

## **BGer 2P.5/2003 vom 21. März 2003**

Bundesgericht, 2003-03-21, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2P.5\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.5_2003)

FR: TF 2P.5/2003 du 21 mars 2003

IT: TF 2P.5/2003 del 21 marzo 2003

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Per costante giurisprudenza il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del rimedio esperito ( DTF 128 I 177 consid. 1, 46 consid. 1a; 128 II 66 consid. 1 e riferimenti ivi menzionati).

#### **E. 1.1**

Di norma, la sentenza resa su ricorso da un'autorità di ultima istanza cantonale nell'ambito di una vertenza concernente una decisione adottata da un committente di livello cantonale o comunale in materia di appalti pubblici, costituisce una decisione impugnabile ai sensi dell' art. 84 OG e può dunque fare l'oggetto di un ricorso di diritto pubblico ( DTF 125 II 86 consid. 3b). In base ad una ormai consolidata giurisprudenza del Tribunale federale, chi partecipa ad una gara per l'assegnazione di una commessa pubblica dispone, sulla base del diritto materiale applicabile, di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell' art. 88 OG , che gli consente di sollevare, nell'ambito del citato rimedio di diritto, delle censure riferite non soltanto al modo nel quale si è svolta la procedura di concorso, ma anche al merito delle decisioni adottate dal committente ( DTF 125 II 86 consid. 4).

Nel caso concreto, dev'essere dunque di principio riconosciuta la legittimazione ad agire della ditta insorgente, la quale lamenta la violazione dei suoi diritti costituzionali in relazione al giudizio con il quale i giudici cantonali hanno ripristinato la decisione con cui il committente ha risolto di aggiudicare la commessa pubblica a concorso alla C. \_\_\_\_\_ SA, piuttosto che a lei stessa.

#### **E. 1.2**

Con il giudizio impugnato il Tribunale amministrativo ticinese ha statuito definitivamente, nella sua qualità di ultima istanza cantonale di ricorso, ai sensi dell'art. 38 della legge ticinese sul consorzio dei Comuni, del 21 febbraio 2001, (LCCom), dell'art. 208 cpv. 1 della legge organica comunale ticinese, del 10 marzo 1987 (LOC), nonché dell'art. 66 della legge di procedura per le cause amministrative, del 19 aprile 1966 (LPamm), sul gravame che era stato a suo tempo inoltrato dalla C. \_\_\_\_\_ SA avverso la decisione del governo ticinese che escludeva dalla gara l'offerta inoltrata da quest'ultima ditta e aggiudicava il servizio in questione alla ricorrente. Pertanto il presente gravame è stato tempestivamente inoltrato ( art. 89 OG ) dopo che erano state esaurite tutte le possibilità di ricorso a livello cantonale, conformemente a quanto previsto dall' art. 86 OG .

#### **E. 2**

Giusta l' art. 90 cpv. 1 OG , l'atto di ricorso deve soddisfare rigorosamente determinati requisiti di forma: oltre alla designazione del decreto o della decisione impugnata (lett. a), esso deve contenere le conclusioni del ricorrente, l'esposizione dei fatti essenziali e quella

concreta dei diritti costituzionali o della norma giuridica che si pretendono violati, specificando in che cosa consista tale violazione (lett. b). Nell'ambito di questo rimedio il Tribunale federale statuisce unicamente sulle censure sollevate dal ricorrente, alla condizione che esse siano sufficientemente sostanziate ( DTF 117 Ia 412 consid. 1c e rinvii).

È dunque anche alla luce di questi principi che dev'essere esaminata la ricevibilità delle varie censure sollevate dalla ricorrente in questa sede.

### **E. 3**

Innanzitutto va detto che, nella misura in cui con il suo gravame la A.\_\_\_\_\_ SA invoca la disattenzione del principio di uguaglianza ( art. 8 Cost. ) e della libertà di commercio e di industria ( art. 27 Cost. ) il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile, non avendo l'insorgente spiegato in maniera conforme a quanto imposto dall' art. 90 cpv. 1 OG , in quale misura e per quali ragioni la decisione impugnata sarebbe lesiva di questi suoi diritti costituzionali. Su questo punto il gravame disattende dunque manifestamente i suddetti requisiti di forma.

