

## **BGer 2C\_748/2019 vom 21. Februar 2020**

Bundesgericht, 2020-02-21, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_748\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_748_2019)

FR: TF 2C\_748/2019 du 21 février 2020

IT: TF 2C\_748/2019 del 21 febbraio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione di causa la propria competenza ( art. 29 cpv. 1 LTF ), nonché l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti ( DTF 144 II 184 consid. 1 pag. 186; 143 IV 85 consid. 1.1 pag. 87 e rispettivi rinvii).

#### **E. 2**

La ricorrente ha presentato un ricorso in materia di diritto pubblico, da trattare in subordine quale ricorso sussidiario in materia costituzionale.

##### **E. 2.1**

In ambito di commesse pubbliche, il ricorso in materia di diritto pubblico è ammissibile solo alla duplice condizione che il valore dell'appalto raggiunga uno di quelli previsti dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF e, cumulativamente, che la fattispecie sollevi una questione di diritto di importanza fondamentale ai sensi dell'art. 83 lett. f n. 2 LTF ( DTF 141 II 353 consid. 1.2. pag. 360 seg. e riferimenti). Incombe alla parte ricorrente ( art. 42 cpv. 2 LTF ) dimostrare l'adempimento di queste due condizioni, pena l'inammissibilità dell'impugnativa ( DTF 141 II 14 consid. 1.2.2.1 pag. 21 e richiami), a meno che la questione di principio si imponga con evidenza ( DTF 141 II 353 consid. 1.2. pag. 360 seg. e rinvii).

##### **E. 2.2**

L'esistenza di una questione di diritto d'importanza fondamentale, apprezzata in funzione del contenuto della controversia sottoposta al Tribunale federale, va ammessa in modo restrittivo ( DTF 141 II 113 consid. 1.4 pag. 118 e rinvii). Per ritenere adempiuto il presupposto dell'art. 83 lett. f n. 2 LTF non basta che il Tribunale federale non si sia mai pronunciato sulla problematica sottopostagli; occorre piuttosto che il problema giuridico sollevato sia suscettibile di ripresentarsi in svariati casi analoghi, per cui la sua soluzione può fungere da riferimento per la prassi. La questione giuridica aperta o controversa, che deve concernere gli acquisti pubblici ( DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 pag. 119 e riferimenti; sentenza 2C\_6/2016 del 18 luglio 2016 consid. 1.4.1 non pubblicato in DTF 142 II 369 ), deve inoltre dare luogo ad un'incertezza qualificata, che richiede in maniera impellente un chiarimento da parte del Tribunale federale quale autorità giudiziaria suprema incaricata di assicurare un'interpretazione uniforme del diritto federale ( DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 pag. 118 seg. e rinvii).

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\_6/2016 citata consid. 1.4.1 e richiami, non pubblicato in DTF 142 II 369 ). Viceversa può accadere che una questione già risolta dal Tribunale federale

costituisca una questione di diritto d'importanza fondamentale: ciò è il caso segnatamente quando la giurisprudenza al riguardo non sia chiara né costante oppure quando essa abbia dato luogo a molte critiche da parte della dottrina ( DTF 141 II 14 consid. 1.2.2.1 pag. 21, 113 consid. 1.4.1 pag. 118 seg.). Determinante è l'importanza generale dell'elemento litigioso (sentenza 2C\_445/2017 del 9 giugno 2017 consid. 2. 3 e rinvii), 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 pag. 173; sentenza 2C\_409/2015 del 28 settembre 2015 consid. 1.4).

### **E. 2.3**

Nel concreto caso, la questione che la ricorrente sottopone al Tribunale federale ha il seguente tenore:

"Può l'autorità cantonale di ricorso esprimersi nel merito di un'aggiudicazione di una commessa pubblica, nonostante abbia confermato l'estromissione della ricorrente e la conseguente mancanza di legittimazione a ricorrere?"

