

# **BGer 2D 17/2016 vom 28. Juli 2016**

Bundesgericht, 2016-07-28, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_17\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_17_2016)

FR: TF 2D 17/2016 du 28 juillet 2016

IT: TF 2D 17/2016 del 28 luglio 2016

## **Regeste**

appalti pubblici | Diritto fondamentale

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Il litigio riguarda una decisione presa in ambito di commesse pubbliche. Il ricorso ordinario in materia di diritto pubblico è quindi ammissibile solo se il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia previsti dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF e, cumulativamente ( DTF 134 II 192 consid. 1.2 pag. 194 seg.), se la fattispecie pone una questione di diritto d'importanza fondamentale, giusta l'art. 83 lett. f n. 2 LTF. Il ricorrente stesso constata in casu già il mancato raggiungimento del valore soglia. Come da lui indicato nell'instanza, il gravame dev'essere pertanto esaminato quale ricorso sussidiario in materia costituzionale.

### **E. 1.2**

La sentenza impugnata è una decisione finale ( art. 90 e 117 LTF ) pronunciata da un'autorità giudiziaria cantonale di ultima istanza ( art. 86 e 114 LTF ), l'impugnativa è tempestiva (art. 46 cpv. 1 lett. a in relazione con gli art. 100 cpv. 1 e 117 LTF ) e l'insorgente ha un interesse giuridicamente protetto a contestare la conferma dell'estromissione della sua offerta ( art. 115 LTF ; DTF 141 II 14 consid. 4.1 in fine pag. 27; sentenza 2C\_634/2008 dell'11 marzo 2009 consid. 2.1). Il ricorso sussidiario in materia costituzionale è pertanto ammissibile.

### **E. 2.1**

Con ricorso sussidiario in materia costituzionale può venir censurata unicamente la violazione di diritti costituzionali ( art. 116 LTF ). Il rispetto di tali diritti non è inoltre esaminato d'ufficio ( art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 117 LTF ). Occorre infatti che il ricorrente specifichi quali diritti ritiene lesi ed esponga le sue censure in modo chiaro, circostanziato ed esaustivo; nel caso faccia valere l'arbitrio, deve in particolare spiegare perché la decisione impugnata sia - non solo a livello di motivazione, ma anche di risultato - manifestamente insostenibile, gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico indiscusso, oppure in contraddizione urtante con il sentimento di giustizia ed equità ( DTF 133 III 393 consid. 6 pag. 397).

### **E. 2.2**

Per quanto riguarda i fatti, il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sull'accertamento svolto dall'autorità inferiore ( art. 118 cpv. 1 LTF ). Esso può scostarsene solo se è stato eseguito in violazione del diritto ai sensi dell' art. 116 LTF .

### **E. 3**

Adita su ricorso di A. \_\_\_\_\_, la Corte cantonale ha tutelato l'agire della committenza.

### **E. 3.1**

Precisati natura, tipologia e scopo dei criteri d'idoneità, il Tribunale amministrativo ticinese ha dapprima ricordato: da una parte, che il committente ha inserito nelle prescrizioni di gara diversi criteri di natura particolare, esigendo tra l'altro che ogni concorrente avesse le risorse umane necessarie per eseguire la commessa e le stesse non avessero impegni concomitanti (posizione 223.100 CPN 102, criterio di idoneità 3); d'altra parte, che il requisito posto dalla stazione appaltante concretizza il contenuto dell' art. 37 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici (RLCPubb; RL/TI 7.1.4.1.6), secondo cui il concorrente deve di principio eseguire la commessa completa in proprio ciò che di regola implica, in base alla giurisprudenza ticinese, un compimento della commessa con il proprio personale, i propri mezzi tecnici e le proprie competenze (cosiddetto know-how). Sempre con riferimento alla propria giurisprudenza, la Corte ticinese ha nel contempo osservato che se, come nella fattispecie, la lex specialis della gara non prevede diversamente, le prescrizioni concorsuali devono essere soddisfatte al momento della scadenza del termine per l'insinuazione delle offerte e che giungendo a conclusione opposta si disattenderebbe il principio della parità di trattamento ed il divieto di modificare le offerte dopo la loro apertura.