#### **E. 4.1**

Come accennato in narrativa, la ricorrente censura pure la violazione del divieto d'arbitrio e del principio della legalità. A tale proposito occorre comunque subito sottolineare che, tranne in materia di diritto tributario e di diritto penale, quest'ultimo principio, pur essendo di rango costituzionale, non costituisce un diritto fondamentale la cui violazione può essere censurata autonomamente per mezzo di un 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 questo genere di censura dal punto di vista dell'arbitrio ( DTF 123 I 1 consid. 2b e c con rinvii).

#### **E. 4.2**

Anche su questo punto l'allegato ricorsuale disattende però in larga parte le già menzionate condizioni di motivazione fissate dall' art. 90 cpv. 1 OG . Infatti, la ricorrente ha sollevato in questa sede tutta una serie di argomenti di natura perlopiù appellatoria, con i quali si è limitata a contrapporre il proprio punto di vista a quello dei giudici cantonali, senza tuttavia riuscire a spiegare in maniera compiuta e precisa in quale misura il giudizio impugnato sarebbe lesivo dei diritti costituzionali da lei invocati. A questo proposito occorre rammentare che, per prassi costante, laddove specialmente viene fatta valere una disattenzione del divieto d'arbitrio, non basta fare genericamente riferimento all' art. 9 Cost. , motivando poi il resto del ricorso con una critica della decisione impugnata, come se il Tribunale federale fosse un'istanza d'appello a cui compete di rivedere liberamente il fatto e il diritto e di ricercare la corretta applicazione ed interpretazione della normativa cantonale ( DTF 107 Ia 186 ). In questi casi l'insorgente ha semmai il dovere di illustrare chiaramente quale norma giuridica l'istanza cantonale avrebbe violato in modo contrario alla Costituzione federale e precisare in che cosa consista una simile violazione ( DTF 122 I 70 consid. 1c e rinvii). Cosa che, nel caso di specie, l'insorgente non è pressoché mai stata in grado di fare. È quindi perlomeno dubbio che il ricorso sia da considerare ammissibile. La questione può comunque restare aperta, visto che, in ogni caso, il gravame risulta infondato e come tale andrebbe respinto nel merito.

#### **E. 4.3.1**

Per costante giurisprudenza 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 e di 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, inoltre quando il giudizio impugnato è arbitrario nel suo risultato e non solo nella sua motivazione ( DTF 127 I 60 consid. 5a; 125 I 166 consid. 2a e rinvii).

#### **E. 4.3.2**

In primo luogo il Tribunale amministrativo ticinese, ribaltando le conclusioni alle quali era pervenuto in precedenza il Consiglio di Stato, ha ritenuto che l'offerta presentata dalla C.\_\_\_\_\_ SA doveva essere considerata valida dal profilo formale, malgrado la mancata sottoscrizione da parte di quest'ultima del contratto collettivo di lavoro e malgrado l'invio tardivo al committente sia dell'estratto del registro di commercio che dell'attestato dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti. I giudici cantonali hanno in sostanza ritenuto che nessuno dei documenti mancanti giustificava l'esclusione dell'offerta presentata da C.\_\_\_\_\_ SA e che la condizione facente obbligo a quest'ultima di aderire al contratto collettivo di lavoro, prevista anche dall'art. 14 cpv. 1 lett. c LApp, non poteva essere considerata di rilievo dal momento che era contraria al diritto federale, e segnatamente alla legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro, del 28 settembre 1956 (LOCCL; RS 221.215.311), oltre che lesiva del principio della proporzionalità e della libertà di associazione.

