

BGer 2C_913/2022 vom 3. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_913_2022

FR: TF 2C_913/2022 du 3 août 2023

IT: TF 2C_913/2022 del 3 agosto 2023

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la propria competenza (art. 29 cpv. 1 LTF) e l'ammissibilità dei rimedi di diritto proposti (DTF 143 IV 85 consid. 1.1).

E. 1.1

Il giudizio della Corte cantonale, impugnato da tutti i membri del consorzio A. _____ quale società semplice ai sensi dell' art. 530 CO , costituisce una decisione in ambito di acquisti pubblici. 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 (art. 83 lett. f cifra 1) o se il valore stimato della commessa non raggiunge il valore soglia determinante secondo l'art. 52 cpv. 1 in combinato disposto con l'allegato 4 numero 2 della legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub; RS 172.056.1; art. 83 lett. f cifra 2). Le due condizioni di ammissibilità, indicate e contrario dalla legge, sono cumulative (DTF 146 II 276 consid. 1.2).

Quando le condizioni di ammissibilità non sono adempiute, resta da verificare se sia aperta la via del ricorso subsidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF ; sentenza 2C_155/2021 e 157/2021 del 14 dicembre 2021 consid. 1.3.1, non pubblicato in DTF 148 II 106).

E. 1.2

Nella fattispecie, dato che entro il termine prestabilito sono pervenute al committente offerte per importi compresi tra [...] e [...], il valore soglia determinante previsto dalla legge è manifestamente raggiunto (al riguardo, cfr. l'art. 52 cpv. 1 in relazione con l'allegato 4 numero 2 LAPub e contrario).

E. 1.3

Resta da verificare l'esistenza di una questione di diritto di importanza fondamentale ai sensi dell'art. 83 lett. f cifra 1 LTF, che per giurisprudenza va ammessa in maniera restrittiva (DTF 141 II 113 consid. 1.4; sentenza 2C_176/2021 del 7 aprile 2022 consid. 1.2).

Per ritenere adempiuto questo presupposto non basta infatti che il Tribunale federale non si sia mai pronunciato sulla domanda posta, ma occorre che il problema giuridico sollevato sia suscettibile di ripresentarsi nei medesimi termini in svariati casi analoghi, per cui la sua soluzione può fungere da riferimento per la prassi. La questione aperta o controversa, che dev'essere inerente al regime giuridico in materia di acquisti pubblici, deve inoltre avere portata tale da richiedere un chiarimento del Tribunale federale (sentenza 2C_155/2021 e 157/2021 del 14 dicembre 2021 consid. 1.3.2, non pubblicato in DTF 148 II 106).

Quando si tratta unicamente di applicare al caso concreto i principi sviluppati dalla giurisprudenza, una questione di diritto di importanza fondamentale non è data (sentenza 2C_748/2019 del 21 febbraio 2020 consid. 2.2). Può però anche accadere che una questione già risolta dal Tribunale federale costituisca una questione di diritto di importanza fondamentale: ciò è il caso segnatamente quando la giurisprudenza 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 litigioso, che deve nondimeno avere rilievo anche per il caso specifico, non rientrando tra le competenze del Tribunale federale la pronuncia su questioni astratte (DTF 142 II 161 consid. 3; sentenza 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 2.2). Se il ricorso interposto solleva una questione di principio, l'esame del Tribunale federale nell'ambito del ricorso di diritto pubblico non si limita ad essa ma si estende a tutto il gravame (sentenza 2C_155/2021 e 157/2021 del 14 dicembre 2021 consid. 1.3.2, non pubblicato in DTF 148 II 106).

E. 1.4

Ora, secondo le insorgenti la questione di diritto di importanza fondamentale è se "in fase di verifica dell'offerta la stazione appaltante possa chiedere di completare una referenza atta a dimostrare l'idoneità (competenze specifiche) di un offerente", su un aspetto che sarebbe secondario.

Una questione di diritto di importanza fondamentale non è tuttavia data. Come indicato ancora di recente, nella sentenza 2C_964/2020 del 25 agosto 2021, relativa ad un caso ticinese, il Tribunale federale ha infatti già esaminato a più riprese le condizioni e gli effetti della facoltà del committente di chiedere spiegazioni o complementi d'informazione agli offerenti, sottolineando in particolare sia la necessità di distinguere in base all'importanza delle informazioni mancanti, sia il rilievo, in tale frangente, del principio della parità di trattamento tra i concorrenti, (DTF 141 II 353 consid. 8.2; sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 1.1.3; 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3; 2D_45/2016 del 10 luglio 2017 consid. 5.1; 2C_384/2016 del 6 marzo 2017 consid. 1.2 e 2.3 non pubblicati in DTF 143 I 177). Nel seguito, si tratta solo di applicare questi principi al singolo caso (sentenza 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 1.1.3).

E. 1.5

Dato che le ricorrenti partono a torto dal presupposto che non vi sia prassi in merito alla domanda formulata e, d'altra parte, che esse non fanno valere altre questioni giuridiche di importanza fondamentale oltre a quella di cui si è detto, il ricorso in materia di diritto pubblico è pertanto inammissibile, nonostante il raggiungimento dei valori soglia richiesti dall'art. 83 lett. f cifra 2 LTF (precedente consid. 1.2). L'esistenza di una simile questione non appare infatti nemmeno immediatamente evidente, sì che il Tribunale federale ne debba tenere conto d'ufficio (DTF 141 II 353 consid. 1.2; 140 I 285 consid. 1.1.2).