### **E. 3.2**

Formulate le premesse delle quali è stato appena riferito, ha poi osservato: che il giorno in cui ha presentato la sua offerta per il lotto E17, il ricorrente non aveva le risorse umane necessarie per espletare in modo autonomo il lavoro posto a concorso; che il proposito di mettere a disposizione del committente quattro autisti, di cui tre alle dipendenze di ditte terze, ingaggiati su chiamata solo in caso di aggiudicazione e retribuiti a ore, non basta a soddisfare né il criterio di idoneità 3 incluso nelle disposizioni particolari CPN 102 che regolano il concorso, né il requisito dell'esecuzione in proprio della commessa richiesto dall'art. 37 cpv. 1 RLCPubb; che il personale avventizio indicato nell'offerta supera inoltre vistosamente il 25 % dell'organico previsto per lo svolgimento della commessa, di modo che l'offerta disattende nel contempo la soglia massima prevista dall'art. 37 cpv. 2 lett. d RLCPubb; che l'esclusione dalla gara del ricorrente era di conseguenza giustificata, atteso che l'estromissione di un concorrente per inidoneità è sancita direttamente dalla legge, ovvero dall'art. 25 lett. a LCPubb e dall'art. 38 cpv. 1 lett. e RLCPubb.

### **E. 3.3**

Confermata la liceità dell'esclusione dell'offerta del ricorrente ha infine respinto anche le critiche che quest'ultimo ha formulato per sostenere che la committenza avrebbe dovuto semmai scartare l'offerta del consorzio aggiudicatario. Preso atto del fatto che l'insorgente sosteneva che detto consorzio aveva presentato un'offerta incompleta e contenente indicazioni errate in relazione al numero effettivo di dipendenti di una delle ditte che lo componeva, ovvero della B. \_\_\_\_\_SA, ha infatti rilevato: che le discrepanze denunciate dal ricorrente sono solo apparenti e che le stesse si spiegano con il fatto che la B. \_\_\_\_\_SA, per sua scelta aziendale, ha deciso di operare pressoché esclusivamente nell'ambito del servizio stradale invernale, sfruttando le quattro frese neve e i sei autocarri di cui dispone; che tale genere di attività non rientra nell'ambito applicativo del contratto nazionale mantello per l'edilizia principale in Svizzera ed è per questo motivo che la commissione paritetica edilizia ha affermato che la società non presenta "lavoratori

registrati"; che quanto alle persone messe a disposizione per l'esecuzione della commessa da parte della B.\_\_\_\_\_SA, i documenti di gara sono univoci nell'indicare che il loro numero ammonta a cinque, di cui tre sono dipendenti della B.\_\_\_\_\_SA stessa e due sono estranei alla società; che nell'offerta non sono dunque ravvisabili incompletezze e/o false indicazioni ai sensi degli art. 25 lett. b LCPubb e 38 cpv. 1 lett. lett. f RLCPubb/CIAP, suscettibili di provocare l'esclusione invocata dall'insorgente; che, d'altra parte, l'offerta formalmente insinuata da un consorzio, va valutata nel suo insieme e che, sotto questo profilo, le tredici persone disponibili notificate dal consorzio deliberatario superano largamente la soglia delle quattro unità richieste dal committente; che quand'anche l'una o l'altra delle consorziate avesse impegni concomitanti nel campo della manutenzione invernale di impianti del traffico, nulla lascia desumere che le ampie risorse tecniche e umane di cui dispongono assieme non possano garantire la corretta esecuzione della commessa; in particolare, non v'è motivo di dubitare che il consorzio non sia in grado di adempiere pienamente il criterio di idoneità 3 inserito nelle prescrizioni concorsuali (posizione 223.100 CPN 102); che, del resto, neppure il ricorrente ha messo in discussione il soddisfacimento del criterio di idoneità 3 da parte del consorzio aggiudicatario, limitandosi ad attaccare la posizione della B.\_\_\_\_\_SA; tanto meno ha dimostrato che il personale messo a disposizione dalle due società riunite è già impegnato in altre attività concomitanti.

#### **E. 4**

In un primo capitolo dell'impugnativa viene lamentata una violazione del diritto di essere sentito e del divieto d'arbitrio.

##### **E. 4.1**

A mente del ricorrente, il giudizio impugnato dà per acquisito che egli abbia fatto capo a un prestito di manodopera invece che ad assunzioni ad ore senza spiegarne i motivi. Come risulta dal precedente considerando 3.2, il Tribunale cantonale amministrativo ha tuttavia preso in considerazione anche l'ipotesi di un'assunzione ad ore. In effetti, a pag. 8 del suo giudizio ha tra l'altro rilevato che "il proposito di mettere a disposizione del committente quattro autisti, di cui tre alle dipendenze di ditte terze (G.\_\_\_\_\_SA, H.\_\_\_\_\_SA e I.\_\_\_\_\_SA), ingaggiati su chiamata solo in caso di aggiudicazione e retribuiti a ore, non basta con ogni evidenza a soddisfare il requisito dell'esecuzione in proprio della commessa esatto dalla legge, né il CL 3 incluso nelle disposizioni particolari regolanti il concorso". Fondata su di un errato presupposto, la critica concernente la lesione dell' art. 29 cpv. 2 Cost. va di conseguenza respinta. Articolata e precisa (precedente consid. 3), la motivazione fornita dalla Corte cantonale appare del resto del tutto comprensibile e quindi conforme ai dettami costituzionali; sapere se il ragionamento svolto dal Tribunale cantonale amministrativo sia o meno corretto è invece un aspetto di merito, che non concerne la garanzia invocata (sentenza 2C\_513/2015 del 13 dicembre 2015 consid. 3 con ulteriori rinvii).

