

## **BGer 2D\_54/2015 vom 13. April 2016**

Bundesgericht, 2016-04-13, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_54\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_54_2015)

FR: TF 2D\_54/2015 du 13 avril 2016

IT: TF 2D\_54/2015 del 13 aprile 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Il Tribunale federale esamina d'ufficio la propria competenza e l'ammissibilità del rimedio proposto ( art. 29 cpv. 1 LTF ; DTF 136 I 42 consid. 1 pag. 43).

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. Per ammissione delle ricorrenti, tali condizioni non sono tuttavia soddisfatte, motivo per cui l'impugnativa è stata correttamente formulata quale ricorso sussidiario in materia costituzionale ( DTF 138 I 143 consid. 1.1 pag. 146 seg.).

#### **E. 1.2**

La sentenza querelata è finale (art. 90 in relazione con l' art. 117 LTF ) ed è stata pronunciata da un'autorità giudiziaria cantonale di ultima istanza (art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 in relazione con l' art. 114 LTF ). L'impugnativa è tempestiva (art. 46 cpv. 1 lett. b in relazione con l'art. 100 cpv. 1 e l' art. 117 LTF ) e le insorgenti hanno un interesse giuridicamente protetto a contestare il diniego dell'esclusione dell'offerta del consorzio aggiudicatario ( art. 115 LTF ; DTF 141 II 14 consid. 4.1 pag. 27).

Per quanto precede, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è ammissibile. Siccome dalla motivazione risulta chiaro che le insorgenti mirano anche in questa sede all'esclusione dell'offerta delle ditte aggiudicatarie (e quindi l'attribuzione della commessa), all'entrata in materia non si oppongono in effetti nemmeno le conclusioni puramente cassatorie formulate, ignorando che anche il ricorso sussidiario in materia costituzionale ha di regola carattere riformatorio (art. 107 cpv. 2 in relazione con l' art. 117 LTF ; sentenza 2D\_45/2011 del 12 dicembre 2011 consid. 1.5 con ulteriori rinvii).

#### **E. 2**

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 inoltre 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).

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 .

Come ancora verrà indicato anche nel seguito, l'impugnativa adempie solo in parte alle condizioni di motivazione esposte. Nella misura in cui non le rispetta - segnatamente poiché le insorgenti vi si esprimono come se si rivolgessero a una Corte che rivede liberamente sia i fatti che il diritto - essa è pertanto inammissibile.

### **E. 3.1**

Chiamato ad esprimersi sul ricorso dei membri del Consorzio B.\_\_\_\_\_ - che si lamentavano del fatto che i salari orari esposti nell'offerta delle ditte aggiudicatrici per la classe V (33.10 fr./h), Q (31.15 fr./h) e A (29.95 fr./h) non corrispondevano a quelli validi nel Moesano (34.55 fr./h per la classe V; 31.55 fr./h per la classe Q e 30.40 fr./h per la classe A) - il Tribunale cantonale amministrativo lo ha respinto.

### **E. 3.2**

Nella loro sentenza, i Giudici cantonali hanno infatti rilevato quanto segue:

che giusta le condizioni poste dal capitolato d'appalto (posizione 100-113.110), le basi contrattuali sono in casu il contratto nazionale mantello (CNM) per il settore principale della costruzione e il contratto collettivo di lavoro (CCL) valido per la Società svizzera degli impresari costruttori (SSIC), sezione Grigioni;

che siccome il bando di concorso non indica nessuna regione precisa dei Grigioni e il capitolato d'appalto si riferisce in modo generico ai Grigioni, ci si può chiedere se il fatto che i salari orari indicati nell'offerta del consorzio aggiudicatario, validi in Ticino ma anche in Bregaglia, a Brusio e a Poschiavo, permettano già di ammettere il rispetto del capitolato, anche se non corrispondono a quelli previsti per il Moesano;

che, data l'applicabilità della legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02), tale questione può restare però aperta;

che, a differenza della legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1), che conosce la prescrizione del rispetto delle condizioni salariali vigenti nel luogo dove viene eseguita la prestazione, la legge federale sul mercato interno si rifà in effetti al principio del luogo di provenienza, e non permette di imporre, fatta eccezione per il caso in cui dovessero verificarsi pericoli di dumping salariale, il rispetto delle condizioni di protezione lavorative e salariali del luogo di esecuzione delle prestazioni;

