

BGer 2P.117/2005 vom 17. Oktober 2005

Bundesgericht, 2005-10-17, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.117_2005

FR: TF 2P.117/2005 du 17 octobre 2005

IT: TF 2P.117/2005 del 17 ottobre 2005

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del rimedio sottopostogli (DTF 131 II 58 consid. 1; 129 III 107 consid. 1 e rispettivi richiami).

E. 1.1

Oggetto del contendere è una decisione d'inammissibilità, per difetto di competenza a decidere, emessa dal Tribunale amministrativo, ultima istanza cantonale, in applicazione del diritto cantonale: dinanzi a questa Corte è quindi data la via del ricorso di diritto pubblico (art. 84 cpv. 2, 86 cpv. 1 OG).

E. 1.2

Secondo la giurisprudenza relativa all' art. 88 OG , il ricorso di diritto pubblico - di regola di natura meramente cassatoria (DTF 129 I 129 consid. 1.2.1, 173 consid. 1.5 e rispettivi rinvii) - presuppone un interesse pratico e attuale all'annullamento del giudizio impugnato, rispettivamente all'esame delle censure sollevate (DTF 131 I 153 consid. 1.2 e rinvii; 128 I 136 consid. 1.3, 127 III 429 consid. 1b e rinvii). Quest'esigenza assicura, nell'interesse dell'economia processuale, che il Tribunale federale si pronunci su questioni concrete e non soltanto teoriche (DTF 127 III 41 consid. 2b; 125 I 394 consid. 4a). In materia di commesse pubbliche quando, come in concreto, il contratto è già stato concluso tra il committente e l'aggiudicatario della commessa, la giurisprudenza ammette che si possa fare eccezione alla natura cassatoria del ricorso di diritto pubblico e riconosce allora al concorrente non prescelto il diritto di fare accertare l'illiceità della decisione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 3 della legge federale sul mercato interno, del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02), onde potere chiedere, se del caso, il risarcimento del danno subito (DTF 125 II 86 consid. 5b). È in questa misura che il presente ricorso di diritto pubblico, esperito in tempo utile (art. 89 cpv. 1 OG) e fondato su una pretesa violazione di diritti costituzionali (art. 84 cpv. 1 lett. a OG), è ammissibile.

E. 2.1

Ricordato che oggetto di disamina era l'aggiudicazione di una commessa edile mediante licitazione privata senza pubblico bando, il Tribunale amministrativo ha esaminato se si applicava la legge cantonale sulle commesse pubbliche, segnatamente il suo articolo 2 cpv. 1 frase terza. Questa norma prevede che, oltre al Cantone, i Comuni e gli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali retti dal diritto cantonale o intercantonale che non hanno carattere commerciale o industriale (frase prima) e le società di diritto privato di cui il Cantone e/o i Comuni detengono la maggioranza della proprietà e che svolgono un compito pubblico (frase seconda), gli altri committenti sottostanno alla legge per opere sussidiate, quando il sussidio cantonale supera il 50% della spesa sussidiabile o 1'000'000.-- di franchi (frase terza). In primo luogo il Tribunale amministrativo ha stabilito che era decisivo