In sintesi, la ricorrente ritiene che, annullando la delibera del committente a seguito di un ricorso presentato da un offerente che non avrebbe comunque potuto legittimamente ambire all'aggiudicazione della commessa, il Tribunale amministrativo cantonale avrebbe confermato di attenersi da tempo ad una prassi che non è più conforme alla giurisprudenza resa nella sentenza pubblicata in DTF 141 II 14 , con la quale il Tribunale federale ha stabilito che la legittimazione a ricorrere degli offerenti scartati presuppone anche la loro idoneità ad ottenere l'aggiudicazione. Ora, la questione sollevata dalla ricorrente rileva manifestamente dell'applicazione concreta dei principi generali sviluppati appunto in quel frangente dal Tribunale federale e con i quali la prassi si è già ripetutamente confrontata: la loro applicazione ad una fattispecie particolare dipende in larga parte dal caso specifico e non richiede un ulteriore chiarimento generale. Non si è invece in presenza di un caso nel quale la questione di diritto d'importanza fondamentale va ammessa poiché i motivi per i quali l'autorità precedente si è scientemente discostata dalla giurisprudenza del Tribunale impongono che questa Corte esamini se detta prassi debba essere confermata o invalidata (sentenza 2C\_286/2019 del 9 aprile 2019 consid. 2.1 in fine con rinvii giurisprudenziali e dottrinali).

### **E. 2.4**

Ne consegue che il ricorso in materia di diritto pubblico risulta inammissibile, a prescindere dal fatto che la commessa in questione superi ampiamente i valori soglia fissati dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF i quali, per le commesse di prestazioni di servizi, corrispondono a fr. 230'000.-- (vedasi art. 6 cpv. 1 lett. b della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 [LAPub; RS 172.056]).

### **E. 3.1**

Interposto tempestivamente (art. 117 in relazione con l' art. 100 cpv. 1 LTF ) contro una decisione finale ( art. 117 e art. 90 LTF ) pronunciata da un'autorità cantonale di ultima istanza con natura di tribunale superiore (art. 114 combinato con l'art. 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). La ricorrente, che in sede cantonale si è vista annullare dal Tribunale cantonale amministrativo la delibera delle opere litigiose, oltre ad aver partecipato alla procedura dinnanzi all'autorità precedente, è quindi legittimata ad invocare una violazione del principio del divieto dell'arbitrio (sentenze 2D\_6/2019 dell'11 luglio 2019 consid. 1.2 e 2D\_21/2018 del 19 febbraio 2019 consid. 2 con rinvii; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, 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 135 III 232 consid. 1.2 pag. 234; 134 I 23 consid. 6.1 pag. 31 seg.; 134 II 244 consid. 2.2 pag. 246 e rispettivi rinvii). Nell'ambito delle commesse pubbliche può segnatamente essere censurata un'applicazione arbitraria del diritto degli acquisti pubblici, poiché gli offerenti hanno un interesse giuridicamente protetto a che la corrispondente legislazione venga rispettata ( DTF 125 II 86 consid. 4 pag. 95 seg.; sentenza 2C\_459/2017 del 9 marzo 2018 consid. 2).

### **E. 4.1**

Come illustrato in precedenza, oggetto di disamina è la decisione con la quale il Tribunale cantonale amministrativo ha parzialmente accolto il ricorso dell'offerente esclusa, pur avendone constatato la legittima estromissione, ed ha pronunciato l'annullamento dell'aggiudicazione. In sostanza, la ricorrente ritiene che la decisione dei giudici cantonali di entrare nel merito delle censure sollevate dalla concorrente estromessa dalla gara - e quindi non legittimata ad agire contro l'aggiudicataria - sarebbe arbitraria poiché costituirebbe una crassa violazione delle regole in materia di determinazione della legittimazione ricorsuale a livello cantonale ed in particolare la giurisprudenza chiara stabilita dal Tribunale federale con la DTF 141 II 14 (la cosiddetta

Ceneri-Praxis ), la quale, come rileva anche il committente, non lascerebbe spazio a prassi più generosa come quella conosciuta dal Tribunale cantonale amministrativo.

