

## **BGer 2D\_59/2014 vom 26. November 2014**

Bundesgericht, 2014-11-26, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_59\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_59_2014)

FR: TF 2D\_59/2014 du 26 novembre 2014

IT: TF 2D\_59/2014 del 26 novembre 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Il litigio riguarda una commessa pubblica. Il ricorso ordinario in materia di diritto pubblico è quindi ammissibile solo se il valore stimato raggiunge quelli 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 stessa ammissione della ricorrente, tali condizioni non sono qui soddisfatte, motivo per cui l'impugnativa è stata correttamente formulata quale ricorso sussidiario in materia costituzionale.

#### **E. 1.2**

La sentenza querelata è finale ( art. 90 e 117 LTF ) ed è stata pronunciata da un'autorità giudiziaria cantonale di ultima istanza (art. 114 e art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF). L'impugnativa è tempestiva (art. 117 e art. 46 cpv. 1 lett. b in relazione con l' art. 100 cpv. 1 LTF ) e l'insorgente, già aggiudicataria della commessa e poi riconosciuta solo seconda in graduatoria, ha un interesse giuridicamente protetto a ricorrere ( art. 115 LTF ). Per quanto precede, la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale è di massima aperta.

#### **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 esaminato d'ufficio ( art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l' art. 117 LTF ). Occorre infatti che il ricorrente specifichi quali diritti considera lesi ed esponga le sue critiche in modo chiaro e circostanziato, accompagnandole da una motivazione esaustiva. Nel caso lamenti una violazione del divieto d'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 138 I 49 consid. 7.1 pag. 51; 137 I 1 consid. 2.4 pag. 5; 136 I 316 consid. 2.2.2 pag. 318 seg.; 134 II 124 consid. 4.1 pag. 133).

L'impugnativa adempie solo parzialmente ai requisiti di motivazione esposti. Come ancora verrà precisato, nella misura in cui non li rispetta, essa è pertanto inammissibile.

#### **E. 3**

Chiamato a pronunciarsi sull'annullamento della delibera alla A. \_\_\_\_\_ rispettivamente sulla nuova delibera alla B. \_\_\_\_\_, il Tribunale cantonale amministrativo ha tutelato l'agire del Comune di X. \_\_\_\_\_.

Riferendosi alle prescrizioni di gara, esso ha dapprima osservato come il committente avesse preannunciato in modo dettagliato sia il metodo sia le formule che avrebbe utilizzato

per valutare ogni singolo criterio di aggiudicazione, compresa quella per esaminare l'attendibilità dei prezzi, con il fattore d'importanza del preventivo del committente fissato allo 0.5, contro la quale erano rivolte le critiche della ricorrente.

Richiamandosi all'art. 38 cpv. 3 della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL/TI 7.1.4.1), all' art. 40 cpv. 2 del regolamento di applicazione ad essa relativo (RLCPubb/CIAP; RL/TI 7.1.4.1.6) e al principio della buona fede, ha quindi aggiunto che, siccome non erano state oggetto di contestazione alcuna, le citate prescrizioni erano divenute vincolanti per ogni partecipante al concorso.

#### **E. 4**

Da un punto di vista formale, la ricorrente rimprovera al Tribunale cantonale amministrativo di non avere esaminato la censura con la quale faceva valere che l'intera procedura era stata falsata dalla presentazione di un'offerta che indicava una tariffa oraria "abnorme" e che il concorso andava organizzato con regole diverse, ledendo così l' art. 29 cpv. 2 Cost. rispettivamente il diritto ad una decisione motivata da esso garantito.

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

Benché il ricorso non dia conto dei termini specifici con cui è stata presentata l'originaria critica, come l' art. 106 cpv. 2 LTF imponeva di fare, risulta dal giudizio impugnato che l'insorgente si è effettivamente rivolta alla Corte cantonale lamentandosi, tra l'altro, dell'aspetto evocato; sempre dalla querelata sentenza emerge d'altra parte che il Tribunale amministrativo non ha dedicato all'argomentazione in questione nessun considerando specifico. Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, il diritto di essere sentito della ricorrente non è stato tuttavia leso.