Ora, nell'ambito del presente gravame la ricorrente non si è minimamente confrontata con questi argomenti, i quali, comunque sia, appaiono senz'altro sostenibili e, in quanto tali, non possono essere considerati arbitrari nel senso sopra menzionato del termine. In effetti, la facoltà del committente di escludere un'offerta non conforme alle prescrizioni e alle condizioni stabilite dal bando trova i propri limiti nel rispetto del principio di proporzionalità e del divieto del formalismo eccessivo (Olivier Rodondi, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in: RDAF 2001 I pag. 394 con riferimenti giurisprudenziali; Herbert Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: ZBl 101 2000, pag. 229 e 235 con rinvii). Di conseguenza, non ogni vizio è suscettibile di cagionare l'annullamento di un'offerta: soltanto la presenza di errori di una certa importanza può condurre ad un simile risultato (sentenza del 26 giugno 2000 nella causa 2P.4/2000 consid. 3b, pubblicata in ZBl 102 2001 215; nello stesso senso anche: Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Friburgo 1997, n. 1932 e 1935). Per quanto attiene poi all'obbligo per i concorrenti di aderire ai contratti collettivi di lavoro, il Tribunale federale ha già avuto modo di esprimersi in merito a ciò in un caso concernente il Canton Giura, giungendo per l'appunto alla conclusione che tale esigenza è incompatibile con alcune garanzie costituzionali, tra cui in particolare la libertà di associazione ( DTF 124 I 107 e segg.).

#### **E. 4.3.3**

La Corte cantonale ha poi considerato che nella misura in cui il bando di concorso prevedeva che la scelta del Consorzio sarebbe ricaduta sull'offerta liberamente ritenuta più vantaggiosa e conveniente nel suo complesso, la decisione di aggiudicare la commessa a

concorso a C.\_\_\_\_\_ SA è rispettosa di tale criterio, ritenuto in particolare che la minor esperienza vantata da quest'ultima non era tale da imporre al Consorzio di scegliere un'offerta, come quella della ricorrente, del 4,5% più cara.

Quest'ultima ha tuttavia obiettato che la C.\_\_\_\_\_ SA è stata costituita apposta in funzione della gara e come tale non avrebbe alcuna esperienza nel settore della raccolta dei rifiuti. Sostiene che se da un lato non si può pretendere che le ditte partecipanti ad una procedura di concorso siano iscritte a registro di commercio da almeno due anni, dall'altro lato si giustifica però di esigere che le medesime dimostrino una comprovata esperienza nel settore d'attività a cui si riferisce il concorso. Ha poi aggiunto che la ditta resistente non disporrebbe né dei macchinari, né del personale necessario ad assicurare la corretta esecuzione del servizio in questione e pertanto essa dovrebbe far capo a ditte terze per poter svolgere i compiti previsti dal bando. A suo dire, la decisione di affidare a quest'ultima il servizio di raccolta dei rifiuti non tiene dunque sufficientemente conto degli interessi pubblici in gioco, i quali semmai imponevano di prendere in considerazione non solo il prezzo offerto ma anche l'effettiva capacità dei singoli concorrenti d'eseguire in maniera impeccabile quanto richiesto nel capitolato.

Senonché, è perlomeno dubbio che la ricorrente possa far valere in questa sede la tutela degli interessi della collettività. Giusta l' art. 88 OG , può agire per il tramite di un ricorso di diritto pubblico soltanto chi è toccato dal giudizio impugnato nei propri interessi personali e giuridicamente protetti. Tale rimedio non può per contro essere impiegato per difendere meri interessi pubblici o di fatto, come sembra fare nel caso di specie la ricorrente ( DTF 126 I 43 consid. 1a). A prescindere da ciò si deve comunque considerare che spetta essenzialmente al committente stabilire in quale misura si debba tener conto anche dell'esperienza dei concorrenti ai fini della delibera e sino a che punto questi sia disposto ad assumersi il rischio di favorire un concorrente che potrebbe in seguito rivelarsi non in grado di garantire la corretta esecuzione della commessa. Orbene, nel suo giudizio del 22 maggio 2001 il Tribunale amministrativo aveva considerato contraria alla Costituzione federale, e quindi inapplicabile la regola sancita dall'art. 14 cpv. 1 lett. a LApp, secondo cui i concorrenti dovevano essere iscritti da almeno due anni a registro di commercio per poter partecipare alla gara; e questo, come detto, soprattutto per il motivo del tutto sostenibile che una simile disposizione impediva alle ditte di più recente costituzione di poter accedere ai mercati pubblici. Nel caso specifico si deve poi considerare che né il bando di concorso, né il capitolato d'offerta prevedevano che il committente avrebbe conferito un peso particolare all'esperienza dei concorrenti nel settore della raccolta dei rifiuti. Per il che, confermando la scelta dell'offerta più a buon mercato, la Corte cantonale non ha violato nessun criterio di aggiudicazione previsto dalle condizioni di gara.

