

BGer 2D_6/2019 vom 11. Juli 2019

Bundesgericht, 2019-07-11, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_6_2019

FR: TF 2D_6/2019 du 11 juillet 2019

IT: TF 2D_6/2019 del 11 luglio 2019

Erwägungen

E. 1.1

Il litigio riguarda una decisione presa in ambito di commesse pubbliche. Il ricorso ordinario è quindi ammissibile solo se sono raggiunti 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 stessa ammissione della ricorrente, non si pone in casu nessuna questione di tale genere, motivo per cui è stato correttamente formulato un ricorso sussidiario in materia costituzionale.

E. 1.2

La querelata sentenza 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 inoltrata contro di essa è tempestiva (art. 46 cpv. 1 lett. c in relazione con l'art. 100 cpv. 1 e l' art. 117 LTF) e l'insorgente, già aggiudicataria della commessa e poi estromessa dalla gara, ha un interesse giuridicamente protetto a contestare l'annullamento della delibera a suo favore (art. 115 LTF ; sentenze 2D_45/2016 del 10 luglio 2017 consid. 1; 2D_17/2014 del 7 luglio 2014 consid. 1.2; 2D_15/2012 del 31 agosto 2012 consid. 1.2 e 2D_74/2010 del 31 maggio 2011 consid. 1.2). Per quanto precede, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è ammissibile.

E. 2.1

Con questo rimedio può venir censurata unicamente la violazione di diritti costituzionali (art. 116 LTF). Il rispetto di tali diritti non è esaminato d'ufficio, ma soltanto se il ricorrente ha sollevato le proprie critiche in modo preciso (art. 117 e 106 cpv. 2 LTF ; DTF 134 II 244 consid. 2.2; 134 I 83 consid. 3.2). 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.).

E. 2.2

Di principio, il Tribunale federale si fonda sui fatti stabiliti dall'autorità inferiore (art. 118 cpv. 1 LTF); può rettificare o completare i relativi accertamenti se sono stati svolti in violazione del diritto ai sensi dell' art. 116 LTF (art. 118 cpv. 2 LTF). A meno che non ne dia motivo la decisione impugnata, condizione il cui adempimento va dimostrato, non tiene neanche conto di fatti o mezzi di prova nuovi, i quali non possono in ogni caso essere posteriori a detto giudizio (art. 99 in relazione con l' art. 117 LTF ; DTF 133 IV 343 consid. 2.1 pag. 343 seg.).

E. 2.3

Come precisato anche più oltre, le critiche formulate dall'insorgente rispettano solo in parte i requisiti di motivazione esposti. Siccome le condizioni per un richiamo all'art. 99 in relazione con l' art. 117 LTF non sono state rispettivamente sostanziate, i documenti prodotti dalle parti non possono essere inoltre vagliati. Alla presa in considerazione del doc. A e dei doc. 2-3 osterebbe ad ogni modo anche la data che portano, che è posteriore a quella del giudizio impugnato.

E. 3.1

Nella querelata sentenza, i Giudici ticinesi hanno respinto le censure sollevate dalla B._____ SagI in merito sia alle asserite carenze della dichiarazione della Commissione paritetica cantonale (CPC), sia alle attestazioni di pagamento delle imposte e dei contributi sociali, sia alle modalità di allestimento del formulario relativo all'impiego di manodopera in prestito.

E. 3.2

Detto ciò, hanno rilevato che "fondata sembrerebbe invece l'irregolarità ritenuta dalla ricorrente nella misura in cui la A._____ ha indicato, alle pos. 611.400 e 612.300 dell'elenco dei prezzi, che avrebbe provveduto all'esbosco del legname con l'elicottero ed eventualmente con la teleferica [(ELICOTTERO (EV. TELEFERICA))], omettendo però di segnalare, nel relativo formulario di pag. 75, il nome della ditta fornitrice della teleferica" e violando le regole relative alle possibilità di subappalto.

E. 3.3

Prospettata un'esclusione dalla gara a causa di tale mancanza non si sono poi però espressi definitivamente sulla questione siccome, in merito al metodo di esbosco e in violazione delle condizioni di concorso (pos. 261.100), l'offerta vincente prevedeva comunque una variante [(ELICOTTERO (EV. TELEFERICA))], di modo che essa andava esclusa già per questo motivo.

E. 3.4

Individuata una ragione di esclusione dell'offerta nella presentazione - non permessa - di una variante in merito al metodo di esbosco, i Giudici ticinesi non si sono infine pronunciati nemmeno sulla censura sollevata con riferimento all'inadempimento del requisito di idoneità previsto dalla pos. 223.100 CPN 102 (iscrizione all'albo delle imprese artigianali, ecc.), poiché l'eventuale ulteriore mancanza non rivestiva più nessun rilievo concreto.