##### **E. 4.2**

Sempre nel primo capitolo del gravame, l'insorgente sostiene poi che la deduzione della Corte cantonale secondo cui egli si troverebbe in una situazione di personale a prestito, vietata dall'art. 37 RLCPubb, si configura come arbitraria e che pure manifestamente contrario alle evenienze sarebbe l'accertamento del fatto che "il giorno in cui la ditta ricorrente ha presentato la sua offerta per il lotto E 17 non aveva le risorse umane necessarie

per espletare autonomamente il lavoro posto a concorso". Nei p.ti 21-23 dell'impugnativa, che seguono la formulazione delle critiche citate, l'asserito arbitrio non viene tuttavia minimamente sostanziato, ragione per la quale le stesse non vanno - per lo meno in relazione al capitolo in questione - ulteriormente approfondite.

## **E. 5**

Violazioni del divieto d'arbitrio vengono lamentate anche in un secondo capitolo del ricorso.

### **E. 5.1**

In questa sede, l'insorgente sostiene nuovamente che il voler considerare gli autisti da lui proposti in offerta come del personale a prestito costituisce un'arbitraria interpretazione del diritto cantonale e contravviene in ogni caso agli atti. Introducendo la propria critica con la locuzione "come preannunciato" egli pare quindi ora voler approfondire le censure di cui si è già detto nel considerando precedente.

### **E. 5.2**

Anche nei p.ti 24-38 dell'impugnativa - nei quali il ricorrente stesso indica di ripetere quanto osservato in sede cantonale, dove il potere di cognizione è però diverso - una motivazione conforme all' art. 106 cpv. 2 LTF non viene tuttavia fornita. Riguardo all'applicazione dell'art. 37 cpv. 2 RLCpubb da parte della Corte ticinese, le considerazioni dell'insorgente si esauriscono in effetti in un commento libero del giudizio impugnato, che non ne dimostra l'insostenibilità ai sensi della giurisprudenza (precedente consid. 2.1) e stessa cosa vale per quanto attiene alle critiche volte all'accertamento dei fatti. Come spiegato (precedente consid. 2.2), il Tribunale federale può in effetti scostarsi dagli accertamenti contenuti nel giudizio impugnato solo quando sono stati eseguiti in violazione di un diritto costituzionale e, segnatamente, del divieto d'arbitrio ( art. 116 LTF ), ciò che presuppone di nuovo la formulazione di una compiuta critica in tal senso ( art. 106 cpv. 2 LTF ).

### **E. 5.3**

Sia come sia, la sola constatazione di un'applicazione arbitraria della norma di diritto cantonale citata, dovuta ad una sua errata interpretazione oppure all'assenza dei presupposti di fatto da essa previsti, non avrebbe comunque giovato al ricorrente. Come di nuovo risulta dal precedente considerando 3.2, i Giudici ticinesi hanno infatti confermato l'esclusione dell'offerta da lui presentata non solo perché era contraria all'art. 37 cpv. 2 RLCpubb, che parla per altro sia di prestito che di messa a disposizione di manodopera, ma anche poiché non rispettava il criterio di idoneità 3 incluso nelle disposizioni particolari CPN 102, conclusione che non viene validamente messa in discussione, neppure con le ulteriori critiche alla querelata sentenza.

## **E. 6**

In un terzo capitolo, il ricorrente lamenta di nuovo una violazione del divieto d'arbitrio: questa volta, in relazione alla constatazione contenuta nel giudizio impugnato secondo cui "il proposito di mettere a disposizione del committente quattro autisti, di cui tre alle dipendenze di ditte terze (G. \_\_\_\_\_ SA, H. \_\_\_\_\_ SA e I. \_\_\_\_\_ SA), ingaggiati su chiamata solo in caso di aggiudicazione e retribuiti a ore, non basta con ogni evidenza a soddisfare il requisito dell'esecuzione in proprio della commessa esatto dalla legge".