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

Se infatti è vero che il Tribunale amministrativo non ha dato alla critica menzionata una risposta esplicita è altrettanto vero che, giungendo alla conclusione che i metodi di valutazione indicati dal committente erano divenuti vincolanti, esso ha di fatto scartato ogni e qualsiasi motivo di scostarsi dalla loro applicazione, ivi compreso quello fatto valere nell'impugnativa, con riferimento all'offerta "abnorme" presentata da una delle ditte concorrenti (sentenze 2C\_103/2010 del 27 settembre 2010 consid. 6.1 e 2C\_505/2009 del 29 marzo 2010 consid. 3, che danno proprio conto del fatto che una motivazione può essere anche implicita o risultare dai diversi considerandi che compongono la decisione).

#### **E. 5**

Per quanto riguarda il merito, la ricorrente lamenta innanzitutto delle lesioni del principio della buona fede, sia da parte del committente che da parte del Tribunale cantonale amministrativo.

##### **E. 5.1**

L' art. 9 Cost. istituisce un diritto fondamentale del cittadino ad essere trattato secondo il principio della buona fede dagli organi dello Stato. In materia di diritto amministrativo, tale principio tutela l'amministrato nei confronti dell'autorità, quando, assolve determinate condizioni, il medesimo abbia agito conformemente alle istruzioni e alle dichiarazioni di quest'ultima. Il principio tutela in particolare la fiducia riposta in un'informazione ricevuta dall'autorità o in un suo determinato comportamento suscettibile di destare un'aspettativa legittima quando l'autorità sia intervenuta in una situazione concreta riguardo a determinate

persone, quand'essa era competente a rilasciare l'informazione o il cittadino poteva ritenerla competente sulla base di fondati motivi, quando affidandosi all'esattezza dell'informazione egli abbia preso delle disposizioni non reversibili senza subire un pregiudizio e quando non siano intervenuti mutamenti legislativi posteriori al rilascio dell'informazione stessa ( DTF 137 I 69 consid. 2.5.1 pag. 72 seg.; 131 II 627 consid. 6.1 pag. 636 seg.; 130 I 26 consid. 8.1 pag. 60 con ulteriori rinvii).

## **E. 5.2**

Nella sua impugnativa, la ricorrente non sostanzia per nulla l'adempimento delle condizioni appena menzionate, limitandosi ad invocare la buona fede in maniera generica.

Quand'anche fosse ammissibile dal profilo formale, la sua critica non potrebbe ad ogni modo essere condivisa.

In effetti:

### **E. 5.2.1**

L'insorgente vorrebbe rimproverare al Comune di X. \_\_\_\_\_ la mancata esclusione dell'offerta che si basava sulla tariffa oraria più alta, "come succede, mutatis mutandis, per le offerte insolitamente basse".

La prassi alla quale essa si richiama è tuttavia lungi dall'essere dimostrata (sentenza 2C\_877/2008 del 5 maggio 2009 consid. 6.2); riguardando semmai il caso opposto, ovvero quello di un'offerta sottocosto, questa prassi non avrebbe inoltre nessun effetto vincolante sulla fattispecie che ci occupa.

### **E. 5.2.2**

Rinviando alla clausola 239.100 del capitolato d'appalto, con la quale il committente si riservava la facoltà di non aggiudicare l'appalto qualora la migliore fra le offerte valide presentate avesse avuto un prezzo superiore al 10 % dell'importo di preventivo depositato, la ricorrente si lamenta poi del fatto che il concorso non sia stato annullato.

Già solo poiché non comporta nessun obbligo bensì la "facoltà" di procedere in tal senso, anche questa clausola non vincola però il committente ai sensi dell' art. 9 Cost.