### **E. 4.2**

Conformemente alla prassi, la legittimazione attiva ai sensi dell' art. 48 PA , il cui tenore corrisponde a quello di molte disposizioni di diritto cantonale processuale (in particolare all'art. 65 cpv. 1 della legge ticinese sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013 [LPAm; RL/TI 165.100]) e all' art. 89 cpv. 1 LTF , dev'essere riconosciuta a chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo (lett. a), è particolarmente toccato dalla decisione impugnata (lett. b) e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa (lett. c). L'interesse degno di protezione consiste nel vantaggio pratico che deriva al ricorrente se vince il ricorso, modificando così direttamente la propria situazione fattuale o giuridica ( DTF 141 II 14 consid. 4.4 pag. 29 seg. e riferimenti; FRANÇOIS BELLANGER, La qualité pour recourir, in: Le contentieux administratif, 2013, pag. 119 seg.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI,

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3aed. 2013, pag. 330 n. 944). Il ricorso non serve pertanto a controllare in astratto la legalità oggettiva dell'attività dello Stato, bensì piuttosto a procurare un vantaggio pratico effettivo al ricorrente. Il semplice obiettivo consistente nel privare la parte avversa di un vantaggio considerato indebito non è sufficiente per conferire la qualità per ricorrere, se questo obiettivo non è nel contempo collegato ad un interesse proprio e degno di protezione del ricorrente ( DTF 141 II 14 consid. 4.4 e 4.5 pag. 29 seg. con rinvii alla dottrina). Il confine rispetto all'actio popularis o alla procedura di denuncia all'autorità di vigilanza, che non conferisce al segnalante la qualità di parte, va tracciato secondo buon senso e in maniera pragmatica, specificatamente per ogni ambito giuridico ( DTF 139 II 279 consid. 2.2 e 2.3 pag. 282 seg.). Così, ad esempio, in materia di diritto della concorrenza, questa Corte ha stabilito che il ricorso di un concorrente è ammissibile nella misura in cui egli faccia valere che altri concorrenti abbiano beneficiato di privilegi, ritenuto che il mero interesse generale dei concorrenti all'applicazione corretta delle disposizioni legali nei confronti di tutti gli attori economici, in assenza di disposizioni protettive speciali, non fonda alcuna legittimazione a ricorrere, in particolare non a favore del concorrente che si preoccupa di impedire che un terzo possa accedere ai vantaggi di cui lui stesso beneficia ( DTF 139 II 328 consid. 3.3 e 3.4 pag. 333 seg. e richiami).

#### **E. 4.3**

Trattandosi della legittimazione ricorsuale dei concorrenti nelle procedure di appalto, nella DTF 141 II 14 segg., cui fanno riferimento anche la ricorrente e la committente, il Tribunale federale ha stabilito che un offerente estromesso dalla gara non ha un interesse degno di protezione a ricorrere se, in caso di accoglimento del suo ricorso, non può vedersi attribuire la commessa. Altrimenti detto se l'offerente estromesso non ha un'effettiva possibilità di ottenere la commessa - quesito che dev'essere esaminato prima di ammettere la qualità per agire ( DTF 141 II 14 consid. 4.8 pag. 33) - egli non è legittimato ad impugnare l'aggiudicazione a favore di un altro concorrente né a chiedere che la delibera avvenga in suo favore ( DTF 141 II 14 consid. 4.7 pag. 31 segg. e consid. 5.1 pag. 33 seg.). La legittimazione ricorsuale gli viene invece riconosciuta se domanda che venga indetto un nuovo concorso, dopo che la procedura sia stata invalidata. In tale caso egli può infatti partecipare al nuovo concorso e presentare una nuova offerta e possiede quindi un'effettiva possibilità di ottenere la commessa ( DTF 141 II 14 consid. 4.7 pag. 31 segg.).