l'ammontare del solo sussidio erogato dallo Stato, indipendentemente da sovvenzioni elargite da altri enti pubblici. Ha poi osservato che la commessa pubblica era di natura sinallagmatica e si caratterizzava per il pagamento di un compenso all'offerente in cambio della sua prestazione. Ne ha quindi dedotto che il sussidio cantonale concesso ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 frase terza LCPubb costituiva una parte della controprestazione finanziaria dovuta dal committente all'aggiudicatario della commessa. Nella fattispecie, ha considerato che se il contributo di fr. 1'000'000.--, impiegato per pagare le prestazioni edili fornite, si configurava alla stregua di un sussidio cantonale ai sensi del citato disposto, ciò non era invece il caso della concessione in uso speciale: la stessa infatti non andava a confluire nella controprestazione dovuta agli artigiani per le forniture delle opere edili, ma rappresentava semplicemente una prestazione in natura dello Stato a favore della fondazione. Nulla mutava se lo Stato, oltre al contributo di fr. 1'000'000.--, avesse sovvenzionato anche l'acquisto di un terreno di terzi dato che, per principio, l'acquisizione di beni immobili non soggiaceva alla legislazione sugli appalti pubblici. La Corte cantonale ha poi rilevato che non era necessario stabilire se la citata concessione fosse assimilabile ad un sussidio in natura ai sensi della legge sui sussidi cantonali, dato che non lo era dal profilo di quella sulle commesse pubbliche. Infine, ha constatato che neanche il credito di fr. 420'000.--, concesso per la sistemazione dei posteggi, rientrava nel novero dei sussidi cantonali ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 frase terza LCPubb, dato che promotore e committente di quest'opera non era la fondazione, bensì lo Stato. Constatato che la legge sulle commesse pubbliche non si applicava in concreto (non essendo superato il valore soglia di fr. 1'000'000.-- di cui al suo art. 2 cpv. 1 frase terza), rammentato che la sua competenza era stabilita per clausola enumerativa e che nel caso di specie nessuna legge gli devolveva la facoltà di statuire quale autorità di ricorso o istanza unica, il Tribunale cantonale ha quindi dichiarato il gravame irricevibile per difetto di competenza a decidere.

E. 2.2

Con il ricorso in esame le ricorrenti contestano i suddetti argomenti e rimproverano alla Corte cantonale di non avere applicato alla fattispecie l'art. 2 cpv. 1 LCPubb. Rilevano innanzitutto che il criterio determinante per stabilire l'applicabilità della citata normativa è l'importo del sussidio concesso dal Cantone. Al riguardo ricordano che, giusta l'art. 3 della legge ticinese sui sussidi cantonali del 22 giugno 1994, i sussidi sono prestazioni quantificabili in denaro accordate a terzi senza un'usuale controprestazione di mercato allo scopo di assicurare o promuovere l'adempimento di compiti specifici d'interesse pubblico (cpv. 1) e che sono segnatamente considerati sussidi le prestazioni pecuniarie non rimborsabili e, nella misura in cui la loro concessione avviene a titolo gratuito o a condizioni di favore, i mutui, le fideiussioni o altre forme di garanzia, i servizi e le prestazioni in natura (cpv. 2). Nel caso specifico, la concessione dei terreni a titolo gratuito e la loro sistemazione costituirebbero delle prestazioni in natura, quantificabili in denaro (fr. 1'500'000.-- e fr. 420'000.--), non rimborsabili e accordate senza controprestazione, al fine di ridurre i costi della fondazione: i citati finanziamenti non potrebbero pertanto essere altro che un sussidio. Il fatto di non applicare la legge sulle commesse pubbliche violerebbe pertanto il principio della legalità. Le ricorrenti avversano poi la tesi della Corte cantonale, secondo cui le prestazioni erogate dallo Stato che non fanno parte della controprestazione dovuta dal committente all'aggiudicatario - cioè che non servono direttamente a pagarlo - non costituiscono un sussidio ai sensi della legge sulle commesse pubbliche. Osservato che la medesima non definisce la nozione di sussidio, affermano che apparirebbe coerente riferirsi alla legge sui sussidi cantonali e alla relativa prassi, secondo cui sono anche dei