E. 1.6

Presentato nei termini (art. 100 cpv. 1 in relazione con l' art. 117 LTF) contro una decisione pronunciata da un'autorità cantonale di ultima istanza con natura di tribunale superiore (art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 114 LTF), il gravame è per contro di principio proponibile come ricorso sussidiario in materia costituzionale.

In effetti, nella misura in cui dai considerandi della decisione del Tribunale amministrativo ticinese risulta che le ditte componenti il consorzio A. _____ vanno escluse dalla gara, il giudizio impugnato costituisce una decisione parziale finale (art. 90 in relazione con l' art. 117 LTF ; DTF 141 II 14 consid. 1.1), contro la quale le stesse dispongono di un interesse giuridicamente protetto ad insorgere (art. 115 LTF ; sentenza 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 3.2).

E. 1.7

Per quanto, oltre alle critiche relative alla loro esclusione, le insorgenti formulino censure anche contro la mancata esclusione delle opponenti e la decisione di rinviare la causa al committente per nuovi accertamenti e nuova aggiudicazione tra le concorrenti rimaste in gara, le condizioni per entrare in materia non sono invece date, perché manca un interesse giuridicamente protetto a ricorrere (art. 115 LTF).

E. 1.7.1

Nel caso le critiche relative all'esclusione delle ricorrenti dovessero essere fondate, l'originaria aggiudicazione andrebbe infatti ripristinata e il ricorso accolto, senza necessità di esprimersi sull'offerta delle opponenti, ed anche la parte del giudizio impugnato contenente la decisione di rinvio all'istanza inferiore verrebbe a cadere.

E. 1.7.2

Per contro, se le censure relative all'esclusione delle insorgenti non fossero fondate, ciò comporterebbe la definitiva esclusione dal concorso di queste ultime, privandole di qualsiasi interesse giuridico al prosieguo della procedura (DTF 141 II 14 consid. 4.8, in cui bastava per altro solo un interesse di fatto; sentenze 2C_29/2022 del 6 maggio 2022 consid. 1.5.2; 2C_984/2012 del 21 marzo 2013 consid. 1.3; 2C_198/2010 del 30 aprile 2010 consid. 8). Nel contempo occorre considerare che, nella misura in cui non concerne l'esclusione delle ricorrenti, la sentenza impugnata costituisce una mera decisione di rinvio, impugnabile davanti al Tribunale federale solo in presenza delle condizioni previste dall' art. 93 cpv. 1 LTF . Riguardo al rispetto di queste condizioni in relazione alla decisione di rinvio, che va dimostrato, le insorgenti tuttavia non si esprimono (DTF 138 III 46 consid. 1.2).

E. 1.7.3

Nella misura in cui il ricorso miri anche all'annullamento della decisione incidentale di rinvio, in modo indipendente dall'esito positivo della procedura relativa alla decisione (parziale finale) di esclusione dell'offerta del consorzio A. _____, esso è quindi inammissibile.

E. 2.1

Con il ricorso sussidiario in materia costituzionale è possibile censurare soltanto la violazione dei diritti costituzionali (art. 116 LTF), il cui rispetto non è esaminato d'ufficio (art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 117 LTF). Chi ricorre deve spiegare in modo dettagliato, alla luce dei considerandi della sentenza impugnata, quali diritti costituzionali sarebbero stati violati (DTF 144 II 313 consid. 5.1).

Nell'ambito delle commesse pubbliche è esclusa la semplice censura relativa ad una scorretta applicazione del diritto cantonale o intercantonale; di conseguenza, esclusa è anche la possibilità di denunciare la violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento degli offerenti, che sottendono a tali normative, perché non hanno rango di

garanzia costituzionale autonoma (sentenze 2C_296/2022 del 22 marzo 2023 consid. 2.1; 2D_16/2021 del 17 agosto 2021 consid. 2.1). È per contro possibile censurare un'applicazione arbitraria (art. 9 Cost.) o altrimenti lesiva di un diritto costituzionale del diritto cantonale e/ o intercantonale degli acquisti pubblici (sentenze 2C_296/2022 del 22 marzo 2023 consid. 2.1; 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 3.3; 2C_825/2018 del 2 marzo 2021 consid. 4.2).

E. 2.2

Per quanto concerne i fatti, il Tribunale federale fonda il proprio ragionamento giuridico sugli accertamenti svolti dall'autorità inferiore (art. 118 cpv. 1 LTF). Esso può scostarsene solo se sono stati eseguiti in violazione di un diritto costituzionale (art. 118 cpv. 2 in relazione con l' art. 116 LTF), ciò che la parte ricorrente deve dimostrare in modo dettagliato, nel rispetto delle qualificate esigenze di motivazione richieste dall'art. 106 cpv. 2 (cui rinvia l' art. 117 LTF).

Se questo non avviene, il Tribunale federale non può tener conto di uno stato di fatto divergente da quello esposto nella sentenza impugnata (sentenza 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 3.5).

E. 2.3

Le critiche delle insorgenti rispettano i requisiti di motivazione solo parzialmente; per quanto li disattendano (ad esempio, perché si esauriscono nel richiamo a semplici articoli di legge senza sostenerne rispettivamente dimostrarne un'applicazione contraria a un diritto fondamentale), sfuggono pertanto a un esame del Tribunale federale (art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 117 LTF).

Dato che non vengono messi in discussione, attraverso una critica che ne dimostri un accertamento arbitrario (art. 9 Cost.) o altrimenti contrario a un diritto costituzionale (come, ad esempio, il diritto di essere sentiti giusta l' art. 29 cpv. 2 Cost.), i fatti che emergono dal giudizio impugnato vincolano inoltre il Tribunale federale (art. 118 cpv. 1 LTF).

