

# BGer 2C 544/2023 vom 14. November 2023

Bundesgericht, 2023-11-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_544\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_544_2023)

FR: TF 2C 544/2023 du 14 novembre 2023

IT: TF 2C 544/2023 del 14 novembre 2023

## 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 ) nonché l'ammissibilità dei rimedi di diritto proposti ( DTF 146 II 276 consid. 1; 146 IV 185 consid. 2 e richiami).

#### E. 1.1

La sentenza querelata, emessa dal Tribunale amministrativo federale in applicazione della legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub; RS 172.056.1), è una decisione in materia di commesse pubbliche. Giusta l'art. 83 lett. f LTF, 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 di importanza fondamentale (cifra 1) o se il valore stimato della commessa non raggiunge il valore soglia determinante secondo la cifra 2 del citato disposto. Le due condizioni di ammissibilità indicate sono cumulative ( DTF 146 II 276 consid. 1.2). Incombe alla parte ricorrente dimostrarne l'esistenza ( art. 42 cpv. 2 LTF ), pena l'inammissibilità dell'impugnativa (sentenza 2C\_326/2021 del 24 giugno 2022 consid. 2.2), a meno che la questione di principio si imponga con evidenza ( DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 e riferimenti).

#### E. 1.2

Nel caso specifico l'offerta contestata dell'aggiudicataria ammontava a fr. 1'264'690.--; il valore soglia determinante previsto dalla legge è quindi manifestamente raggiunto (vedasi art. 52 cpv. 1 combinato con l'allegato 4 numero 2 LAPub).

#### E. 1.3

Occorre ancora appurare se sia data la questione di diritto d'importanza fondamentale esatta dall'art. 83 lett. f cifra 1 LTF la quale, per prassi costante, va ammessa in maniera restrittiva ( DTF 141 II 113 consid. 1.4; sentenza 2C\_913/2022 del 3 agosto 2023 consid. 1.2).

Affinché questo presupposto sia considerato realizzato non è sufficiente che il Tribunale federale non si sia mai pronunciato sul quesito posto; occorre che il problema giuridico sollevato sia suscettibile di ripresentarsi nei medesimi termini in altri casi analoghi, per cui la soluzione può servire di riferimento per la giurisprudenza. La questione aperta o controversa, che dev'essere inerente all'ambito degli acquisti pubblici, deve inoltre avere portata tale da richiedere un chiarimento da parte della più alta istanza federale ( DTF 141 II 113 consid. 1.4.1; sentenze 2C\_155/2021 e 2C\_157/2021 del 14 dicembre 2021 consid. 1.3.2, non pubblicato in DTF 148 II 106 ; 2C\_1060/2017 del 29 ottobre 2020 consid. 1.2

non pubblicato in DTF 147 II 264 e 2C\_913/2022 già citata consid. 1.3 e riferimenti). Quando si tratta unicamente di applicare al caso in esame i principi sviluppati dalla prassi, una questione di diritto fondamentale non è data (sentenza 2C\_326/2021 già citata consid. 2.3). Può però capitare che una questione già evasa da questa Corte costituisca una questione di diritto di importanza fondamentale: ciò è in particolare il caso quando la prassi non è chiara né costante o quando essa ha dato luogo a molte critiche da parte della dottrina (sentenza 2C\_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 2.2). Determinante è l'importanza generale dell'elemento querelato, che deve nondimeno essere di rilievo anche per il caso specifico, non rientrando tra i compiti del Tribunale federale di pronunciarsi su questioni giuridiche astratte (DTF 142 II 161 consid. 3; sentenza 2C\_326/2021 già citata consid. 2.3).

