

BGer 2D_2/2021 vom 7. Oktober 2021

Bundesgericht, 2021-10-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_2_2021

FR: TF 2D_2/2021 du 7 octobre 2021

IT: TF 2D_2/2021 del 7 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale federale esamina d'ufficio la sua competenza (art. 29 cpv. 1 LTF) e verifica con piena cognizione l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti (DTF 144 V 280 consid. 1).

E. 1.1

In ambito di commesse pubbliche, il ricorso in materia di diritto pubblico è ammissibile solo se il valore stimato della commessa raggiunge il valore soglia determinante previsto dall'art. 83 lett. f cifra 2 LTF e se la fattispecie pone una questione di diritto d'importanza fondamentale giusta l'art. 83 lett. f cifra 1 LTF. I due motivi di esclusione, sui quali compete al ricorrente pronunciarsi (art. 42 cpv. 2 LTF ; DTF 138 I 143 consid. 1.1.2), sono cumulativi (DTF 144 II 184 consid. 1.2).

Nella fattispecie, la ricorrente riconosce che la causa non verte su una questione giuridica d'importanza fondamentale, la quale non appare inoltre evidente (cfr. sentenza 2D_25/2018 del 2 luglio 2019 consid. 1.1, non pubblicato in DTF 145 II 249). A prescindere dal raggiungimento o meno del valore soglia richiesto dall'art. 83 lett. f cifra 2 LTF, è dunque a ragion veduta che l'interessata ha formato un ricorso sussidiario in materia costituzionale.

E. 1.2

La sentenza impugnata ha confermato la decisione del 2 luglio 2020 con la quale il Comune aveva escluso la ricorrente dalla gara e aveva attribuito la commessa alla Società che si era classificata immediatamente dopo di lei, ossia l'opponente. L'insorgente, che ha partecipato alla procedura dinanzi al Tribunale amministrativo, ha quindi un interesse legittimo (art. 115 LTF) a contestare la decisione della Corte cantonale, poiché, se il suo ricorso fosse stato accolto, essa avrebbe avuto una possibilità favorevole di ottenere la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4.1).

E. 1.3

Per il resto, interposto tempestivamente (art. 117

cum art. 100 cpv. 1 e 46 cpv. 1 lett. c LTF) contro una decisione finale (art. 117

cum

art. 90 LTF) di un tribunale cantonale superiore (art. 114

cum art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF), il gravame è ricevibile.

E. 1.4

Giusta l' art. 99 cpv. 1 LTF (applicabile sulla base dell' art. 117 LTF), davanti al Tribunale federale possono essere addotti nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo

la decisione dell'autorità inferiore. Dal momento che le condizioni per un richiamo all' art. 99 cpv. 1 LTF non sono nella fattispecie date, nella misura in cui i documenti allegati al ricorso non facessero parte dell'incarto cantonale, essi non possono essere vagliati.

E. 2.1

Con il ricorso sussidiario in materia costituzionale può essere censurata unicamente la violazione di diritti costituzionali (art. 116 LTF). Tale violazione non è inoltre esaminata d'ufficio; occorre che il ricorrente specifichi quali diritti fondamentali ritiene lesi ed esponga le sue censure in modo chiaro, circostanziato ed esaustivo (cfr. art. 106 cpv. 2 LTF cum

art. 117 LTF ; sentenza 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 2). Nell'ambito specifico 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. Può per contro essere censurata un'applicazione arbitraria (art. 9 Cost.) del diritto cantonale e/o intercantonale degli acquisti pubblici, poiché gli offerenti dispongono di un interesse giuridicamente protetto a che la corrispondente legislazione venga rispettata (sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 2 e 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 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 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).