sussidi i servizi e le prestazioni non rimborsabili o la cui concessione avviene a titolo gratuito o a condizioni di favore. In proposito sostengono che quando lo Stato eroga un sussidio, esso verificherebbe che venga utilizzato per promuovere compiti d'interesse pubblico: decisivo sarebbe infatti non la specifica destinazione (cioè che sia utilizzato per pagare un terreno piuttosto che un'impresa edile), ma che sia destinato allo scopo prefissato, ovvero sostenere un'attività d'interesse pubblico. Determinante secondo le ricorrenti non sarebbe pertanto la destinazione specifica della prestazione accordata dallo Stato, ma la finalità d'interesse pubblico per cui verrebbe utilizzata. Al proposito osservano che una prestazione in natura, come la concessione in uso gratuito di un terreno, sebbene non possa effettivamente servire al pagamento diretto dell'aggiudicatario, servirebbe invece direttamente al committente che ridurrebbe così i propri costi e disporrebbe di maggior liquidità. Per i motivi esposti, la sentenza impugnata non solo sarebbe illegale ma anche arbitraria. Essa sarebbe poi insostenibile poiché basterebbe fornire aiuti che non siano denaro, e che dunque non servano direttamente al pagamento dell'aggiudicatario, per sfuggire all'applicazione della legge sulle commesse pubbliche. Le ricorrenti affermano infine che, poiché la legge sulle commesse pubbliche era applicabile, il Tribunale amministrativo era competente a decidere in virtù dell'art. 36 della stessa. Non esaminando il merito della causa la Corte cantonale avrebbe commesso un diniego di giustizia formale nonché disatteso i loro diritti di parte previsti dagli art. 29 cpv. 1 e 2 e 30 cpv. 1 Cost.

E. 3

Come accennato in narrativa, le ricorrenti censurano la violazione del divieto dell'arbitrio (art. 9 Cost.) e del principio della legalità (art. 5 Cost.). Al riguardo occorre rammentare che il principio della legalità non è un diritto costituzionale individuale, la cui violazione può essere criticata autonomamente con ricorso di diritto pubblico. La sua disattenzione può quindi essere fatta valere unicamente insieme ad uno specifico diritto fondamentale. Allorquando, come nella fattispecie, ciò non è il caso, il Tribunale federale esamina questa censura unicamente dal punto di vista dell'arbitrio (DTF 127 I 60 consid. 3a; 123 I 1 consid. 2b).

Per prassi costante, una decisione è arbitraria quando la soluzione adottata è insostenibile, poiché contraddice manifestamente la situazione di fatto, viola una norma o un principio giuridico chiaro ed indiscusso o contrasta in modo palese con il senso di giustizia ed equità. Viceversa, una decisione non è arbitraria per il semplice fatto che un'altra soluzione, diversa da quella adottata dall'autorità cantonale, sia immaginabile o addirittura preferibile. Il Tribunale federale si scosta dalla soluzione scelta dall'ultima istanza cantonale solo se risulta del tutto insostenibile o destituita di fondamento serio e oggettivo ed inoltre quando il giudizio impugnato è arbitrario nel suo risultato e non solo nella sua motivazione (DTF 130 I 360 consid. 3.2 e riferimenti).

E. 4

Come appena illustrato il Tribunale amministrativo ha ritenuto che solo le prestazioni pecuniarie utilizzate per finanziare i lavori edili fossero dei sussidi ai sensi delle legge sulle commesse pubbliche. Questa interpretazione eccessivamente restrittiva appare, per i motivi esposti di seguito, manifestamente errata e, quindi, arbitraria. In primo luogo va osservato che nei materiali legislativi cantonali anche se, come ritenuto dalla Corte cantonale, la commessa pubblica viene definita come un contratto oneroso stipulato tra il committente e un offerente, la commessa edile vi è più precisamente descritta come una commessa che