### **E. 5.2.3**

Una lesione del principio della buona fede non può essere infine imputata al Tribunale cantonale amministrativo, giacché esso non si era prima d'ora occupato del caso in esame ed è quindi a priori escluso che possa avere creato una qualsivoglia aspettativa alla quale la ricorrente possa oggi appellarsi (sentenza 2C\_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 5.3.2 con ulteriori rinvii).

## **E. 6**

Denunciata la lesione del principio della buona fede, l'insorgente lamenta l'arbitrarietà del giudizio impugnato.

### **E. 6.1**

Come ricordato, la Corte cantonale è giunta a concludere che le prescrizioni di gara fossero vincolanti basandosi su due precise norme di diritto cantonale: l'art. 38 cpv. 3 LCPubb, che indica come contro le decisioni di aggiudicazione non siano proponibili eccezioni che non siano state sollevate mediante impugnazione del bando e l'art. 40 cpv. 2 RLCPubb, che indica come la partecipazione alla gara, con l'inoltro dell'offerta, implichi l'accettazione di

tutte le condizioni contenute negli atti di gara. Sollevando una critica d'arbitrio, la ricorrente non poteva quindi non confrontarsi innanzitutto con tali chiari disposti e con la loro applicazione alla fattispecie specifica.

Lo scarno capitolo dedicato all'arbitrio non contiene tuttavia nessuna argomentazione topica al riguardo, la quale non è ravvisabile nemmeno nel resto del ricorso. Anche i riferimenti alla questione dell'impugnabilità del bando, contenuti nel capitolo dedicato alla lesione della buona fede, si esauriscono in effetti in frammentarie citazioni della dottrina, oppure nell'affermazione - che resta però tale e non dimostra quindi l'arbitrio - che la formula utilizzata per valutare l'attendibilità dei prezzi, comunicata ab initio indicando che il fattore d'importanza del preventivo del committente era fissato a 0.5, aveva in realtà una portata poco chiara.

### **E. 6.2**

L'arbitrio non è poi sostanziato nemmeno in relazione alla mancata applicazione della clausola 239.100 del capitolato d'appalto da parte del committente rispettivamente del Tribunale amministrativo cantonale, per escludere l'offerta più alta pervenuta.

Come osservato in precedenza, la clausola 239.100 prevedeva infatti solo la "facoltà" di non aggiudicare l'appalto qualora la migliore fra le offerte valide presentate avesse avuto un prezzo superiore al 10 % dell'importo di preventivo depositato; l'intenzione di dimostrare l'arbitrio del giudizio reso grazie all'applicazione in via analogica di una prassi che sarebbe stata sviluppata in materia di offerte insolitamente basse naufraga d'altra parte già davanti alla mancata prova dell'effettivo sussistere di questa prassi (precedente consid. 5.2.1).

### **E. 6.3**

Come indicato in una delle risposte al ricorso, una valida critica d'arbitrio non può infine essere ravvisata né nella generica sottolineatura della necessità di tutelare la parità di trattamento né in quella - altrettanto generica - dell'importanza di "una sana concorrenza".

### **E. 6.4**

Dato che nell'ambito di un ricorso subsidiario in materia costituzionale l'esame di una fattispecie è circoscritto alle critiche di natura costituzionale presentate con l'impugnativa e che quelle formulate dall'insorgente, per quanto considerate ammissibili, sono state respinte, il querelato giudizio dev'essere quindi confermato.

### **E. 7.1**

Per quanto precede, il ricorso subsidiario in materia costituzionale è respinto sia riguardo alle conclusioni presentate in via principale che subordinata.

### **E. 7.2**

Le spese giudiziarie seguono la soccombenza ( art. 66 cpv. 1 LTF ). La ricorrente verserà inoltre alla B. \_\_\_\_\_ un'indennità di fr. 3'000.-- per ripetibili della sede federale ( art. 68 cpv. 1 e 2 LTF ).

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