che la F.\_\_\_\_\_ SA, con sede in Ticino, può quindi riferirsi alle condizioni salariali previste dal Contratto nazionale mantello per la propria zona, pur offrendo una prestazione da eseguire nei Grigioni e che stessa conclusione dev'essere tratta per la manodopera della E.\_\_\_\_\_ SA assunta in Ticino e sottoposta alle condizioni salariali ivi determinanti;

che, dopo che aveva chiesto ed ottenuto la conferma del rispetto delle condizioni salariali minime valide nel Moesano per tutti gli operai non sottoposti alle disposizioni della Commissione paritetica cantonale ticinese, l'autorità appellante poteva ammettere la liceità dell'offerta presentata, giacché il rispetto delle condizioni salariali minime - garantito anche attraverso la sottoscrizione dell'autocertificazione facente parte del capitolato d'offerta - era stato chiarito e confermato;

che valendo le tariffe indicate nell'offerta solo per una delle ditte consorziate e per i lavoratori della E. \_\_\_\_\_ SA assunti in Ticino, l'offerta non era chiara ma che, svolti gli accertamenti di cui si è detto da parte del committente, non è dato concludere che la stessa fosse lesiva delle disposizioni in materia di salari minimi;

che un'esclusione dell'offerta a causa delle manchevoli indicazioni in essa fornite, come richiesto dalle ricorrenti, avrebbe comportato un formalismo eccessivo.

### **E. 3.3**

Da parte loro, le ricorrenti insorgono davanti al Tribunale federale contestando: da un lato, il diritto del Comune di X. \_\_\_\_\_ di chiedere delle delucidazioni ai membri del Consorzio D. \_\_\_\_\_ dopo la scadenza del termine per l'inoltro delle offerte; dall'altro, la decisione di non escludere l'offerta da essi presentata una volta esaminate le spiegazioni ottenute.

### **E. 4.1**

Come è stato appena rilevato, le insorgenti si lamentano innanzitutto del modo di procedere del Comune di X. \_\_\_\_\_, ovvero del fatto che, nel periodo tra la scadenza del termine per l'inoltro delle offerte e l'aggiudicazione, lo stesso si sia rivolto alla E. \_\_\_\_\_ SA e alla F. \_\_\_\_\_ SA per ottenere delucidazioni circa le indicazioni in materia di salari fornite nel capitolato e con l'autocertificazione.

Un simile agire, che esse ritengono "scorretto, perché pone il concorrente nella condizione di correggere a posteriori vizi e manchevolezze della sua offerta a discapito degli altri partecipanti", rispettivamente la sua tutela da parte della Corte cantonale, comporterebbe infatti la violazione: dell' art. 9 Cost. , che impone agli organi dello Stato di agire senza arbitrio e secondo il principio della buona fede, e dell'art. 29 cpv. 1, che garantisce ad ognuno il diritto di essere trattato alla pari e in modo giusto davanti alle autorità giudiziarie e amministrative.

### **E. 4.2**

A torto, tuttavia. Così argomentando esse non si avvedono in effetti del fatto che l'art. 10 della legge cantonale sugli appalti pubblici del 10 febbraio 2004 (Lap; RL/GR 803.300), che regola i contenuti dell'autocertificazione che gli offerenti sono chiamati a sottoscrivere, prevede espressamente che "su richiesta ogni offerente deve comprovare l'esattezza delle indicazioni fornite e autorizzare il committente alla verifica".

È infatti evidente che le ricorrenti non possono pretendere la constatazione dell'incostituzionalità del procedere del Comune di X. \_\_\_\_\_ senza prendere posizione in modo preciso su una norma - dedicata in maniera specifica all'autocertificazione e alla quale la Corte cantonale si richiama nel suo giudizio - che concede espressamente al committente di rivolgersi a chi partecipa alla gara d'appalto per chiedergli la prova delle indicazioni fornite. Per quanto ammissibili, siccome la loro conformità all'art. 106 cpv. 2 in relazione con l' art. 117 LTF è dubbia, le critiche rivolte contro la richiesta di delucidazioni avanzata dal Comune di X. \_\_\_\_\_ devono pertanto essere respinte.

