

BGer 2C 326/2021 vom 24. Juni 2022

Bundesgericht, 2022-06-24, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_326_2021

FR: TF 2C 326/2021 du 24 juin 2022

IT: TF 2C 326/2021 del 24 giugno 2022

Regeste

Appalti pubblici | Diritto fondamentale

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la propria competenza (art. 29 cpv. 1 LTF) e se e in che misura un ricorso può essere esaminato nel merito (DTF 146 IV 185 consid. 2).

E. 2.1

La ricorrente ha presentato, con un unico atto, un ricorso in materia di diritto pubblico e un ricorso sussidiario in materia costituzionale.

E. 2.2

Giusta l'art. 83 lett. f LTF, nella versione in vigore dal 1° gennaio 2021 (RU 2020 671 e 685), il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile contro le decisioni in ambito di acquisti pubblici se, salvo eccezioni che qui non ricorrono, non si pone alcuna questione di diritto d'importanza fondamentale (cifra 1) o se il valore stimato della commessa non raggiunge il valore soglia determinante secondo l'articolo 52 capoverso 1 in combinato disposto con l'allegato 4 numero 2 della legge federale sugli appalti pubblici (cifra 2). Le due condizioni di ammissibilità sono cumulative (DTF 146 II 276 consid. 1.2 e riferimenti) e incombe alla parte ricorrente dimostrarne l'esistenza (art. 42 cpv. 2 LTF), pena l'inammissibilità dell'impugnativa (sentenza 2C_355/2021 del 19 ottobre 2021 consid. 1.2.1 e rinvii), a meno che la questione di principio si imponga con evidenza (DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 e riferimenti). Quando dette condizioni non sono date, resta da verificare se sia aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF).

E. 2.3

L'esistenza di una questione giuridica d'importanza fondamentale va ammessa in maniera restrittiva (DTF 141 II 113 consid. 1.4 e richiami). Per ritenere adempiuto il presupposto dell'art. 83 lett. f cifra 1 LTF non è sufficiente che il Tribunale federale non abbia mai avuto modo di pronunciarsi sulla domanda che gli viene sottoposta; occorre inoltre che il problema giuridico sollevato sia suscettibile di ripresentarsi nei medesimi termini in altri casi analoghi, e che quindi la sua soluzione possa fungere da riferimento per la prassi. La questione aperta o controversa, che dev'essere inerente all'ambito degli acquisti pubblici, deve poi avere portata tale da richiedere un chiarimento da parte della più alta istanza federale (DTF 141 II 113 consid. 1.4.1; sentenze 2C_1060/2017 del 29 ottobre 2020 consid. 1.2 non pubblicato in DTF 147 II 264 e 2C_1184/2016 del 7 giugno 2018 consid. 1.2). Quando si tratta unicamente di applicare al caso concreto i principi sviluppati dalla

giurisprudenza non si è manifestamente in presenza di una questione di diritto d'importanza fondamentale (sentenza 2C_748/2019 del 21 febbraio 2020 consid. 2.2 e richiami).

Determinante è l'importanza generale dell'elemento litigioso (sentenza 2C_748/2019 già citata, consid. 2.2 e richiami), il quale deve nondimeno avere rilievo anche per il caso specifico, non dovendo il Tribunale federale pronunciarsi su questioni giuridiche astratte (DTF 142 II 161 consid. 3; sentenza 2C_748/2019 già citata, consid. 2.2 e richiami).

E. 2.4

Nella fattispecie, il Consorzio 2 ravvisa una questione giuridica di importanza fondamentale nella necessità di chiarire fino a che punto l'autorità investita di un ricorso in materia di commesse pubbliche possa sottoporre a controllo anche aspetti che non erano stati oggetti di alcuna contestazione da parte del committente per poi porle a fondamento della propria decisione sul ricorso sottoposte. Tale modo di procedere lederebbe anche gravemente il diritto di essere sentito della partecipante. L'argomentazione risulta priva di pertinenza. Come peraltro già giudicato da questa Corte (sentenza 2C_1170/2016 del 6 febbraio 2018 consid. 1.4.2) la problematica rileva manifestamente dell'applicazione concreta di principi generali quali il potere di esame dell'autorità cantonale di ricorso in materia di commesse, il diritto di essere sentito, il divieto del formalismo eccessivo, il principio dell'economia processuale, ecc. Aspetti con cui la prassi si è già confrontata più volte. La loro applicazione ad un caso particolare dipendente in larga misura della vertenza in esame e non richiede un ulteriore chiarimento generale.