E. 3.1

Con le risposte presentate davanti al Tribunale amministrativo ticinese è stato tra l'altro eccipito che la procura acclusa all'impugnativa introdotta in sede cantonale (doc. N) era stata sottoscritta soltanto dalla ditta capofila (K._____ AG) e che ciò non bastava per legittimare un ricorso da parte di tutti i membri del consorzio che si era classificato secondo in graduatoria (giudizio impugnato, consid. D).

Constatato che con la replica le insorgenti avevano prodotto una procura rilasciata dalle altre ditte componenti il consorzio (L._____ SA, M._____ AG, N._____ SA e O._____ SA) in favore della capofila (K._____ AG) e del patrocinatore (doc. P), la Corte cantonale ha però considerato che il vizio era stato sanato, indicando nel contempo che dichiarare il ricorso irricevibile - senza dare possibilità di rimediare alla mancanza riscontrata, come richiesto in risposta - avrebbe comportato una lesione del divieto del formalismo eccessivo (giudizio impugnato, consid. 1.1).

E. 3.2

Le insorgenti non concordano però con la conclusione secondo cui il vizio relativo alla procura sia stato sanato, che considerano arbitraria (art. 9 Cost.).

E. 3.2.1

Ritenuto che dalla prima procura prodotta (doc. N) risulta che il legale che ha redatto il ricorso è stato incaricato soltanto dalla K. _____ AG, non anche dalle altre ditte componenti il consorzio, ammettere che il vizio venga sanato comporterebbe infatti una grave lesione sia dell' art. 530 CO che delle norme del bando di concorso, che non abilitavano il capofila a presentare un ricorso a nome di tutti i membri del gruppo sulla base del solo atto costitutivo del consorzio.

E. 3.2.2

Nel contempo, l'arbitrio sarebbe dato anche per un secondo motivo, ovvero in ragione del fatto che il doc. P, prodotto con la replica, conferisce alla capofila una rappresentanza in sede ricorsuale, mentre in base alle disposizioni che regolano il concorso, questa possibilità sarebbe espressamente esclusa.

E. 3.3

Una decisione è arbitraria (art. 9 Cost.) 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 con il sentimento di giustizia ed equità. La decisione 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; 144 I 170 consid. 7.3).

Una violazione del divieto d'arbitrio non viene tuttavia dimostrata, con nessuna delle due argomentazioni proposte.

E. 3.3.1

In effetti, come risulta dal giudizio querelato (ivi, consid. 1.2) e come per altro indicato anche nell'impugnativa, il ricorso al Tribunale amministrativo ticinese non è stato inoltrato soltanto a nome della ditta capofila, in rappresentanza dell'intero consorzio, bensì a nome di tutte le ditte componenti il consorzio.

Pertanto, la Corte cantonale era anche legittimata - senza con ciò commettere arbitrio alcuno - a considerare che la questione determinante non era tanto quella a sapere se la capofila avesse mantenuto il potere di rappresentanza pure in sede di ricorso, ma piuttosto quella relativa alla verifica che il legale agiva effettivamente anche a nome di tutte le altre ditte componenti il consorzio, per le quali una valida procura non era stata fino a quel momento prodotta.

E. 3.3.2

D'altra parte, il doc. P, allegato alla replica, non contiene unicamente una procura in favore della ditta K. _____ AG, ma include un'esplicita conferma del conferimento del mandato di rappresentanza all'avv. Abate da parte di tutte le ditte componenti il consorzio, ed è stato sottoscritto da tutte e quattro le ditte per le quali una procura ancora mancava (L. _____ SA, M. _____ AG, N. _____ SA e O. _____ SA).

Di conseguenza, una violazione dell' art. 9 Cost. è a priori esclusa pure in relazione ad un'eventuale mancata presa in considerazione del fatto che le condizioni d'appalto vieterebbero in ogni caso la facoltà di concedere alla capofila il potere di rappresentare gli altri membri del consorzio. Il tenore del doc. P, con il quale le ricorrenti si confrontano solo

sommariamente, permetteva infatti anche di concludere - in maniera del tutto sostenibile - che il mandato all'avv. Abate fosse stato conferito direttamente pure da tutte le altre società componenti il consorzio (L. _____ SA, M. _____ AG, N. _____ SA e O. _____ SA) e non solo indirettamente, attraverso il conferimento della rappresentanza alla K. _____ AG. Infine, non può nemmeno sfuggire che, nel suo giudizio, la Corte cantonale ha fatto espresso rinvio anche al divieto del formalismo eccessivo, ma che pure riguardo a tale aspetto il ricorso è silente.

E. 4.1

Le insorgenti lamentano violazioni del divieto d'arbitrio anche nel merito, in relazione alla constatazione dell'illecita modifica della loro offerta, consistente nella presentazione di due nuove referenze, in sostituzione di una referenza non idonea che era stata allegata in origine in relazione alla persona di R. _____, designato quale specialista degli impianti di manutenzione ferroviaria (precedente consid. B.b).

La critica relativa all'errata referenza presentata con l'offerta, sollevata davanti all'istanza cantonale con la replica, era stata infatti contrastata in duplice, indicando che la questione era stata nel frattempo risolta, perché la referenza contenuta nell'offerta era stata sostituita, su richiesta del 14 marzo 2022 del committente (doc. 8), e ciò aveva portato in triplice anche a una denuncia di un simile agire (giudizio impugnato, consid. F, G e 5.1), che la Corte cantonale ha infine sanzionato, procedendo all'esclusione dell'offerta modificata.