E. 4.1

Per l'insorgente, la motivazione indicata nel precedente considerando 3.3 - relativa alla presentazione di una variante in merito al metodo di esbosco e che ha portato il Tribunale amministrativo ticinese ad annullare la delibera in suo favore - si fonda su una valutazione insostenibile degli atti, e viola in modo manifesto il principio di parità di trattamento degli offerenti.

A sostegno delle sue critiche, essa osserva: (a) che per variante si intende generalmente un'offerta che deroga dai moduli e dai progetti oppure dai metodi e dai programmi d'esecuzione; (b) che una variante è dunque un'offerta che, pur scostandosi dalla prestazione descritta dal capitolato d'onori, non sovverte l'oggetto della commessa, che non può essere modificato né dal committente, né dai concorrenti; (c) che, in concreto, la soluzione

eventuale presentata dalla ricorrente non può essere qualificata di variante, bensì rientra nella libera scelta dell'impresa su come operare e l'impresa che mette a disposizione del committente il proprio know how non può essere danneggiata; (d) che, nel caso qui in esame, non si può parlare di variante già perché il metodo di esbosco è "a scelta dell'imprenditore" (pos. 611.400 e 612.300) e dunque non è imposto imperativamente dalle disposizioni di gara; (e) che, nell'ambito della commessa in esame, l'esbosco mediante elicottero e teleferica non si escludono l'un l'altro, atteso che chi intende utilizzare la teleferica quale mezzo principale d'esbosco, dovrebbe poi completare l'esbosco con l'elicottero per recuperare quegli alberi abbattuti ai margini del perimetro d'intervento; (f) che sovente vengono utilizzati dei metodi di esbosco differenti per lo stesso taglio: la teleferica, il trattore se il legname si trova vicino ad una strada e l'elicottero per quello ai margini della tagliata.

E. 4.2

Così argomentando, la ricorrente non dimostra tuttavia nessuna delle violazioni di natura costituzionale sostenute nella sua impugnativa. In particolare, oltre a non sostanziare l'asserita disparità di trattamento tra offerenti, non dimostra l'arbitrio e questo né in merito alla valutazione degli atti, né in relazione alle conseguenze che la Corte cantonale ne ha successivamente tratto, annullando la delibera e attribuendo la commessa alla seconda classificata.

In effetti, e come in sostanza rimarcato anche dall'opponente in risposta, confrontandosi con la motivazione che ha condotto i Giudici ticinesi all'esclusione della sua offerta, la ricorrente mostra certo di non condividerla; da un esame dei differenti argomenti da essa adottati, ripresi per esteso anche nel precedente considerando 4.1, appare tuttavia evidente come la stessa si limiti a fornire una lettura diversa della fattispecie, ciò che non basta. L'arbitrio non è infatti già dato quando un'altra soluzione sembra possibile, e nemmeno se essa fosse preferibile a quella che è stata adottata, ma solo quando la decisione querelata è manifestamente insostenibile, gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico indiscusso, rispettivamente in contraddizione urtante con il sentimento di giustizia ed equità (DTF 139 I 149 consid. 3.1 pag. 155; 137 I 1 consid. 2.4 pag. 5; 133 I 149 consid. 3.1 pag. 155).

E. 4.3

In via abbondanziale, può essere comunque rilevato che, in relazione all'interpretazione dei documenti di gara, il divieto d'arbitrio non è stato nella fattispecie violato.

Le posizioni 611.400 e 612.300, relative all'esbosco del legname (pos. 600 del capitolato), sono infatti formulate come segue:

Metodo d'esbosco scelto dall'imprenditore:

-.....

-.....

Senza con ciò violare l' art. 9 Cost. , da tale formulazione i Giudici ticinesi potevano quindi anche dedurre che, nonostante vi fosse una possibilità di scelta tra diversi metodi di esbosco, il metodo da indicare fosse infine uno soltanto. Nel contempo, altrettanto sostenibile è la conclusione secondo la quale, indicando due metodi di esbosco invece di scegliere quello da offrire in concreto per adempiere alla commessa, la ricorrente abbia in

sostanza proposto una variante, ciò che i documenti di gara non permettevano di fare (pos. 261.100; sulla definizione di variante cfr. inoltre ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, n. 284 segg. 287).

E. 5

Respinta la critica relativa alla decisione di annullare la delibera a causa della presentazione di un'illecita variante in merito al metodo di esbosco, il ricorso va di conseguenza respinto senza che sia necessario esprimersi sulle censure ulteriori, relative all'argomentazione riassunta nel precedente considerando 3.2.

E. 6

Per quanto precede, il ricorso è respinto. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza (art. 66 cpv. 1 LTF). La ricorrente verserà inoltre all'opponente un'indennità di fr. 3'500.-- per ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF). L'ente banditore, che ha agito nell'ambito delle sue funzioni di diritto pubblico e che non ha in ogni caso formulato nessuna conclusione, non ha diritto a ripetibili (art. 68 cpv. 3 LTF).

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