E. 2.5

Ne consegue che il ricorso in materia di diritto pubblico si rivela inammissibile, a prescindere dal fatto che la commessa in questione superi i valori soglia fissati dall'art. 83 lett. f n. 2 LTF.

E. 3.1

Interposto tempestivamente (combinati artt. 117 e 100 cpv. 1 LTF) contro una decisione finale (artt. 117 e art. 90 LTF) pronunciata da un'autorità cantonale di ultima istanza con natura di tribunale superiore (combinati artt. 114 e 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF), il gravame è invece di principio ammissibile quale ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF).

E. 3.2

Giusta l' art. 115 LTF è legittimato a ricorrere chiunque ha partecipato alla procedura dinanzi all'autorità inferiore o non gliene è stata data la possibilità (lett. a) e ha un interesse legittimo all'annullamento o alla modifica della decisione impugnata (lett. b). Il Consorzio 2 qui ricorrente, giunto secondo in classifica, si è visto estromettere dalla gara proprio dal Tribunale cantonale amministrativo al quale si era rivolto chiedendo l'esclusione dell'aggiudicatario e l'attribuzione della delibera: egli è quindi legittimato ad invocare una violazione del principio del divieto dell'arbitrio in relazione alla sua esclusione (sentenza 2D_64/2019 del 17 giugno 2020 consid. 1.3.1 e richiami; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Commentaire de la LTF, 2a ed. 2014, n. 6 segg. all'art. 115).

E. 3.3

Con il ricorso sussidiario in materia costituzionale può venir censurata solo la violazione dei diritti costituzionali (art. 116 LTF), il cui rispetto non è esaminato d'ufficio (art. 106 cpv. 2 LTF a cui rinvia l' art. 117 LTF). Ciò significa che la parte ricorrente deve spiegare

in modo chiaro e dettagliato, alla luce dei considerandi della sentenza impugnata, quali diritti costituzionali sarebbero stati violati (DTF 147 II 44 consid. 1.2 e rinvio). Nell'ambito delle commesse pubbliche è esclusa sia la semplice censura relativa ad una scorretta applicazione del diritto cantonale o intercantonale, sia quella relativa alla violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento degli offerenti, che sottendono tale normativa e ai quali non può essere riconosciuto il rango di garanzia costituzionale autonoma. Un'applicazione arbitraria (art. 9 Cost.) del diritto cantonale e/o intercantonale degli acquisti pubblici può per contro essere censurata, poiché gli offerenti dispongono di un interesse giuridicamente protetto a che la corrispondente legislazione venga rispettata (sentenze 2C_1006/2021 del 4 aprile 2022 consid. 3.3 e 2C_825/2018 del 2 marzo 2021 consid. 4.2 con rispettivi riferimenti). Una decisione è arbitraria quando è in manifesta contraddizione con la situazione di fatto, è gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico chiaro e indiscusso, oppure quando urta in modo scioccante il sentimento di giustizia ed equità (DTF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1). Essa deve inoltre essere arbitraria nel suo risultato e non solo nella sua motivazione. Il semplice fatto che un'altra soluzione, diversa da quella adottata dall'autorità precedente, potrebbe entrare in linea di conto o sarebbe addirittura preferibile non costituisce arbitrio (DTF 144 I 318 consid. 5.4, 170 consid. 7.3, 113 consid. 7.1 e rispettivi riferimenti).

E. 4.1

Esprimendosi sulla sua esclusione dalla gara, pronunciata dal Tribunale cantonale amministrativo al motivo che la consorziata G._____ Sagl aveva ommesso di fornire la dichiarazione comprovante il versamento dei contributi PEAN e che, quindi, con riferimento ai criteri di idoneità, la loro offerta era incompleta, il Consorzio 2 qui ricorrente censura, tra l'altro, la violazione del suo diritto di essere sentito. Osservando che la Corte cantonale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legalità dell'aggiudicazione, non invece sulla validità formale (la completezza cioè) della propria offerta, fa valere che non è stato avvisato della rilevanza di questa problematica e che non ha potuto di conseguenza compiutamente esprimersi in proposito. Adduce cioè di non avere potuto spiegare nei dettagli perché si è limitato a fornire un'autocertificazione rispettivamente di non avere avuto la facoltà di presentare mezzi di prova, ad esempio l'attestato richiesto e nel frattempo ricevuto e che è costretto a produrre ora dinanzi al Tribunale federale.

E. 4.2.1

Questa censura deve essere esaminata prioritariamente, poiché il diritto di essere sentito ha natura formale e la sua lesione comporta di regola l'annullamento della decisione impugnata indipendentemente dalla fondatezza del gravame nel merito (DTF 148 IV 22 consid. 5.5.2; 144 IV 302 consid. 3.1 e rispettivi rinvii).