E. 4.1.1

Per le ricorrenti, una prima violazione dell' art. 9 Cost. sarebbe stata commessa nell'aver constatato una modifica dell'offerta originaria, in quanto non sono cambiate "né la squadra dei progettisti, né le ore offerte, né tantomeno la tariffa oraria" ed averla sanzionata in applicazione del principio dell'immutabilità delle offerte.

E. 4.1.2

Una seconda lesione dell' art. 9 Cost. sarebbe invece data in ragione del fatto che la Corte cantonale avrebbe sostituito il proprio apprezzamento a quello dell'ente appaltante il quale, muovendosi nei limiti del suo esteso potere di apprezzamento, aveva pure la facoltà di chiedere spiegazioni o complementi d'informazione agli offerenti.

E. 4.2

Dal divieto di procedere a negoziazioni sancito dall'art. 11 lett. c CIAP, viene tra l'altro dedotto il principio dell'intangibilità dell'offerta alla scadenza del termine per il suo inoltro ("principe de l'intangibilité de l'offre"; "Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote"). In base ad esso, dopo il suo deposito un'offerta non può essere né modificata, né completata, né corretta e dev'essere valutata solo sulla base del dossier che l'accompagna (DFT 141 II 353 consid. 8.2.2; sentenza 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1; JEAN-MICHEL BRAHIER, Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation, in: *Marchés Publics* 2018, pag. 279). La rettifica di errori aritmetici è però permessa (art. 42 cpv. 3 del regolamento del 12 settembre 2006 di applicazione della legge ticinese sulle commesse pubbliche e del concordato sugli appalti pubblici [RLCPubb/CIAP; RL/TI 730.110]). Inoltre, il committente ha una facoltà d'indagine, che si traduce nel diritto di chiedere all'offerente l'analisi di determinati elementi dell'offerta, assegnandogli un termine per provvedervi (art. 43 RLCPubb/CIAP).

La distinzione tra correzione di errori e chiarificazione dell'offerta (ammissibili) o modifica della stessa, contraria al principio dell'intangibilità dedotto dall'art. 11 lett. c CIAP, può rivelarsi delicata (DTF 141 II 353 consid. 8.2.2; sentenza 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1). Per questa ragione, le discussioni tra offerente e committente devono essere verbalizzate (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, pag. 314). Attraverso una domanda di chiarificazione al concorrente, il committente non può in particolare ottenere la modifica della sua offerta, quando essa non rispetta le condizioni previste dal capitolato d'oneri (BRAHIER, op. cit., pag. 292). In tale contesto, si tratta infatti di impedire comportamenti atti a risvegliare il sospetto che determinati concorrenti beneficino di indebiti vantaggi (sentenza 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Schulthess 2004, pag. 224).

E. 4.3

In materia di commesse pubbliche, l'autorità giudiziaria cantonale esamina liberamente se il committente ha applicato in modo corretto la legislazione determinante. Quando il diritto materiale lascia a quest'ultimo un ampio potere di apprezzamento, ciò che è il caso anche nella fase di valutazione e di confronto delle offerte (DTF 141 II 353 consid. 3), il giudice deve tuttavia badare a non interferire indebitamente nella libertà di decisione del committente. Riguardo all'aggiudicazione di una commessa pubblica, l'autorità giudiziaria non deve infatti sostituire il proprio potere di apprezzamento a quello dell'ente appaltante, perché se lo fa adotta un giudizio di opportunità, violando l' art. 16 cpv. 2 CIAP (DTF 141 II 353 consid. 3; 141 II 14 consid. 2.3; sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 3.1; 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.3). In un ambito in cui il committente gode di potere di apprezzamento, l'istanza di ricorso cantonale può quindi intervenire solo in presenza di un abuso o di un eccesso di tale potere, ciò che può essere equiparato ad un controllo d'arbitrio (DTF 141 II 353 consid. 3; sentenza 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 3.1).

Davanti a un ricorso subsidiario in materia costituzionale, il Tribunale federale deve a sua volta verificare se la Corte cantonale abbia fatto uso del proprio potere d'esame in maniera sostenibile, ciò che si traduce di nuovo in un controllo limitato all'arbitrio. In questo contesto, esso evita però la cosiddetta duplice limitazione del potere di esame (

"Willkür im Quadrat"; "arbitraire au carré") e verifica liberamente se i Giudici cantonali hanno applicato la nozione di arbitrio in modo corretto (sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 3.1; 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.1; 2C_825/2018 del 2 marzo 2021 consid. 8.2; 2D_35/2017 del 5 aprile 2018 consid. 5.1).

E. 4.4

In merito allo specialista degli impianti di manutenzione dei veicoli ferroviari (MF) le condizioni d'appalto (cifra 3.2.7; precedente consid. A.b) richiedevano sia l'indicazione di una persona e dei dati ad essa relativi (anno di nascita, diploma, esperienza in anni, ecc.) sia quella di un progetto di riferimento, cui andavano accompagnate - in un'apposita tabella - informazioni sul progetto stesso e informazioni sul ruolo dello specialista nella sua concretizzazione.

In parallelo, all'offerente veniva domandato di "spiegare per quale motivo questo oggetto di riferimento rappresenta un esempio particolarmente adatto per dimostrare la competenza relativa al mandato e l'efficienza della persona chiave", con facoltà di accludere "testi,

fotografie e disegni per un massimo di due pagine formato A4" (doc. 10 accluso alla duplica presentata in sede cantonale per contrastare le critiche di replica; giudizio impugnato, consid. G).