#### **E. 1.4**

La ricorrente osserva che nelle commesse concernenti importanti opere pubbliche, la loro dimensione e natura estremamente complesse spesso impongono, per lo stesso progetto, la pubblicazione di bandi di concorso distinti, come avvenuto in concreto. Può quindi capitare che gli offerenti che partecipano ai vari concorsi si vedano aggiudicare delle commesse nelle diverse gare. La ricorrente - unica altra offerente nel concorso del 4 febbraio 2022 - ravvisa pertanto una questione di diritto d'importanza fondamentale nella necessità di accertare il conflitto d'interessi tra offerenti ammessi ad una gara di appalto i cui organi responsabili sono contemporaneamente organi di altre imprese alle quali sono già state aggiudicate delle commesse nello stesso progetto.

#### **E. 1.5**

Nella fattispecie può rimanere irrisolta la questione di sapere se una simile argomentazione adempia le esigenze di motivazione poste dall' art. 42 cpv. 2 LTF : infatti in ogni caso è priva di pertinenza. Nel caso di specie, si è in presenza di un caso di applicazione della normativa determinante, cioè della legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub), in vigore del 1° gennaio 2021. Come rilevato nella sentenza impugnata, l' art. 11 LAPub , che fa propri i principi generali di cui all'art. IV dell'Accordo riveduto sugli appalti pubblici del 30 marzo 2012 (Accordo GATT 2012; RS 0.632.231.422), elenca l'insieme dei principi procedurali generali, tra di loro equivalenti, che il committente deve rispettare nell'aggiudicazione di commesse pubbliche. Giusta l' art. 11 lett. b LAPub combinato con l' art. 2 lett. b LAPub (vedasi anche il Preambolo e l'art. IV cifra 4 lett. b Accordo GATT 2012) il committente deve segnatamente adottare misure contro i conflitti di interesse. A tal fine la legge gli mette a disposizione diverse misure nonché prevede delle sanzioni (artt. 44 e 45 LAPub), ad esempio in caso di conflitto di interesse può essere decisa l'esclusione di un offerente. Come osservato dal Tribunale amministrativo federale, la tematica del conflitto di interesse ha un peso di rilievo nella LAPub (MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XI, 3a ed., 2020 n. 46a pag. 582; Messaggio del 15 febbraio 2017 concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici in FF 2017 1587, segn. 1.2.2. pag. 1603 nonché art. 11 lett. b pag. 1645). Va poi aggiunto che il concetto stesso del "conflitto di interesse" non ha una portata specifica nel regime giuridico del diritto degli appalti pubblici. E sapere se, in un caso concreto, si è in presenza di un tale conflitto rileva dell'applicazione dei sopramenzionati principi procedurali generali. Da quanto precede discende che la questione sollevata dalla ricorrente - la quale si riduce a chiedersi se un conflitto di interesse avrebbe dovuto essere constatato nell'ambito di importanti appalti pubblici federali - non ha quindi carattere di questione di diritto d'importanza fondamentale

ai sensi dell'art. 83 lett. f cifra 1 LTF, trattandosi in realtà di applicare il concetto generale del conflitto di interesse al caso di specie. Non essendo ossequiata la condizione esatta dall'art. 83 lett. f cifra 1 LTF, il ricorso in materia di diritto pubblico si rivela pertanto inammissibile.

## **E. 2**

Quanto alla via del ricorso sussidiario in materia costituzionale, dal momento che la sentenza impugnata emana dal Tribunale amministrativo federale, essa non entra in considerazione (art. 113 e contrario LTF).

## **E. 3**

Visto quanto precede sia il ricorso in materia di diritto pubblico che il ricorso sussidiario in materia costituzionale vanno dichiarati inammissibili in applicazione dell' art. 109 cpv. 1 LTF .

### **E. 4.1**

Dato l'esito del litigio, la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo si rivela priva d'oggetto.

### **E. 4.2**

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della ricorrente, la quale verserà alla B.\_\_\_\_\_ SA un'indennità ridotta per ripetibili della sede federale, siccome questa è stata invitata a esprimersi soltanto sulla misura provvisoria ( art. 68 cpv. 1 e 2 LTF ). Non si assegnano invece ripetibili alle Ferrovie federali svizzere FFS SA ( art. 68 cpv. 3 LTF ).

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