E. 4.2.2

Il diritto di essere sentito sancito dall' art. 29 cpv. 2 Cost. è una componente del diritto ad un processo equo e assicura alle parti la facoltà di esprimersi prima che sia presa una decisione che li tocca nella loro situazione giuridica, segnatamente se il provvedimento si rivela sfavorevole nei loro confronti. Esso comprende il diritto di consultare l'incarto, di offrire e di esigere l'assunzione di mezzi probatori purché siano pertinenti e riguardino punti rilevanti per il giudizio, di partecipare alla stessa e di potersi esprimere sulle relative risultanze nella misura in cui possano influire sulla decisione (DTF 146 IV 218 consid. 3.1.1; 145 I 73 consid. 7.2.2.1, 167 consid. 4.1 con rispettivi rinvii), come anche il diritto

incondizionato di prendere conoscenza degli atti sottoposti dalle altre parti all'autorità e di potersi esprimere in proposito, indipendentemente dalla loro rilevanza per il giudizio (DTF 142 III 48 consid. 4.1.1; 139 I 189 consid. 3.2 e rispettivi riferimenti). Quale diritto di partecipazione al processo di emanazione di una decisione che incide sulla situazione giuridica del singolo (" Persönlichkeitbezogenes Mitwirkungsrecht "), il diritto di essere sentito comprende infatti tutte quelle facoltà che devono essere riconosciute a una parte affinché possa efficacemente far valere la sua posizione nella procedura (DTF 144 I 11 consid. 5.3; 136 I 265 consid. 3.2; 135 II 286 consid. 5.1 pag. 293). Essa ha quale correlato l'obbligo dell'autorità di tenere conto e di esaminare attentamente e con cura le domande e le argomentazioni, anche concernenti l'accertamento dei fatti, rilevanti per la decisione ed esposte dalle parti (sentenza 2C_159/2021 dell'11 maggio 2022 consid. 3.2.2 e rinvii). Se il diritto di essere sentito prima della decisione si applica di principio senza restrizioni per le questioni di fatto, in materia di apprezzamento giuridico esso è limitato ai casi in cui l'autorità intende porre a fondamento del proprio giudizio una norma o un'argomentazione giuridica fino allora non evocata nella precedente procedura e di cui le parti non potevano presumere la rilevanza (DTF 145 IV 99 consid. 3.1 in fine; 130 III 35 consid. 5; 128 V 272 consid. 5b/bb e rispettivi rinvii).

E. 4.3

Come già accennato in precedenza (cfr. supra Fatti B) il Tribunale cantonale amministrativo ha osservato in primo luogo che, per quanto concerne il criterio della prontezza d'intervento, sebbene l'indicazione fornita dal Consorzio 1 concernente il magazzino di riferimento non fosse attendibile, ciò non comportava la sua esclusione dal concorso per avere fornito false indicazioni giusta l'art. 25 lett. c LCPubb - non potendo essere del tutto escluso che detto magazzino venisse comunque utilizzato - bensì l'attribuzione della nota minima. Ne discendeva che il suo punteggio finale era ora di 459 punti, mentre il Consorzio 2 risultava primo in classifica con 471 punti. Sennonché, anche se la censura di quest'ultimo si è rivelata fondata, ciò non ha implicato però che l'appalto gli venisse attribuito. Infatti i giudici cantonali sono giunti alla conclusione che il Consorzio 2 doveva essere escluso perché non adempiva un criterio d'idoneità. Ricordato che il mancato ossequio da parte degli offerenti delle esigenze dell'art. 5 lett. a LCPubb che contempla, tra l'altro, l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, portava all'esclusione dal concorso, il Tribunale cantonale amministrativo ha osservato infatti che, nel caso concreto, all'offerta del Consorzio 2 avrebbe dovuto essere allegata una dichiarazione comprovante l'avvenuto pagamento dei contributi PEAN. Dato che questa attestazione non concerneva l'offerta in quanto tale, bensì l'idoneità generale del concorrente, la stessa poteva però ancora essere prodotta prima della scadenza del termine perentorio di 5 giorni assegnato dal committente per fornire i documenti mancanti. Nel caso di specie il Consorzio 2 si era limitato a fornire un'autodichiarazione, la quale - a torto - è stata ritenuta sufficiente dal committente. Ciò non era però permesso dall'art. 39 RLCPubb/CIAP, il quale esige la presentazione di un'attestazione rilasciata dall'autorità competente. Il documento esatto non essendo stato prodotto entro il termine assegnato a tal fine dal committente, l'offerta, incompleta, andava quindi esclusa, con conseguente riezione dell'impugnativa inoltrata dal Consorzio 2 e conferma dell'aggiudicazione dell'appalto al Consorzio 1. Da quanto teste esposto discende quindi che, nonostante la censura dinanzi ad essa evocata dal Consorzio 2 sia stata giudicata fondata, il Tribunale cantonale amministrativo, procedendo a una sostituzione di motivi, ha ciononostante respinto il gravame sottopostogli da costui - perché è giunto alla conclusione che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara - e ha confermato l'aggiudicazione al