E. 2.2

Per quanto riguarda i fatti, il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sull'accertamento fattuale svolto dall'autorità inferiore (art. 118 cpv. 1 LTF). Esso può scostarsene solo se tale accertamento è stato eseguito in violazione di un diritto costituzionale (art. 118 cpv. 2 LTF), ciò che il ricorrente deve dimostrare in modo chiaro e dettagliato, conformemente alle qualificate esigenze di motivazione richieste dall' art. 106 cpv. 2 LTF (cui rinvia l' art. 117 LTF ; cfr. supra consid. 2.1). Se ciò non avviene, il Tribunale federale non può tener conto di uno stato di fatto divergente da quello esposto nel giudizio impugnato (sentenza 2D_24/2019 del 10 febbraio 2020 consid. 2.2).

Nel caso di specie, siccome non sono validamente messi in discussione, i fatti che risultano dalla sentenza querelata vincolano il Tribunale federale. Questa Corte fonderà dunque il proprio giudizio sull'accertamento fattuale svolto dall'autorità precedente. In particolare, il Tribunale federale riterrà che, come constatato dalla Corte cantonale (sentenza impugnata, pag. 7), il prezzo globale indicato dalla ricorrente nella propria offerta non comprendeva il premio relativo alla copertura provvisoria. L'insorgente si limita infatti ad affermare a più riprese il contrario in modo appellatorio (cfr. ricorso, pag. 19 e 20; replica, pag. 16), senza invocare in proposito un accertamento arbitrario dei fatti da parte del Tribunale amministrativo. Del resto, che la sua offerta non comprendesse il premio per la clausola di previdenza è ammesso più volte dalla ricorrente stessa. Difatti, l'interessata indica ad esempio che "l'unica differenza presentata dall'offerta della ricorrente rispetto ai suoi

concorrenti risiede pertanto nel fatto che, in caso di aumento del valore dei beni da assicurare, il premio della clausola di previdenza viene calcolato solo una volta realizzatosi l'evento che porta all'aumento di valore, e computato all'assicurato a partire dal momento in cui tale aumento si è realizzato [...] il premio si determina al momento in cui l'acquisto o l'incremento di valore si verifica concretamente, sgravando così l'assicurato dal pagamento di un premio annuale a fondo perso pari a fr. 2'300.--, che di contro l'aggiudicataria riscuote in maniera astratta e generale (ricorso, pag. 17) ".

E. 3

In una censura di ordine formale, che va esaminata in primo luogo (DTF 141 V 557 consid. 3), la ricorrente invoca una violazione del diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.). A mente dell'insorgente, il Tribunale amministrativo non si sarebbe infatti pronunciato su alcune critiche da lei esposte, le quali - se adeguatamente esaminate - avrebbero portato all'esclusione dalla gara dell'opponente. A tal proposito, l'interessata si riferisce anche al "principio della parità di trattamento" (ricorso, pag. 24). Per come è formulata e motivata, quest'ultima censura si confonde tuttavia con quella relativa all' art. 29 cpv. 2 Cost. e sarà quindi esaminata unicamente in quest'ottica. Va inoltre osservato che, nella misura in cui la ricorrente si limita a menzionare più volte l' art. 29 cpv. 2 Cost. , senza però esporre con precisione e chiaramente in che modo tale principio costituzionale sarebbe stato disatteso dall'autorità precedente, le sue censure non rispettano le accresciute esigenze di motivazione poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF (applicabile sulla base dell' art. 117 LTF ; cfr. supra consid. 2.1) e non possono essere vagliate.