E. 4.5

Nella fattispecie, è incontestato che, oltre al nome di R. _____, con la loro offerta originaria le ricorrenti hanno indicato un progetto [...] che non aveva nulla a che vedere con il ruolo di specialista di impianti di manutenzione ferroviaria previsto dalle condizioni d'appalto. Altrettanto incontestato è che - con lettera del 14 marzo 2022 (doc. 8, prodotto in sede cantonale con la duplica) - l'ente appaltante ha sollecitato le ditte ricorrenti a proporre un'altra referenza. Il testo di tale scritto, al quale rinvia anche la Corte cantonale nel giudizio impugnato, riassumendone i contenuti (ivi, consid. 5.1), ha il tenore seguente:

"L'analisi dell'oggetto [quello erroneamente indicato] non ci permette di concludere che lo stesso soddisfi effettivamente i criteri di idoneità richiesti dal bando (...) Attualmente ci manca la produzione di un oggetto di referenza sostitutivo che corrisponda alle esigenze del bando (...).

Vi concediamo pertanto tempo fino a

lunedì 21 marzo 2022 per produrre quanto richiesto con la precisazione che non può esservi data, al momento attuale, alcuna garanzia che la nuova referenza possa essere ritenuta valida, né che la procedura di sanatoria qui adottata venga ritenuta ammissibile dal nostro ufficio giuridico presso i Servizi generali".

E. 4.6

Ora, è chiaro che la situazione appena descritta non concerne la rettifica di semplici errori aritmetici, di modo che la possibilità di richiamarsi all'art. 42 cpv. 3 RLCPubb/CIAP è a priori esclusa e non viene del resto sostenuta nemmeno dalle ricorrenti.

In base ai fatti che risultano dal giudizio impugnato rispettivamente agli atti su cui esso si fonda, quella della produzione di un nuovo progetto di referenza in relazione alla figura dello specialista di impianti di manutenzione ferroviaria, in luogo di quello indicato nell'offerta originaria, non può però essere nemmeno qualificata come una questione di opportunità, che avrebbe dovuto portare la Corte cantonale a riconoscere uno spazio di manovra del committente e quindi a non intervenire.

E. 4.7

È infatti vero che il committente ha una facoltà d'indagine, che si traduce nel diritto di chiedere all'offerente l'analisi di determinati elementi dell'offerta, assegnandogli un termine per provvedervi (art. 43 RLCPubb/CIAP; precedente consid. 4.1). Altrettanto vero è che tale facoltà d'indagine non deve servire a ottenere la modifica, la correzione o la completazione dell'offerta stessa, quando essa non rispetta le condizioni previste dal capitolato d'onori (art. 11 lett. c CIAP; precedente consid. 4.1), ciò che è però proprio l'obiettivo che il Tribunale amministrativo ticinese ha riconosciuto - in maniera del tutto sostenibile e condivisibile - in relazione all'agire del committente.

Come risulta dalla lettera del 14 marzo 2022, il cui testo è riportato nel precedente considerando 4.5, il committente non si è infatti rivolto alle qui ricorrenti per chiedere delucidazioni in merito ai contenuti dell'offerta, come preteso nell'impugnativa, bensì: (a) per indicare loro che, così come presentata, l'offerta doveva portare a concludere che i

criteri di idoneità non erano rispettati; (b) per invitare a modificarla rispettivamente a correggerla e completarla con "la produzione di un oggetto di referenza sostitutivo che corrisponda alle esigenze del bando".

E. 4.8

Di conseguenza, nell'aver constatato una modifica dell'offerta i Giudici ticinesi non hanno applicato in maniera arbitraria il principio dell'intangibilità delle offerte (art. 11 lett. c CIAP). D'altra parte, siccome la questione della violazione di questo principio, sulla quale si è pronunciata la Corte cantonale, era di puro diritto, nemmeno le si può rimproverare di non avere rispettato il potere di apprezzamento del committente, che in risposta ha per altro chiesto anch'esso il rigetto del ricorso, dopo avere ammesso un'illecita modifica dell'offerta ed averne condiviso le conseguenze (precedente consid. C).

Preso atto dei contenuti del ricorso, restano quindi da esaminare le censure relative all'esclusione dell'offerta, dopo avere accertato che era stata illecitamente modificata a posteriori.

E. 5.1

Secondo le ricorrenti, la decisione di escludere la loro offerta, dopo averne constatato la modifica, è innanzitutto arbitraria in quanto in base alla giurisprudenza del Tribunale amministrativo ticinese la prova del rispetto dei criteri di idoneità può essere portata successivamente alla scadenza del termine per l'inoltro delle offerte e questo sia per i criteri di idoneità generale che per quelli di idoneità particolare. Per quanto riguarda questi ultimi, l'unica eccezione sarebbe data solo se l'esclusione è prevista dalla legge o dalle prescrizioni di gara.

Nello stesso contesto, fanno poi di nuovo rinvio alla facoltà del committente di chiedere spiegazioni o complementi d'informazione (art. 43 RLCPubb/CIAP).

E. 5.2

Pure in questo caso, le critiche delle insorgenti non possono essere tuttavia condivise e vanno respinte.