### **E. 6.1**

Secondo l'insorgente, l'arbitrio sarebbe dato perché il suo non era un semplice "proposito", ovvero una semplice intenzione, bensì un fatto acquisito, siccome un contratto di lavoro ad ore o su chiamata non richiede la forma scritta e, al momento dell'inoltro dell'offerta, il contratto di lavoro con gli autisti in questione sarebbe stato già concluso. Così argomentando, egli non considera tuttavia che il fatto che un contratto di lavoro non richieda di regola una forma speciale ( art. 320 del codice delle obbligazioni [CO; RS 220]) non comporta automaticamente la dimostrazione riguardo alla conclusione del contratto stesso.

### **E. 6.2**

Contrariamente a quanto sostenuto nell'impugnativa, tale dimostrazione non risulta nel contempo dai doc. 15 e 16 prodotti con la replica davanti al Tribunale amministrativo ticinese e riguardanti per altro solo due dei lavoratori in discussione. In effetti, il doc. 15 è una lettera della ditta che impiega J. \_\_\_\_\_, nella quale la H. \_\_\_\_\_ SA, datore di lavoro di quest'ultimo, si limita ad attestare che, in caso di chiamata e se il servizio lo consentirà, J. \_\_\_\_\_ potrà essere a disposizione del ricorrente per il servizio sgombero neve e conferma pertanto, nella sostanza, quanto constatato dai Giudici ticinesi. La prova del sussistere di un contratto di lavoro già al momento dell'inoltro dell'offerta non viene d'altra parte fornita nemmeno dal doc. 16 che, come il doc. 15, è stato redatto solo nel novembre 2015, e non contiene altro riferimento temporale esplicito oltre a quello della data della redazione del documento stesso e della data di nascita di colui che lo ha sottoscritto.

### **E. 6.3**

La tesi dell'esistenza di un contratto di lavoro con tutti gli autisti necessari all'impiego già al momento dell'inoltro dell'offerta è infine a più riprese smentita anche da affermazioni del ricorrente medesimo. Così, ad esempio, quelle contenute al p.to 12 e al p.to 25 del ricorso inoltrato al Tribunale cantonale amministrativo, che sono del resto chiare a tal punto da far risultare la critica d'arbitrio ai limiti dell'azzardato. Riguardo ai lavoratori in questione, al citato p.to 12 viene in effetti rilevato che "dei quattro autisti designati uno (K. \_\_\_\_\_) era occupato al 100 % e tre sarebbero stati assunti con contratto a ore", al citato p.to 25 viene invece indicato *expressis verbis* che "evidentemente l'assunzione avviene nel periodo invernale". Quanto osservato al p.to 12 e al p.to 25 dimostra pertanto che l'assunzione di almeno tre degli autisti in questione sarebbe stata successiva all'inoltro dell'offerta, e che il termine di "proposito" utilizzato dai Giudici ticinesi è tutt'altro che manifestamente insostenibile.

### **E. 7**

In un quarto capitolo dell'impugnativa, il ricorrente lamenta infine una lesione del diritto alla parità di trattamento e una nuova violazione del diritto di essere sentito. Anche in questo caso, le critiche esposte sono però destinate all'insuccesso.

### **E. 7.1**

Le considerazioni contenute nei p.ti 47-49 non vertono in realtà su una lesione dell' art. 8 Cost. , bensì sull'accertamento dei fatti. In effetti, le stesse sono in sostanza volte a denunciare una serie di mancate verifiche da parte della Corte cantonale in relazione alla situazione di uno dei membri del consorzio aggiudicatario, ovvero della B. \_\_\_\_\_ SA. Invece di dimostrare, come richiesto, l'arbitrio o la violazione di un altro diritto

costituzionale (precedente consid. 2.2), prendendo puntualmente posizione sulle argomentazioni addotte dall'istanza inferiore nel considerando 4.2 del suo giudizio, esse si esauriscono tuttavia nella formulazione di un elenco di domande, ciò che non rispetta né l'art. 42 cpv. 2 né l'art. 106 cpv. 2 LTF e, nel contempo, nemmeno attesta l'asserita incostituzionalità.

## **E. 7.2**

Una violazione dell'art. 8 Cost. non è inoltre sostanziata dalle considerazioni contenute nel p.to 56.

### **E. 7.2.1**

Il ricorrente sostiene che la proroga del termine per presentare le offerte dall'11 al 30 giugno 2015 risulta avere avvantaggiato la B. \_\_\_\_\_SA, poiché ha targato il proprio veicolo Euro 6, che permetteva di conseguire il punteggio massimo, unicamente il 23 giugno 2015.