### **E. 5.1**

In seconda battuta, le ricorrenti si lamentano delle conclusioni tratte dal committente e confermate dalla Corte cantonale alla luce della dichiarazione chiesta e ottenuta dai membri del Consorzio D. \_\_\_\_\_, ovvero del fatto che il Comune di X. \_\_\_\_\_ non abbia

escluso l'offerta da essi presentata.

A loro avviso, proprio il doc. E prodotto al Comune di X. \_\_\_\_\_ su sua richiesta dopo la scadenza del termine per inoltrare le offerte dimostra in effetti che l'autocertificazione rispettivamente l'offerta presentate dai membri di detto consorzio erano inveritiere, ragione per la quale andavano applicate le conseguenze di cui all' art. 22 Lap , che prevede l'esclusione di un'offerta quando l'offerente rilascia delle informazioni false (lett. e), oppure quando compila le autocertificazioni in modo non veritiero (lett. g). Anche queste critiche non possono essere però condivise.

### **E. 5.2**

Come indicato in precedenza la Corte cantonale ha scartato l'ipotesi dell'applicazione dell' art. 22 Lap sulla base di un ragionamento composto di più passaggi.

Dapprima si è in effetti chiesta se, dato che la parte del capitolato che indica le basi contrattuali fa solo un generico rinvio al CCL valido per la SSIC, "sezione Grigioni", i salari indicati nell'offerta non dovessero essere giudicati corretti in virtù del fatto che essi sono comunque validi in talune parti dei Grigioni, ovvero in Bregaglia, a Brusio e a Poschiavo. Lasciata aperta la questione, esposte le differenze tra legge federale sugli acquisti pubblici e legge federale sul mercato interno e fatto riferimento ai materiali relativi all' art. 5 LMI , ha quindi rilevato che, in assenza di un pericolo di dumping salariale, per le commesse a livello cantonale e comunale l'obbligo di rispettare le condizioni lavorative del luogo di esecuzione della prestazione per coloro i quali hanno domicilio o sede in Svizzera sono inammissibili. Richiamati i contenuti del doc. E, ha infine reputato che la F. \_\_\_\_\_ SA, con sede in Ticino, può riferirsi alle condizioni salariali previste dal Contratto nazionale mantello per la propria zona, pur offrendo una prestazione da eseguire nei Grigioni e che stessa conclusione dev'essere tratta per la manodopera della E. \_\_\_\_\_ SA assunta in Ticino e sottoposta alle disposizioni sulla protezione dei lavoratori e salariali ivi determinanti.

### **E. 5.3**

Insorgendo contro la mancata esclusione dell'offerta del consorzio aggiudicatario, affermando che "non può seriamente venir contestato che l'impresa E. \_\_\_\_\_ SA ha sottoscritto un'autocertificazione inveritiera", le ricorrenti non si confrontano né con l'ipotesi che i salari indicati potessero essere considerati a priori come corretti - poiché comunque validi in parte dei Grigioni, ovvero in Bregaglia, a Brusio e a Poschiavo - né con le considerazioni relative alla legge sul mercato interno e all'applicabilità dell' art. 5 LMI alla fattispecie.

Questi aspetti - che appunto non sono oggetto di nessuna critica specifica, tanto meno di natura costituzionale - non possono pertanto essere vagliati nell'ambito del ricorso sussidiario costituzionale che è stato qui presentato (sentenze 2D\_33/2015 del 1° dicembre 2015 consid. 6 e 2D\_59/2014 del 26 novembre 2014 consid. 6.4).

### **E. 5.4**

Un'applicazione arbitraria o altrimenti lesiva della Costituzione federale dell' art. 22 Lap , che appunto prescrive che un'offerta viene esclusa dall'aggiudicazione se l'offerente rilascia delle informazioni false (lett. e), oppure se compila le autocertificazioni in modo non veritiero (lett. g), non risulta d'altra parte dalle argomentazioni che le insorgenti adducono a sostegno dell'affermazione secondo cui pretendere di sanare il vizio di un'autocertificazione

palesamente invertiera facendo valere l'esistenza come tale di una succursale ticinese sarebbe un "artefizio".