D'altra parte si deve considerare che concretamente il compito di organizzare e svolgere il servizio in questione appare tutto sommato abbastanza semplice: esso non richiede pertanto una particolare esperienza da parte dell'assuntore e non necessita né di personale qualificato, né di particolari infrastrutture tecniche, se non di alcuni automezzi adatti allo scopo. Avuto riguardo anche di questa circostanza, è dunque senza incorrere nell'arbitrio che la Corte cantonale ha reputato del tutto legittima la scelta effettuata dalla delegazione consortile di favorire l'offerta meno cara presentata dalla C.\_\_\_\_\_ SA, ritenuto comunque che dal profilo organizzativo quest'ultima aveva fornito determinate garanzie, potendo in particolare avvalersi della stretta collaborazione della ditta gemella D.\_\_\_\_\_ SA, attiva da alcuni anni nel settore dei trasporti e appartenente al medesimo gruppo

imprenditoriale.

Si deve poi aggiungere che anche la conclusione alla quale è pervenuta la Corte cantonale di escludere che la C.\_\_\_\_\_ SA fosse venuta in possesso di documenti confidenziali inerenti all'offerta della ricorrente resiste alle critiche d'arbitrio sollevate nel gravame. In effetti i sospetti di irregolarità formulati a questo proposito dalla ricorrente non trovano riscontro né nelle prove agli atti, né nelle risultanze dell'istruttoria compiuta dal Tribunale amministrativo.

Da ultimo va detto che è ancora una volta senza violare il divieto d'arbitrio che i giudici cantonali hanno respinto la tesi della ricorrente secondo cui il sistema innovativo di carico dei rifiuti proposto dalla resistente costituiva un'inammissibile deroga alle condizioni di gara stabilite dal capitolato. In effetti, come correttamente sottolineato nella decisione impugnata, gli atti di gara non stabilivano in modo dettagliato e vincolante le caratteristiche tecniche dei mezzi che avrebbero dovuto essere impiegati per lo svolgimento di tale servizio, il che conferiva ai concorrenti ampia libertà di scelta. In questo senso la C.\_\_\_\_\_ SA aveva diritto di formulare su questo punto la propria offerta come meglio credeva, senza dover presentare una variante nel caso in cui avesse optato per un sistema di raccolta diverso da quelli usualmente utilizzati.

#### **E. 4.3.4**

Alla luce di tutto quanto appena esposto, la decisione impugnata non appare manifestamente destituita di fondamento, e quindi arbitraria. Ciò vale a maggior ragione se si considera che in base alle norme legali ancora applicabili alla procedura di concorso in questione, il committente disponeva senz'altro di un ampio potere d'apprezzamento, sindacabile da parte delle autorità di ricorso cantonali soltanto con un certo ritegno.

#### **E. 5**

Visto quanto precede, nella misura in cui è ammissibile, il ricorso deve dunque essere respinto.

Visto l'esito del gravame, la tassa di giustizia va posta a carico della ricorrente ( art. 156 cpv. 1, 153 e 153a OG ), la quale rifonderà alla ditta C.\_\_\_\_\_ SA, assistita da un legale, un congruo importo a titolo di ripetibili ( art. 159 cpv. 1 OG ).

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