E. 3.1

Il diritto di essere sentito garantito dall' art. 29 cpv. 2 Cost. comprende vari aspetti; tra questi, il diritto a una decisione motivata (DTF 138 I 232 consid. 5.1; 136 I 229 consid. 5.2). Per costante giurisprudenza, la motivazione di una decisione è sufficiente e l' art. 29 cpv. 2 Cost. è rispettato quando la parte interessata è messa in condizione di rendersi conto della portata del provvedimento che la concerne e di poterlo impugnare con cognizione di causa (DTF 143 III 65 consid. 5.2). In quest'ottica basta che l'autorità esponga, almeno brevemente, i motivi che l'hanno indotta a decidere in un senso piuttosto che in un altro. Essa non è quindi tenuta a pronunciarsi in modo esplicito ed esaustivo su tutti gli argomenti sollevati, ma può limitarsi alle sole circostanze che, senza arbitrio, appaiono rilevanti per il giudizio in quanto atte a influire sulla decisione di merito (DTF 142 II 154 consid. 4.2). Inoltre, sempre che ciò non ne ostacoli troppo la comprensione, la motivazione di una decisione può anche essere implicita, risultare dai diversi considerandi della stessa o da rinvii ad altri atti (DTF 141 V 557 consid. 3.2.1; sentenza 2C_753/2019 del 13 febbraio 2020 consid. 2.1).

E. 3.2

Nel caso di specie, la ricorrente, nel ricorso da lei interposto presso il Tribunale amministrativo, non aveva concluso all'esclusione dell'opponente dalla gara, né aveva menzionato tale problematica nelle proprie argomentazioni (cfr. art. 118 cpv. 2 LTF). Come indicato anche dalla Corte cantonale nella propria presa di posizione del 29 gennaio 2021, la questione della conformità al bando di gara dell'offerta dell'opponente è stata evocata dall'insorgente solo in sede di replica. In tale frangente, la ricorrente aveva emesso delle perplessità sull'offerta dell'opponente, "riservandosi di sviluppare ulteriori contestazioni al riguardo e postulare in particolare la sua esclusione, a dipendenza di quanto

essa vorrà indicare in sede di duplica" (cfr. replica [nella procedura cantonale] del 2 settembre 2020, pag. 7; art. 118 cpv. 2 LTF). Dopo l'intimazione della duplica, nella quale l'opponente aveva preso posizione sulla replica e sulle perplessità emesse dall'insorgente, quest'ultima non ha però depositato una triplica, lasciando così cadere la questione. In siffatte circostanze, contrariamente all'opinione della ricorrente, non si può rimproverare al Tribunale amministrativo di "non [essere] entrato nel merito delle censure debitamente sollevate dalla ricorrente e che [avrebbero potuto] portare all'esclusione dell'aggiudicataria" (ricorso, pag. 24; cfr. anche replica, pagg. 4 e 18). Infatti, la censura in questione - cioè la problematica della conformità dell'offerta dell'opponente alle prescrizioni di gara - non è affatto stata "debitamente sollevata" dall'insorgente, che si è limitata tutt'al più ad annunciare che avrebbe forse esposto delle critiche in tal senso in sede di triplica, senza poi però concretizzare questa intenzione. Dal momento che, in definitiva, la censura in parola non è stata sollevata con chiarezza davanti al Tribunale amministrativo, non si vede come il fatto che i Giudici ticinesi non l'abbiano esaminata potrebbe aver violato il diritto di essere sentita della ricorrente (art. 29 cpv. 2 Cost.). La critica formulata in tal senso dall'interessata non può quindi che essere respinta.

E. 4

La ricorrente sostiene che la sua estromissione dalla commessa litigiosa sarebbe arbitraria (art. 9 Cost.). Le sue critiche in tal senso portano essenzialmente sull'interpretazione della sua offerta da parte del Tribunale amministrativo e sulla conformità della stessa al bando di concorso, per quanto riguarda segnatamente il prezzo relativo alla copertura provvisoria per i nuovi acquisti e gli incrementi di valore.