E. 5.2.1

Il semplice richiamo a quella che sarebbe una prassi cantonale - di per sé ancora tutta da verificare - non dimostra infatti nessuna lesione dell' art. 9 Cost. (su questa nozione, cfr. il precedente considerando 3.3, da cui risulta anche che il fatto che un'altra soluzione potrebbe entrare in considerazione o sarebbe addirittura preferibile non comporta necessariamente la lesione dell' art. 9 Cost.).

E. 5.2.2

Nel contempo, va osservato che l'art. 42 cpv. 1 RLCPubb/CIAP, relativo ai motivi di esclusione, prevede questa misura sia per le offerte inoltrate dopo il termine stabilito che per quelle incomplete rispettivamente sprovviste dei documenti necessari o richiesti, come è stata ritenuta anche l'offerta qui in discussione, in relazione alla modifica apportata dopo la scadenza (precedenti consid. 4.7 e 4.8).

E. 5.2.3

Anche a voler prescindere dal fatto che una critica conforme all' art. 106 cpv. 2 LTF non è stata formulata, in merito al nuovo riferimento alla facoltà d'indagine prevista dall'art. 43

RLCPubb/CIAP vale infine quanto detto nel considerando 4.7, e cioè che tale facoltà vuole permettere al committente di chiedere all'offerente l'analisi di determinati elementi dell'offerta, mentre non può servire a ottenere la modifica, la correzione o la completazione dell'offerta stessa (nel medesimo senso, cfr. la sentenza 2C_418/2014 del 20 agosto 2014 consid. 4.2).

E. 6.1

In relazione all'esclusione dell'offerta delle insorgenti, un'ulteriore lesione dell' art. 9 Cost. sarebbe data dal fatto che la mancata conformità alle prescrizioni di gara, sanata su richiesta dell'ente appaltante, era "di minima importanza". In questo contesto sarebbe pertanto data anche una violazione del divieto del formalismo eccessivo.

In effetti, rilevano le ricorrenti, in gioco era un'importante opera pubblica ed era pressoché inevitabile che non si verificassero errori. Inoltre l'errore commesso sarebbe da relativizzare sotto più aspetti. Da ultimo, l'esclusione non sarebbe neppure "sorretta da nessuna delle disposizioni internazionali o intercantonali" applicabili.

E. 6.2

Secondo la giurisprudenza, i criteri di idoneità

("Eignungskriterien"; "critères d'aptitude ou de qualification"), tra cui rientra anche quello in discussione (precedente consid. 4), costituiscono esigenze che subordinano l'accesso alla procedura. Questi criteri servono a assicurare che i concorrenti abbiano le capacità per eseguire la commessa (DTF 145 II 249 consid. 3.3; 141 II 353 consid. 7.1; 140 I 285 consid. 5.1).

Le offerte delle ditte concorrenti che non li adempiono vanno a priori escluse (DTF 145 II 249 consid. 3.3; 141 II 353 consid. 7.1). Questa conclusione si impone tuttavia solo quando il vizio - cioè il mancato rispetto o la mancata dimostrazione del rispetto di uno o più criteri di idoneità - non è insignificante e il motivo di esclusione ha quindi una certa importanza. In caso contrario, andrebbe infatti considerata come il risultato di un formalismo eccessivo (art. 29 cpv. 1 Cost. ; DTF 145 II 249 consid. 3.3; 143 I 177 consid. 2.3.1). Per la stessa ragione, un vizio qualificato è richiesto anche in presenza di una lesione del principio dell'intangibilità delle offerte (sentenze 2C_418/2014 del 20 agosto 2014 consid. 4.1; 2C_197/2010 del 30 aprile 2010 consid. 6.3).

E. 6.3

Ora, a differenza di quanto sostenuto nel ricorso, l'estromissione delle insorgenti dalla gara si fonda senza dubbio su una base legale sufficiente. In effetti, l'esclusione in caso di mancato rispetto dei criteri di idoneità è prevista dall'art. 25 lett. a della legge ticinese del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb/TI, RL/TI 730.100), alla quale si riferiscono anche le condizioni d'appalto (ivi, p.to 2.4 pag. 5).

L'art. 26 cpv. 2 LCPubb e l'art. 42 cpv. 1 RLCPubb/CIAP, cui pure rinviano le condizioni d'appalto (ivi, p.to 2.4 pag. 5; precedente consid. A), prevedono a loro volta questa misura, sia per le offerte inoltrate dopo il termine stabilito dal committente, che per le offerte incomplete, come è stata considerata anche quella in esame (precedenti consid. 4.7 e 4.8).

E. 6.4

In parallelo, non è però dimostrata nemmeno una violazione del divieto del formalismo eccessivo (art. 29 cpv. 1 Cost.) o del divieto d'arbitrio (art. 9 Cost.) in relazione alla

pronuncia dell'esclusione, dopo che la Corte cantonale aveva constatato la modifica dell'offerta iniziale, su richiesta del committente, con due nuove referenze conformi ai criteri di idoneità (precedente consid. 4).

E. 6.4.1

A giustificazione dell'esclusione da loro pronunciata, i Giudici ticinesi osservano infatti: da una parte, che la mancanza riscontrata non costituisce un vizio di poco conto, perché la designazione di un oggetto di referenza rappresenta un elemento sostanziale, determinante per la verifica dell'idoneità dell'offerta; d'altra parte, che la scelta della referenza più adatta incombe all'offerente, che determina in questo modo l'oggetto di valutazione da sottoporre al committente.

In parallelo, essi rilevano che, se la dimostrazione del rispetto di un criterio di idoneità già adempiuto può essere portata anche dopo la scadenza del termine per l'inoltro delle offerte, ciò non può condurre alla modifica dell'oggetto di referenza stesso, come avvenuto nella fattispecie (giudizio impugnato, consid. 5.2).