Condivisa da una parte della dottrina (vedasi LUKAS WIDMER, in ZBl 2015 pag. 263 segg.), la DTF 141 II 14 è invece criticata da altri autori (cfr. MARTIN BEYELER, in: BR/DC 4/2015 pag. 215 segg., appoggiato da PETER RECHSTEINER, Zwei Zuschläge der Alp-Transit Gotthard AG und ein Bundesgerichtsentscheid [BGE 141 II 14] mit grossen Folgen, in: Juristische Festschrift zur Eröffnung des Gotthard-Basistunnels 2016, 2016, pag. 115 segg. nonché pag. 131). Sapere se queste critiche siano fondate o meno è una questione che può rimanere aperta in questa sede. In effetti, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, supportata dall'ente aggiudicatore, il ragionamento dei giudici cantonali non può essere considerato né arbitrario né in contrasto con la giurisprudenza nella DTF 141 II 14 , per le seguenti ragioni.

#### **E. 4.4**

Innanzitutto, va sottolineato che il Tribunale cantonale amministrativo (cfr. sentenza impugnata pag. 6 consid. 1.1) ha rilevato che la ricorrente era senz'altro legittimata a

contestare la sua estromissione dalla procedura, mentre la facoltà di contestare l'aggiudicazione della commessa all'altro concorrente avrebbe potuto esserle

"riconosciuta solo in caso di accoglimento del ricorso diretto contro la decisione di esclusione (...) " , dimostrando così di attenersi al principio instaurato dalla cosiddetta

Ceneri-Praxis . Se poi i giudici ticinesi hanno decretato anche l'estromissione dell'aggiudicatario dal concorso, è perché, applicando il principio fondamentale della parità di trattamento ( art. 8 Cost. fed.) che caratterizza anche il diritto delle commesse pubbliche, hanno constatato che, a quelle condizioni, la decisione di esclusione (e non quella di aggiudicazione) sarebbe per finire risultata discriminatoria, ritenuto che nemmeno l'aggiudicatario aveva rispettato le specifiche tecniche in relazione all'autonomia della batteria dei monitor. È del resto indiscutibile che l'adempimento della precisa condizione tecnica di gara non lasciava spazio all'apprezzamento del committente (cfr. sentenza impugnata pag. 9 consid. 4.2) e che, trattandosi di apparecchi destinati alle unità ospedaliere appartenenti all'area critica (medicina intensiva, urgenze, ecc.), un'aggiudicazione conforme alle specifiche tecniche richieste nel bando rispondeva ad un interesse pubblico che non poteva certamente essere ignorato dall'istanza precedente.

#### **E. 4.5**

Nell'apprezzamento globale della soluzione difesa dai giudici cantonali, va infine tenuto in considerazione anche il fatto che in definitiva l'esclusione della C. \_\_\_\_\_ AG è stata pronunciata sulla base di un argomento - l'insufficiente autonomia delle batterie dei monitor - che la qui ricorrente aveva sollevato nelle proprie determinazioni (cfr. risposta del 14 marzo 2019 pag. 5 seg.; duplice del 3 maggio 2019 pag. 6 seg.; sentenza impugnata pag. 9). Ora, pretendere che il Tribunale cantonale amministrativo consideri tale motivo di esclusione soltanto per l'offerente estromesso, senza lasciarselo imputare dopo averlo lei stessa censurato, è un comportamento che contrasta palesemente con il principio della buona fede processuale e che la Corte cantonale non avrebbe comunque potuto tutelare.

#### **E. 4.6**

Da quel che precede, discende che la decisione impugnata non appare manifestamente insostenibile, né gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico indiscusso, in particolare della giurisprudenza instaurata con la DTF 141 II 14 e, di conseguenza, arbitraria. Al contrario, l'argomentazione della Corte cantonale è del tutto difendibile, per cui le censure formulate dalla ricorrente vanno quindi respinte.

#### **E. 5**

Visto quanto precede il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile, mentre il ricorso sussidiario in materia costituzionale dev'essere respinto. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza ( art. 66 cpv. 1 LTF ). Non si assegnano ripetibili ad autorità vincenti ( art. 68 cpv. 3 LTF ).

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