E. 4.1

A titolo preliminare va rammentato che, in materia di commesse pubbliche, l'autorità giudiziaria esamina liberamente se il committente ha applicato in modo corretto la legislazione determinante. In tale contesto, quando il diritto materiale lascia a quest'ultimo un ampio potere di apprezzamento, ciò che è il caso in particolare 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. L'autorità giudiziaria non deve infatti sostituire il proprio potere di apprezzamento a quello dell'ente appaltante riguardo all'aggiudicazione di una commessa pubblica, perché in tal caso adotterebbe un giudizio di opportunità esaminando l'adeguatezza della decisione, ciò che le è vietato dall'art. 16 cpv. 2 CIAP (cfr. DTF 141 II 353 consid. 3; sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 3.1 e 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.3). Essa può quindi intervenire unicamente in caso di abuso o di eccesso del potere di apprezzamento da parte del committente, ciò che in pratica può essere equiparato a un controllo limitato all'arbitrio (cfr. DTF 141 II 353 consid. 3; sentenza 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.1). Nell'ambito di un ricorso subsidiario in materia costituzionale, il Tribunale federale dovrebbe poi esaminare se l'autorità cantonale di ultima istanza abbia fatto uso in maniera insostenibile del proprio potere di cognizione limitato, ciò che, come appena illustrato, equivarrebbe a un controllo limitato all'arbitrio anche da parte sua. Ora, in questo contesto, il Tribunale federale evita la cosiddetta duplice limitazione del potere di esame ("

Willkür im Quadrat "; "

arbitraire au carré ") ed esamina quindi liberamente se la Corte cantonale ha correttamente giudicato se il committente ha commesso abuso o eccesso del proprio potere

d'apprezzamento; in altre parole, il Tribunale federale vaglia liberamente se i giudici cantonali hanno correttamente applicato la nozione di arbitrio (cfr. sentenze 2C_964/2020 del 25 agosto 2021 consid. 3.1 e 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.1).

E. 4.2

Nella fattispecie, il Tribunale amministrativo ha constatato che l'offerta della ricorrente non comprendeva il premio relativo alla copertura provvisoria per i nuovi acquisti e gli incrementi di valore. Ciò risultava dalle spiegazioni fornite dall'interessata, secondo la quale il premio per tale prestazione non andava corrisposto anticipatamente ogni anno dal cliente, ma sarebbe stato calcolato e fatturato solamente al verificarsi dell'evento assicurato (acquisto di un nuovo bene o aumento di valore di un bene già assicurato), con effetto retroattivo. A mente dei Giudici ticinesi, questo sistema implicava che il premio complessivo indicato nel modulo d'offerta non era completo, poiché al prezzo globale indicato si sarebbe sommato, a posteriori, il premio riscosso in modo retroattivo dalla ricorrente. L'offerta dell'interessata, che comportava quindi dei costi incerti e non quantificati che impedivano una comparazione attendibile con le altre offerte, non era dunque conforme alle prescrizioni di gara e andava esclusa dalla commessa, conformemente a quanto deciso dal Comune il 2 luglio 2020.

E. 4.3

La ricorrente sostiene che la sua offerta era completa e rispettava le prescrizioni di gara. Secondo l'interessata, il Tribunale amministrativo non avrebbe distinto " (i) la mancata offerta della copertura provvisoria dalla (ii) mancata inclusione del prezzo di tale clausola nel prezzo complessivo dell'offerta" (ricorso, pag. 15). La sua offerta comprendeva incontestabilmente la copertura provvisoria, conformemente alle prescrizioni di gara. Essa non comprendeva tuttavia il premio relativo a tale prestazione assicurativa, poiché, secondo il metodo seguito dall'insorgente, il premio in questione "non viene calcolato in maniera forfettaria, bensì esso viene addebitato retroattivamente a partire dal verificarsi dell'evento, ossia dal momento in cui l'assicurato procede ad un nuovo acquisto o ad un incremento del valore" (ricorso, pag. 16). L'interessata osserva che questo modo di procedere, da lei regolarmente offerto anche ai clienti privati, rispetta le direttive prescritte dalla FINMA per le assicurazioni di questo tipo ed è inoltre più vantaggioso per l'assicurato, il quale non deve farsi carico di un premio fisso indipendente dall'effettivo verificarsi o meno dell'evento assicurato (cioè un nuovo acquisto o un incremento del valore). A mente dell'insorgente, poi, la documentazione di gara non indicava da nessuna parte l'obbligo di inserire il premio della clausola provvisoria nel prezzo complessivo dell'offerta. La sua offerta doveva quindi essere ritenuta completa e corretta. Ritenendo il contrario ed escludendola dalla gara per tale motivo, la Corte cantonale sarebbe dunque incorsa in arbitrio.