E. 6.4.2

Ora, tenute a confrontarsi con tali argomentazioni per dimostrarne la manifesta insostenibilità e, di conseguenza, la contrarietà all' art. 9 Cost. , le ricorrenti si limitano in sostanza a contrapporvi le proprie, secondo cui la difformità iniziale era "di minima importanza", è stata sanata "su richiesta dell'ente appaltante" e andrebbe considerata una semplice "sbavatura", ciò che non basta (art. 106 cpv. 2 LTF ; precedente consid. 3.3, in cui viene indicata la definizione di arbitrio).

A sostegno della loro tesi, fanno inoltre riferimento a una serie di fatti (quali, ad esempio, la stima delle ore e dell'onorario massimo in discussione per le prestazioni dello specialista di impianti di manutenzione ferroviaria) che non risultano dal giudizio impugnato e che nemmeno sono oggetto di una critica con cui viene sostenuto che essi sarebbero già stati adottati in sede cantonale, senza che fossero però vagliati. Siccome si basa su fatti che non possono essere considerati (art. 105 cpv. 1 LTF ; precedente consid. 2.2), la critica dei ricorrenti è quindi destinata all'insuccesso anche per questa ragione.

Pure in questa sede, va in effetti rammentato che il Tribunale federale non è un'istanza che rivede con piena cognizione l'accertamento dei fatti e che ad esso non spetta nemmeno esaminare o interpretare ex novo tutti i documenti agli atti, ai quali l'impugnativa si richiama, perché quello di far valere di essersi già riferito a determinate prove davanti all'istanza inferiore è un dovere di chi ricorre. Proceduto in tal senso, l'insorgente ha quindi la facoltà di lamentare: o un apprezzamento delle prove lesivo del divieto d'arbitrio rispettivamente di altri diritti costituzionali (art. 9 Cost. ; art. 29 cpv. 1 Cost.); o una violazione del proprio diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.) nel caso in cui, benché chiesto e necessario, l'apprezzamento non vi sia stato del tutto, ciò che qui però non viene fatto (nel medesimo senso, cfr. la sentenza 2C_502/2021 del 31 agosto 2022 consid. 7.5.4).

E. 6.4.3

Per gli stessi motivi (riferimento a fatti non accertati e critica non conforme all' art. 106 cpv. 2 LTF), a maggior fortuna non è destinato il richiamo al divieto del formalismo eccessivo (art. 29 cpv. 1 Cost.).

Anche in tal caso, la critica - formulata insieme a quella del divieto d'arbitrio - si basa in effetti su una serie di aspetti che non sono stati oggetto di nessun accertamento specifico da

parte dei Giudici ticinesi e che non possono essere quindi presi in considerazione (art. 105 cpv. 1 LTF ; precedente consid. 2.2). Inoltre, facendovi riferimento, le ricorrenti partono nuovamente dall'errato assunto che in discussione vi sia una "spiegazione" o un "complemento d'informazione" ai sensi dell'art. 43 RLCPubb/CIAP, mentre la Corte cantonale ha concluso - come indicato nel precedente considerando 4 - che l'offerta iniziale fosse stata modificata (sostituzione di una referenza errata, che non adempiva ai criteri di idoneità, con una interamente nuova presentata il 14 marzo 2022, dopo la scadenza del termine dell'inoltro delle offerte). Il formalismo eccessivo (art. 29 cpv. 1 Cost.) andava quindi dimostrato riguardo a questa specifica situazione, non a quella dalla quale partono a torto le insorgenti (art. 106 cpv. 2 LTF ; precedente consid. 2.1).

E. 6.4.4

Ad una diversa conclusione non conduce infine il richiamo alla sentenza del Tribunale federale 2P.339/2001 del 12 aprile 2002.

In effetti, con quel giudizio il Tribunale federale ha annullato l'esclusione di un'offerta da parte del Tribunale amministrativo ticinese siccome l'errore riscontrato - relativo al calcolo di un prezzo, in contrasto con le condizioni di gara - concerneva una posizione secondaria, aveva un impatto economico minimo, non aveva influito sulla graduatoria finale del concorso e la sanzione non era sorretta da nessuna norma internazionale o intercantonale applicabile alla fattispecie. Così argomentando, si è tuttavia potuto basare su fatti chiaramente accertati, ciò che non è qui il caso. Inoltre, in quel frangente era in discussione una difformità dal bando relativa al modo di calcolare il prezzo di una posizione, non quindi il rispetto di un criterio di idoneità e, in questo contesto, il principio dell'intangibilità delle offerte, come nella fattispecie.

E. 6.5

Proprio con riferimento al rispetto dei criteri di idoneità rispettivamente al principio dell'intangibilità delle offerte, può essere ad ogni modo osservato, come già fatto nella recente sentenza 2C_920/2020 del 2 giugno 2021 (consid. 3.5 e 3.6), che il Tribunale federale ha in passato confermato l'esclusione di offerte sia perché non erano state corredate dalla prova dell'affiliazione del personale alle assicurazioni sociali (sentenza 2C_197/2010 del 30 aprile 2010 consid. 6.5) sia perché non includevano la prova del pagamento dell'imposta alla fonte (sentenza 2C_418/2014 del 20 agosto 2014 consid. 4).