### **E. 7.2.2**

La critica in discussione non è stata affrontata dalla Corte cantonale, e il ricorrente non si duole di ciò, rilevando che l'impugnativa presentata davanti al Tribunale amministrativo ticinese citava l'aspetto dell'immatricolazione del veicolo Euro 6 solo "brevemente". Siccome la questione sollevata non è stata oggetto di esame specifico da parte dell'istanza inferiore e il giudizio impugnato non contiene nessun accertamento di fatto in proposito, su cui il Tribunale federale possa a sua volta basarsi (art. 105 cpv. 1 LTF), essa non può quindi essere approfondita nemmeno in questa sede.

### **E. 7.2.3**

Ad ogni modo, ritenuto che il ricorrente non fa valere di non avere anch'egli potuto beneficiare della proroga del termine per inoltrare le offerte e nemmeno che la proroga sarebbe da ricondurre alla volontà di lasciare più tempo all'uno o all'altro concorrente, mal si comprende in cosa possa sussistere la disparità di trattamento asserita.

## **E. 7.3**

Data non è infine una lesione del diritto di essere sentito, a causa del fatto che la Corte cantonale ha reso il proprio giudizio senza procedere ad ulteriori atti istruttori e, in particolare, senza raccogliere informazioni utili riguardanti i dipendenti della B. \_\_\_\_\_SA presso la Cassa cantonale AVS.

### **E. 7.3.1**

Il diritto di essere sentito - quale garanzia minima che può essere concretizzata in norme di diritto cantonale, qui non invocate (DTF 135 I 279 consid. 2.2 pag. 281 seg.) - comprende effettivamente anche il diritto di offrire prove e di ottenerne l'assunzione (DTF 134 I 140 consid. 5.3 pag. 148 con rinvii). Il diritto all'amministrazione delle prove presuppone tuttavia che il fatto da provare sia pertinente, che il mezzo di prova proposto sia necessario per constatare questo fatto e che la domanda sia formulata nelle forme e nei termini prescritti. D'altra parte, quando anche la prova offerta risulti di per sé lecita, tale garanzia costituzionale non impedisce all'autorità di porre un termine all'istruttoria, allorché le prove assunte le hanno permesso di formarsi una propria convinzione e, procedendo in modo non arbitrario ad un apprezzamento anticipato delle ulteriori prove richieste, è convinta che le stesse non potrebbero farle modificare la sua opinione (DTF 134 I 140 consid. 5.3 pag. 148; 130 II 425 consid. 2.1 pag. 429).

### **E. 7.3.2**

Contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente, che a torto censura il silenzio della Corte cantonale al riguardo, anche la rinuncia all'assunzione della prova da lui offerta non è il frutto di un'omissione, bensì di un apprezzamento, segnalato come tale dal Tribunale cantonale amministrativo (querelato giudizio, consid. 1). Prendendo posizione in merito alle prove offerte, i Giudici cantonali hanno infatti chiaramente comunicato di non ritenerle suscettibili di procurare la conoscenza di ulteriori elementi fattuali rilevanti per il giudizio e quindi ne hanno rifiutato l'assunzione, come l' art. 29 cpv. 2 Cost. permetteva loro in principio di fare.

### **E. 7.3.3**

Altra questione è quella a sapere se la decisione di non assumere le ulteriori prove offerte - nella fattispecie, le verifiche concernenti la B. \_\_\_\_\_SA presso la Cassa cantonale AVS - fosse o meno lecita. Sennonché, anche in merito a questa censura, il ricorso non risulta sufficientemente motivato e l'insostenibilità del giudizio reso non è quindi dimostrata. In luogo di spiegare come, rinunciando alle verifiche richieste - in base a un apprezzamento anticipato delle prove e, in particolare, anche all'argomentazione secondo la quale determinante è la situazione dei membri del Consorzio nel loro complesso, non quella della sola B. \_\_\_\_\_SA (giudizio impugnato, consid. 4.2 in fine) -, la Corte cantonale abbia violato il divieto d'arbitrio, l'insorgente si limita infatti ad affermare che "in ragione della pertinenza della prova il vizio è senz'altro essenziale, a fortiori se solo si considera che la procedura amministrativa è retta dal principio inquisitorio".

### **E. 8**

Per quanto precede, il ricorso dev'essere integralmente respinto. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza ( art. 66 cpv. 1 LTF ). Non si assegnano ripetibili ad autorità ( art. 68 cpv. 3 LTF ) e nemmeno si giustifica l'attribuzione di ripetibili ai membri del consorzio aggiudicatario, che hanno rinunciato a formulare osservazioni al gravame ( art. 68 cpv. 1 e 2 LTF ).

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