E. 4.4

L'argomentazione della ricorrente non può essere condivisa. In primo luogo, come illustrato in precedenza, il Tribunale amministrativo ha ritenuto in fatto - e l'insorgente non lo rimette in questione con una critica conforme alle esigenze poste dalla LTF (cfr. supra consid. 2.2) - che il prezzo globale indicato nell'offerta dell'interessata non comprendeva il premio relativo alla copertura provvisoria. Ciò corrisponde del resto al "modello di determinazione del premio" esposto nel gravame dalla ricorrente stessa (cfr. ricorso, pag. 17), che prevede appunto una fatturazione a posteriori del premio in questione, da effettuare

nel momento in cui l'evento assicurato (nuovo acquisto o incremento del valore dei beni già assicurati) si verifica concretamente. Le critiche appellatorie (e in parte contraddittorie) dell'insorgente su questo punto non possono quindi che essere scartate.

In secondo luogo, la ricorrente non può essere seguita quando afferma, per tentare di dimostrare che la propria offerta era corretta e completa, che "dal bando di concorso e dalla documentazione di gara non si poteva in alcun modo dedurre l'obbligo per un offerente di inserire il premio della clausola provvisoria nel prezzo complessivo dell'offerta" (ricorso, pag. 15; cfr. anche replica, pag. 8 e 12). Come risulta dai fatti constatati nel giudizio impugnato, tra i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di concorso figurava segnatamente il criterio "premio annuo totale offerto" (sentenza impugnata, pag. 2) e il modulo d'offerta chiedeva infatti ai concorrenti di esporre il "premio complessivo" (sentenza impugnata, pag. 7). Più nel dettaglio, l'allegato 2 al formulario d'offerta comprendeva un riquadro dove indicare in franchi la "somma totale del premio annuo per l'assicurazione di cose - beni mobili ed immobili (inclusi bollo federale, tassa cantonale e spese)" (allegato 2 al formulario d'offerta, pag. 15; cfr. art. 118 cpv. 2 LTF). Inoltre, come illustrato in precedenza (supra lett. A.b), la copertura provvisoria (o clausola di previdenza) è una prestazione assicurativa richiesta dal Comune, il cui scopo è evitare il rischio di una sottoassicurazione. Per ammissione stessa dell'interessata, per tale prestazione - come per tutte le altre - l'assicurato deve corrispondere un premio (che da lei è calcolato e fatturato solamente a posteriori). Date tali premesse, mal si comprende come la ricorrente possa seriamente sostenere che il bando di concorso non chiedeva di indicare anche il premio in questione nel prezzo complessivo dell'offerta. Le ulteriori (ridondanti) critiche formulate in proposito dall'insorgente, la quale afferma in particolare che nell'allegato 2 al formulario d'offerta veniva "unicamente richiesta l'indicazione del premio complessivo delle prestazioni riportate alle tabelle da pag. 3 a 12 (che non contengono alcuna indicazione sulla clausola provvisoria)" (ricorso, pag. 18; cfr. anche replica, pagg. 8, 9, 13 e 20), sono prive di fondamento. Infatti, il documento in questione (cfr. art. 118 cpv. 2 LTF) non fa menzione alcuna di un premio riferito al solo contenuto delle "pag. 3 a 12", ad esclusione del premio previsto per la clausola di previdenza menzionata a pag. 14. Al contrario, il fatto che la richiesta di indicare la "somma totale del premio annuo" sia stata posta a pag. 15, alla fine del documento e dopo la menzione dell'esigenza di prevedere anche la copertura provvisoria, è un ulteriore indizio del fatto che il prezzo offerto doveva comprendere anche il premio per tale prestazione assicurativa (in questo senso, cfr. anche la risposta del Comune del 4 febbraio 2021, pag. 4).