Per quanto non già trattate nel precedente considerando 4, in relazione alla questione a sapere se il committente poteva rivolgersi agli offerenti per chiedere delucidazioni, le critiche esposte nel ricorso non rispettano infatti l'art. 106 cpv. 2 in relazione con l' art. 117 LTF , che impone sia di indicare in modo chiaro i diritti costituzionali ritenuti lesi, sia di spiegare nel dettaglio in cosa consista la violazione (precedente consid. 3.2; DTF 136 I 229 consid. 4.1 pag. 235; 134 II 244 consid. 2.2 pag. 246), e sono quindi sostanzialmente inammissibili.

### **E. 5.5**

In via abbondanziale, preso atto delle argomentazioni presentate, può essere ad ogni modo osservato quanto segue.

#### **E. 5.5.1**

Come indicato anche nella risposta dal Comune committente, i Giudici cantonali non sono affatto giunti alla conclusione che l'impresa principale potesse "assumere il personale della succursale ticinese così da eludere le disposizioni del CNM per il Moesano", bensì alla conclusione - contro la quale le ricorrenti non avanzano nessuna specifica censura di natura costituzionale, e che non può pertanto essere ulteriormente esaminata da questa Corte - che la E.\_\_\_\_\_ SA era legittimata ad impiegare anche manodopera assunta in Ticino e sottoposta alle disposizioni sulla protezione dei lavoratori e salariali ivi determinanti.

#### **E. 5.5.2**

Ritenuto come dal giudizio impugnato risulta che nel capitolato d'appalto non era richiesta nessuna lista dei quadri e delle maestranze impiegati o un organigramma, e che questa constatazione di fatto lega anche questa Corte ( art. 118 cpv. 1 LTF ), la semplice affermazione secondo cui l'impiego di manodopera assunta in Ticino e sottoposta alle disposizioni sulla protezione dei lavoratori e salariali ivi valide è rimasta indimostrata non certifica, nemmeno essa, l'insostenibilità delle conclusioni tratte nel giudizio impugnato.

#### **E. 5.5.3**

Sempre perché il nocciolo della questione stava semmai nella contestazione - non avvenuta - della conclusione in base alla quale la E.\_\_\_\_\_ SA era legittimata ad impiegare anche manodopera assunta in Ticino e sottoposta alle disposizioni sulla protezione dei lavoratori e salariali ivi determinanti, l'insostenibilità del giudizio reso non è dimostrata neppure dalla sola affermazione secondo la quale, grazie alla sua autonomia, niente e nessuno avrebbe potuto impedire alla succursale ticinese di detta società di partecipare alla gara.

### **E. 5.6**

Infine, nuovamente lesiva dell'art. 106 cpv. 2 in relazione con l' art. 117 LTF e quindi inammissibile è anche la censura relativa all'argomento del formalismo eccessivo.

Confrontate con la conclusione della Corte cantonale secondo cui l'esclusione della controversa offerta da parte del Comune sarebbe stata sproporzionata e lesiva del divieto di formalismo eccessivo (precedente consid. 3.2 in fine), le ricorrenti si limitano in effetti a rilevare che essa non può essere udita, "intanto, perché smentita dalla dottrina più autorevole. Secondariamente, perché assolutamente questa tesi non regge", perché l'istanza precedente ne farebbe una questione economica.

## **E. 6**

Dato che nell'ambito di un ricorso sussidiario in materia costituzionale l'esame di una fattispecie è circoscritto alle critiche di natura costituzionale presentate con l'impugnativa e non può estendersi oltre e che quelle formulate dalle insorgenti nel ricorso del 10 settembre 2015, per quanto considerate ammissibili, sono state respinte, il querelato giudizio dev'essere quindi confermato.

## **E. 7**

In conclusione, nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è infondato. Gli oneri processuali sono posti a carico della parte soccombente ( art. 66 cpv. 1 LTF ). Ai membri del Consorzio D.\_\_\_\_\_, che non si sono pronunciati e non hanno quindi sopportato nessuna spesa ( art. 68 cpv. 1 e 2 LTF ), e al Comune di X.\_\_\_\_\_, che ha agito nell'ambito delle sue funzioni di diritto pubblico ( art. 68 cpv. 3 LTF ), non sono assegnate ripetibili.

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