'esecuzione dell'appalto non vi è dubbio che essa non possa in alcun modo tenere conto di circostanze che solo in fase esecutiva possono emergere (ad esempio una fattiva gestione dei sub-appalti non conforme a quanto dichiarato in sede di partecipazione o l'applicazione in fase esecutiva di tariffe non congruenti all'offerta); le dichiarazioni verificabili, a pena di esclusione, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006 non possono per ragione ancor prima logiche

**che giuridiche che attengono a fatti preesistenti il rapporto contrattuale e come tali ex ante verificabili.** Le dichiarazioni concernenti le modalità di subappalto rese in sede di gara erano, come riconosciuto nello stesso verbale della commissione, conformi alla legge di gara; le contestazioni afferenti la fase propriamente esecutiva mosse dalla stazione appaltante, proprio perché riscontrabili solo in seguito ad un intervenuto inadempimento, non potranno che portare ad una eventuale risoluzione per inadempimento (o non autorizzazione del subappalto) ma certo non potranno essere oggetto di verifica di veridicità o meno in una fase, quale quella di vaglio preliminare di ammissione del concorrente e dell'offerta, che fisiologicamente avviene prima che qualsivoglia inadempimento possa essersi verificato.

E' pur vero che la giurisprudenza ammette che un concorrente possa essere escluso da una gara per aver reso, già in sede di offerta, una dichiarazione concernente le modalità di subappalto non conforme alla legge di gara; è evidente però che in tal caso l'esclusione avviene non perché non si "riscontra" la veridicità della dichiarazione (essa, si ribadisce, sarà riscontrabile solo in termini di esatto/inesatto adempimento) bensì e ben diversamente perché già la stessa dichiarazione e quindi la struttura dell'offerta non soddisfano le essenziali condizioni poste dalla legge di gara.

Anche gli ulteriori addebiti mossi alla ricorrente dalla stazione appaltante attengono palesemente alla fase esecutiva: la mancata ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 25 del disciplinare è inottemperanza rispetto alla fase iniziale dell'esecuzione del contratto e così l'eventuale applicazione di tariffe non consone all'offerta nuovamente altro non è che un profilo di carattere esecutivo.

Ritiene pertanto il collegio che, a prescindere dalla fondatezza o meno delle contestazioni mosse, non vi è dubbio che esse possano integrare questioni proprie della sede esecutiva se siano state invocate a sproposito per sostenere un negativo

riscontro rispetto a condizioni e qualità preliminari all'esecuzione oggetto di verifica ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006.

Sono quindi fondate ed assorbenti le censure mosse con il secondo e terzo motivo di ricorso che sostanzialmente evidenziano il distorto uso della verifica ex art. 48 del d.lgs. 163/2006.

L'illegittimità della disposta esclusione travolge in via derivata l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata e priva la ricorrente di interesse sia alle censure mosse solo in subordine al mancato accoglimento delle proprie principali doglianze sia alle censure che si appuntano avverso l'ammissione della controinteressata che, in esito al reinserimento in gara della ricorrente, torna ad occupare in graduatoria il secondo posto.

Come anche riconosciuto in ricorso da parte della ricorrente il ripristino in forma specifica della sua posizione di prima in graduatoria supera la richiesta di risarcimento pecuniario del danno.

Stante la complessità della vertenza sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2011

IL SEGRETARIO

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