riguarda l'esecuzione di lavori, il cui concetto si estende alla preparazione del terreno necessario per l'edificazione, ai cantieri, ai lavori di genio civile, alla costruzione e montaggio di prefabbricati ed ai lavori d'installazione, trasformazione e ampliamento (cfr. Messaggio del Consiglio di Stato concernente l'adozione della legge sulle commesse pubbliche del 28 ottobre 1998, Capitolo 1 - Principi generali, ad art. 4). È quindi indubbio che la definizione, molto ampia, della commessa edile ingloba la totalità degli interventi inerenti a una costruzione e non si limita ai soli lavori edili. Se ne può quindi desumere che ove l'art. 2 cpv. 1 frase terza LCPubb parla di "opere sussidiate" tale espressione si riferisce, trattandosi di una commessa edile, all'insieme dell'operazione (terreno, edificio, opere annesse, ecc.). In altre parole, si può pertanto ritenere che, di principio, tutti i costi legati ad una commessa possono essere sovvenzionati. Visto quanto precede e contrariamente all'opinione della Corte cantonale, non si scorgono motivi oggettivi o sostenibili che permetterebbero in materia di commesse pubbliche di scostarsi dal significato generalmente attribuito al concetto di sussidio.

In proposito va osservato che anche se non vi è unanimità di dottrina e se la nozione di sussidio viene definita in modo assai diverso secondo gli autori (cfr. su questo aspetto René A. Rhinow, *Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung*, Basilea/Stoccarda 1971, pag. 40 e segg.; Barbara Schaerer, *Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht*, Coira/Zurigo 1992, pag. 33 e segg.), la medesima include, in via di principio, anche le prestazioni in natura (cfr. Max Imboden/René A. Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Basilea e Francoforte sul Meno 1986, vol. II, n. 155 B I c); René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basilea 1998, § 16 n. 43 e segg., segnatamente n. 57; Bruno Kistler, *Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales*, Losanna 1956, pag. 14 e segg., segnatamente pag. 15), le quali possono assumere più forme, come ad esempio i diritto d'uso (cfr. Barbara Schaerer, op. cit., pag. 51), la concessione gratuita di un diritto di superficie (cfr. Etienne Grisel, *La légalité des subventions communales in: Droit cantonal et droit fédéral, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100ème anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne*, Losanna 1991, pag. 159) o la messa a disposizione gratuita di terreni (cfr. Gérard Hertig, *Les aides des cantons aux particuliers in: RDAF 1985 (41)*, pag. 3). Dal profilo normativo la legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (Legge sui sussidi, LSu; RS 616.1) sancisce al suo art. 3 cpv. 1, seconda frase, che sono considerati vantaggi pecuniari in particolare (...) i servizi e le prestazioni in natura, gratuiti o a condizione di favore. A questo proposito il Messaggio del 15 dicembre 1986 del Consiglio federale a sostegno di un disegno di legge sugli aiuti finanziari e le indennità precisa che gli aiuti finanziari sono vantaggi valutabili in denaro, accordati per promuovere l'attuazione di un compito che il beneficiario si è liberamente assegnato (cfr. Messaggio 15.12.1986 in: FF 1987 I pag. 297 e segg., segnatamente pag. 298 e 309). Da parte sua l'art. 3 cpv. 2 della legge ticinese del 22 giugno 1994 sui sussidi cantonali dispone che sono segnatamente considerati sussidi le prestazioni pecuniarie non rimborsabili e, nella misura in cui la loro concessione avviene a titolo gratuito o a condizioni di favore, i mutui, le fidejussioni o altre forme di garanzia, i servizi e le prestazioni in natura. Da parte sua il Messaggio del Consiglio di Stato ticinese del 15 settembre 1992 concernente la legge sui sussidi cantonali precisa che i sussidi sono prestazioni quantificabili in denaro accordate a terzi senza un'usuale controprestazione di mercato, allo scopo di assicurare o promuovere l'adempimento di compiti specifici d'interesse pubblico (cfr. Messaggio 15.09.1992, § 4). In concreto il diritto d'uso gratuito in

esame equivale indubbiamente ad un sussidio concesso sotto forma di una prestazione in natura: è valutabile in denaro ed è stato accordato per promuovere l'attuazione di un compito d'interesse pubblico (l'edificazione di un centro culturale e residenziale per studenti e docenti universitari), che la fondazione beneficiaria si è liberamente assegnata. Premesse queste considerazioni, i motivi addotti dalla Corte cantonale per giustificare la portata da lei data alla nozione di sussidio in materia di commesse pubbliche non appaiono convincenti né sorretti da motivi oggettivi.