Per il resto, nulla giova alla ricorrente invocare il fatto che la sua offerta comprendesse la copertura assicurativa per i nuovi acquisti e gli incrementi di valore, che fosse conforme alle direttive prescritte dalla FINMA per le assicurazioni di questo tipo o che fosse addirittura fondata su un sistema vantaggioso per l'assicurato. Non sono questi infatti gli elementi che hanno portato il Tribunale amministrativo a confermare l'esclusione dell'interessata dalla gara, ma il fatto che il prezzo da lei offerto non comprendeva il premio relativo alla clausola di previdenza. Ora, come osservato poc'anzi, il premio in questione andava incluso nel prezzo globale indicato nell'offerta. Optando per un modello di determinazione del premio per la copertura provvisoria che prevedeva una fatturazione a posteriori dello stesso, l'insorgente ha offerto un prezzo globale che non comprendeva tale premio ed era quindi incompleto, impedendo così un paragone attendibile con le altre offerte. In tal senso, poco importa che, nel momento in cui l'evento assicurato (nuovo acquisto o incremento del

valore dei beni già assicurati) si sarebbe verificato concretamente, il premio sarebbe poi stato effettivamente riscosso (a posteriori). Anzi, proprio questo fatto dimostra che il prezzo offerto dalla ricorrente non era completo, perché non includeva appunto (ancora) il premio in parola.

Ne consegue che, ritenendo che l'offerta dell'insorgente non comprendeva il premio relativo alla clausola di previdenza e deducendone che questo rendeva tale offerta viziata e inattendibile al punto da imporre la sua esclusione dalla gara, la Corte cantonale non ha ecceduto il proprio potere d'apprezzamento e non è incorsa in arbitrio (cfr. supra consid. 4.1). La censura formulata in tal senso dalla ricorrente non può quindi che essere respinta.

E. 5

La ricorrente lamenta una violazione del "principio della proporzionalità" e del "divieto del formalismo eccessivo" (ricorso, pag. 19 seg.). Tali critiche, che vertono essenzialmente sull'interpretazione che il Tribunale amministrativo avrebbe dovuto fare del bando di gara e dell'offerta dell'interessata, e che riprendono le identiche argomentazioni da lei già esposte altrove (come il fatto che, a suo avviso, il premio della clausola provvisoria non doveva essere incluso nel prezzo complessivo, o che la sua offerta comprendeva tale premio), si confondono tuttavia con la censura di arbitrio esaminata in precedenza e, come quest'ultima, vanno quindi respinte.

E. 6

Infine, l'insorgente menziona l' art. 8 Cost. (cfr. ricorso, pagg. 15 e 24), senza però esporre con precisione e chiaramente in che modo tale principio costituzionale sarebbe stato disatteso dall'autorità precedente. La censura non rispetta dunque le accresciute esigenze di motivazione poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF

cum

art. 117 LTF (cfr. supra consid. 2.1) e non va esaminata oltre.

E. 7.1

Per quanto precede, è a ragion veduta che il Tribunale amministrativo ha confermato la decisione del Comune e ritenuto che l'offerta della ricorrente andava esclusa dalla gara. Il ricorso subsidiario in materia costituzionale interposto dall'interessata è quindi infondato e va respinto.

E. 7.2

Le spese giudiziarie seguono la soccombenza. Esse vengono pertanto poste a carico della ricorrente (art. 66 cpv. 1 LTF), la quale verserà inoltre all'opponente, che, assistita da due avvocati, ha presentato delle osservazioni circostanziate e proposto il rigetto del gravame, un'indennità di fr. 3'000.-- per ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF). Non vengono assegnate ripetibili al Comune di X. _____ (art. 68 cpv. 3 LTF).