Consorzio 1. Ora è vero che, come già giudicato dal Tribunale federale, l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali (disciplinato in concreto dai combinati artt. 5 lett. a LCPubb e 39 cpv. 1 e 2 RLCPubb/CIAP) è un'esigenza legale imposta a tutti i concorrenti, il cui mancato rispetto viene sanzionato con l'esclusione dall'aggiudicazione (cfr. art. 25 lett. c LCPubb), indipendentemente dal nesso esistente tra queste esigenze e la capacità del concorrente a potere realizzare l'appalto (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3aed. 2013, n. 582 pag. 250 seg.). In effetti, l'offerta del concorrente che non soddisfa queste esigenze legali dev'essere immediatamente esclusa (DTF 140 I 285 consid. 5.1). Senonché, nella presente fattispecie, per giungere a questa conclusione i giudici cantonali si sono basati su un argomento giuridico completamente nuovo, con il quale il Consorzio 2 qui ricorrente non poteva prevedere di essere confrontato. In effetti, come osservato dall'interessato senza essere contraddetto dalle altre parti, il committente aveva considerato che l'autodichiarazione presentatagli era sufficiente (la documentazione da esso fornita essendo stata definita " in ordine "), come peraltro avrebbe già fatto nell'ambito di un'altra gara alla quale aveva partecipato l'impresa consorziata G._____ Sagl. Ora la questione della portata dell'autodichiarazione è stata sollevata, tra altri quesiti, per la prima volta dal Consorzio 1, quando questi è stato chiamato ad esprimersi sul gravame inoltrato in sede cantonale dal Consorzio 2. In altre parole, si tratta di un'argomentazione inattesa e tutt'altro che evidente per il qui ricorrente, dato che concerne, come già accennato, l'apprezzamento di un documento accettato dal committente sia nell'ambito dell'attuale appalto che, come addotto dal ricorrente senza essere contraddetto, nell'ambito di un precedente appalto. In queste circostanze, il rispetto del diritto di essere sentito del Consorzio 2 imponeva al Tribunale cantonale amministrativo - intenzionato a basare il proprio giudizio su questo nuovo argomento - d'invitare esplicitamente l'interessato ad esprimersi previamente sulla questione. Infatti, ricordato che l'autorità ricorsuale cantonale rivede liberamente i fatti e il diritto (cfr. artt. 25 segg. e 31 della legge del 24 settembre 2013 sulla procedura amministrativa [LPAm; RL/TI 165.100]), essa doveva, trattandosi di un aspetto formale che il committente aveva da parte sua ritenuto soddisfatto, dare all'interessato la possibilità di dimostrare che adempiva le esigenze legali poiché ossequiava i suoi obblighi sociali e assegnargli a tal fine, se del caso, un nuovo termine per produrre ogni mezzo di prova utile. Non facendolo, la Corte cantonale ha disatteso il diritto di essere sentito del Consorzio 2 qui ricorrente. Ne segue che il ricorso, su questo punto fondato, dev'essere accolto e la sentenza impugnata dev'essere annullata. La natura formale dei diritti derivanti dall' art. 29 Cost. porta a questa conclusione a prescindere dall'esito che potrebbe avere il ricorso nel merito. La causa è pertanto rinviata al Tribunale cantonale amministrativo affinché garantisca il diritto di essere sentito al Consorzio 2 e statuisca indi nuovamente.

E. 4.4

Visto l'esito della vertenza si prescinde dall'esame delle ulteriori censure evocate dal Consorzio 2 qui ricorrente.

E. 5

Il rinvio della causa con esito aperto equivale a piena vittoria (DTF 141 V 281 consid. 11.1). Le spese giudiziarie seguono la soccombenza e sono poste, in parti uguali e con vincolo di solidarietà a carico degli oppONENTI, il Consorzio B._____ e il Consorzio C._____, composto dalla D._____ SA e dalla E._____ Sagl, debitorici solidali (art. 66 cpv. 1, 4 e 5 LTF). Essi verseranno anche, sempre con vincolo di solidarietà e in

ragione di metà ciascuno, al Consorzio A. _____ qui ricorrente una congrua indennità per ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.