Nella stessa sentenza 2C_920/2020 del 2 giugno 2021 - riguardante una fattispecie per certi versi simile a quella in esame - esso ha d'altra parte confermato anche l'esclusione di un'offerta, decisa dopo avere constatato il mancato rispetto dei criteri di idoneità consistenti nella presentazione di referenze relative alle ditte subappaltatrici, osservando: (a) che la presentazione di referenze relative a progetti analoghi costituisce un mezzo adatto ad esaminare l'idoneità dell'offerente e che a ciò nulla mutava il fatto che queste referenze riguardassero "solo" le prestazioni dei subappaltatori, poiché era legittimo verificare anche la loro idoneità; (b) che quella di presentare due referenze per ogni specializzazione ("Fachrichtung") non costituiva nemmeno una richiesta che fosse da considerare sproporzionata.

E. 6.6

Alla luce della giurisprudenza citata, così come dei fatti che risultano dal giudizio impugnato (art. 105 cpv. 1 LTF) - un formalismo eccessivo non appare quindi dato

nemmeno nella fattispecie.

Proprio come nel caso 2C_920/2020 del 2 giugno 2021, va infatti rilevato che l'inclusione di referenze relative a progetti analoghi tra i criteri d'idoneità costituisce un mezzo senz'altro adatto anche ad esaminare l'attitudine delle ditte offerenti rispettivamente dei vari specialisti ai quali esse intendevano fare riferimento per l'esecuzione delle diverse componenti della commessa. D'altra parte, la scelta e la presentazione delle referenze più adatte, da sottoporre alla valutazione del committente, non risulta certo sproporzionata neppure nel caso in esame, concernente una commessa importante e molto complessa. Infine, va posto l'accento anche sul fatto che alla base dell'esclusione pronunciata nella fattispecie vi è la chiara necessità di garantire una procedura basata su un trattamento uguale per tutti, di modo che non si abbia anche solo l'impressione che un concorrente abbia potuto godere di vantaggi particolari (sentenze 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1; 2C_197/2010 del 30 aprile 2010 consid. 6.1).

E. 7.1

Sempre in relazione all'esclusione della loro offerta, le insorgenti fanno poi valere una violazione del diritto alla parità di trattamento.

Nell'escludere l'offerta che avevano presentato, in ragione della sua modifica a posteriori, la Corte cantonale non avrebbe infatti "minimamente tenuto conto del potere di apprezzamento della stazione appaltante, in base al quale, dopo l'inoltro dell'offerta, è stato chiesto alla parte qui ricorrente di completare la referenza di idoneità dello specialista impianti di manutenzione dei veicoli ferroviari". Per contro, nel chinarsi sull'offerta del consorzio J._____, i Giudici cantonali l'avrebbero "salvata", facendo più volte riferimento proprio anche a tale principio, ciò che comporterebbe una lesione dell' art. 8 Cost.

E. 7.2

Una decisione disattende il principio della parità di trattamento garantito dall' art. 8 Cost. quando, tra casi simili, fa delle distinzioni che nessun fatto importante giustifica di fare oppure sottopone ad un regime identico situazioni che presentano tra di loro delle differenze rilevanti e di natura tale da rendere necessario un trattamento diverso.

Le situazioni paragonate non devono necessariamente essere identiche sotto ogni aspetto, ma la loro similitudine va stabilita per quel che riguarda i fatti pertinenti per la decisione da prendere. L'ingiustificata inuguaglianza, rispettivamente la disparità di trattamento, deve inoltre riferirsi ad un aspetto sostanziale (DTF 142 V 316 consid. 6.1.1; 141 I 235 consid. 7.1; 141 I 153 consid. 5.1).

E. 7.3

Ora, la motivazione delle ricorrenti in relazione all' art. 8 Cost. è di fatto solo abbozzata e quindi contraria all' art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 117 LTF (precedente consid. 2.1; DTF 144 II 313 consid. 5.1). In effetti, il semplice rinvio ad alcuni passaggi del giudizio impugnato, nei quali la Corte cantonale si esprime sull'offerta del consorzio J._____, non dimostra ancora nulla.

Anche volendo prescindere dalla carenza di motivazione riscontrata, va poi constatato che la critica formulata in relazione all' art. 8 Cost. parte da un errato presupposto (facoltà del committente, nell'ambito del potere di apprezzamento riconosciutogli, di chiedere una completazione della referenza), ciò che la priva di pertinenza. In effetti, sulla questione

della completazione dell'offerta, questa Corte si è espressa già nel considerando 4, escludendo espressamente un'ingiustificata sostituzione dell'apprezzamento del Tribunale amministrativo ticinese a quello dell'ente pubblico che ha organizzato la gara.

E. 8

Respinte tutte le critiche di natura costituzionale formulate in relazione all'esclusione dell'offerta delle ditte ricorrenti, anche il ricorso sussidiario in materia costituzionale dev'essere pertanto respinto, nella misura della sua ammissibilità (al riguardo, cfr. il precedente consid. 1.7).

E. 9.1

Per quanto precede, il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile mentre, nella misura in cui è ammissibile, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è respinto.

E. 9.2

Le spese giudiziarie seguono la soccombenza, e vanno quindi poste a carico delle ricorrenti, in solido (art. 66 cpv. 1 e 5 LTF). Sempre con vincolo di solidarietà, queste ultime verseranno alle opponenti, rappresentate da un avvocato, un'indennità per ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1, 2 e 4 LTF). All'ente cantonale appaltante, che ha agito in causa nell'ambito delle sue funzioni di diritto pubblico chiedendo il rigetto dei ricorsi, nella misura della loro ammissibilità, non sono dovute ripetibili (art. 68 cpv. 3 LTF).

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