Ciò è confortato dal fatto che nel Messaggio del 9 novembre 1999 concernente la concessione da parte dello Stato di un contributo di fr. 1'000'000.-- per la costruzione e la gestione di un centro residenziale e culturale si fa riferimento all'insieme dell'operazione, inclusi i costi previsti per l'acquisto del terreno, il cui prezzo all'epoca era valutato fr. 1'500'000.--. Al riguardo va osservato che è in seguito alle difficoltà riscontrate dalla fondazione per l'acquisto del terreno che lo Stato ha finalmente deciso di aumentare la propria partecipazione, concedendo alla fondazione un diritto d'uso gratuito della durata di 50 anni su determinati fondi di sua proprietà. Su questo punto si può anche ricordare che nel Messaggio del 14 gennaio 2003 concernente la concessione dell'uso speciale di parte dei mappali yyy e zzz RFD di Mendrisio alla fondazione viene precisato che, riguardo ai sussidi federali, la base complessiva del calcolo non mutava, in considerazione del fatto che il valore stimato della gratuità del diritto di superficie equivaleva in sostanza al prezzo di fr. 1'500'000.-- che avrebbe dovuto essere pagato per l'acquisto del terreno previsto inizialmente. In altre parole si è quindi sempre tenuto conto di tutti i costi e di tutte le spese inerenti alla commessa in questione. Infine non va trascurato che lo scopo della normativa cantonale è di garantire, quando il Cantone partecipa in modo rilevante alla realizzazione di un'opera, l'applicazione della regolamentazione sulle commesse pubbliche e delle relative garanzie. Orbene se delle prestazioni in natura come quelle ora in esame non entrassero nel campo d'applicazione della legge ciò equivarrebbe ad autorizzare ogni tipo di manipolazione o di abuso, come giustamente rilevato dalle ricorrenti. Visto quanto precede la sentenza impugnata, la quale nega l'applicazione della legge cantonale sulle commesse pubbliche alla presente fattispecie e, di riflesso, la competenza a decidere della Corte cantonale, integra gli estremi dell'arbitrio e va quindi annullata. Il ricorso dev'essere accolto già per tale motivo, senza che si renda necessario esaminare gli ulteriori argomenti opposti dalle ricorrenti al giudizio impugnato.

E. 5

In materia di commesse pubbliche, se tra il committente e l'aggiudicatario della commessa è già stato concluso il contratto per l'esecuzione dei lavori, l'eventuale accoglimento del gravame interposto contro l'aggiudicazione da un concorrente non prescelto non è suscettibile di invalidare tale contratto; viene tuttavia accertato in che misura l'aggiudicazione sia illecita, onde permettere all'interessato di chiedere, se del caso, il risarcimento del danno subito (DTF 130 I 258 consid. 1.2; 125 II 86 consid. 5 e rispettivi rinvii; cfr. ugualmente art. 41 cpv. 2 LCPubb e art. 9 cpv. 3 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno, LMI; RS 943.02). Nel caso concreto rammentato che la legge cantonale sulle commesse pubbliche non è stata applicata occorre pertanto procedere applicando per analogia quanto testé esposto.

Dagli atti di causa emerge che la delibera dei lavori in questione è stata effettuata il 18 ottobre 2004, con conseguente inizio dei lavori. In queste condizioni, non è quindi più possibile applicare alla presente vertenza la legge cantonale sulle commesse pubbliche e

procedere ad una corretta aggiudicazione. La sentenza impugnata va pertanto annullata e viene constatata l'illiceità della mancata applicazione della legge cantonale sulle commesse pubbliche.

E. 6

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va accolto e la sentenza impugnata annullata.

E. 7

Le spese seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG) e vanno poste a carico della fondazione, la quale rifonderà inoltre un'indennità alle ricorrenti a titolo di ripetibili della sede federale (art. 159 cpv. 2 OG).

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