

TI_GERICHTE 52.2001.126 vom 10. Mai 2001

TI Tribunale d'appello, 2001-05-10, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2001.126

FR: TI_GERICHTE 52.2001.126 du 10 mai 2001

IT: TI_GERICHTE 52.2001.126 del 10 maggio 2001

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 15

cpv. 2 CIAP) proposta contro un bando di concorso avente per oggetto la fornitura ed il montaggio della parte elettromeccanica di un impianto di valore (fr. 140'000'000.-). Il bando di concorso configura una decisione impugnabile (§ 33 lett. a DirCIAP). Il valore della commessa supera sia la soglia sancita dall'art. 7 cpv. 1 lett. a CIAP (fr. 9'575'000.-) per le commesse edili (art. 6 cpv. 1 lett. a CIAP), sia il limite fissato dall'art. 7 cpv. 1 lett. b CIAP (fr. 383'000.-) per la fornitura di beni mobili (art. 6 cpv. 1 lett. b CIAP). Il ricorso è dunque ricevibile in ordine. 1.2. Il giudizio può essere reso sulla base degli atti, senza assumere particolari prove (art. 18 PAmM). 2. 2.1. Il bando di concorso è un atto amministrativo mediante il quale il committente si rivolge ad una cerchia indeterminata di potenziali interessati per invitarli ad inoltrare offerte per l'esecuzione di opere edili, per la fornitura di beni mobili o per la prestazione di servizi (Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, n. 271 seg.). Esso costituisce un insieme di regole e di condizioni che concretizzano e precisano, sotto forma di decisione impugnabile, il quadro procedurale predisposto dalla legge ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. L'avviso di concorso ed il capitolato d'offerta costituiscono la *lex specialis* del procedimento e vincolano tanto il committente, quanto i concorrenti. Essi devono rispettare la legge sulla quale si fonda il concorso ed i principi generali del diritto amministrativo, specie in correlazione all'ossequio delle regole della buona fede e della parità di trattamento tra i concorrenti (DTF 125 I 203 seg.; RDAT 1997 II n. 47; 1994 II n. 5; 1982 n. 14). 2.2. Il bando dei concorsi indetti secondo la procedura di prequalifica configura in sostanza un invito a presentare la propria candidatura per essere ammessi, previa selezione dei concorrenti, esperita sulla base dei criteri di idoneità prestabiliti dal bando, ad inoltrare un'offerta per la commessa oggetto della licitazione. A differenza della legislazione federale sugli acquisti pubblici, il CIAP non regola esplicitamente il contenuto del bando di concorso. La disciplina di quest'atto è lasciata ai §§ 11 -18 DirCIAP, che riprendono in larga misura le disposizioni dell'art. VI dell'Accordo GATT/OMC. 3. Giusta l'art. 16 cpv. 1 CIAP in combinazione con il § 33 lett. b DirCIAP, con il ricorso contro il bando di concorso possono essere eccepite le violazioni del diritto, compreso l'abuso e l'eccesso del potere d'apprezzamento. Costituisce violazione del diritto l'errata o la mancata applicazione di norme del diritto internazionale federale, cantonale o comunale, ossia di disposizioni di carattere astratto e generale, che disciplinano il rapporto giuridico oggetto della decisione impugnata o che regolano la procedura di ricorso (Borghi Corti, *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, ad art. 61 PAmM, n. 1 seg.). 4. Secondo le ricorrenti,

la concessione accordata loro dallo Stato per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti precluderebbe al concedente il diritto di indire un pubblico concorso per la costruzione e la messa in esercizio di un impianto per la termodistruzione dei RSU. Lo Stato, argomentano, si sarebbe spossessato della facoltà di disporre del servizio pubblico che ha affidato loro in esclusiva. Il resistente non nega di essersi privato della facoltà di disporre del servizio affidato alle ricorrenti. Afferma tuttavia di esserne rientrato in possesso per effetto della decadenza della concessione, verificatasi in seguito alla mancata dimostrazione del buon funzionamento dell'impianto di _____; conseguenza, questa, sulla quale il Tribunale cantonale amministrativo dovrebbe pronunciarsi in via pregiudiziale. Nella misura in cui può essere sollevata nell'ambito di un'impugnativa proposta contro un bando di concorso, l'eccezione può essere respinta senza che occorra esaminare, anticipando il giudizio che il Tribunale arbitrale è chiamato a rendere, se la concessione sia effettivamente decaduta.

4.1. La concessione è definita come un atto amministrativo di natura mista, mediante il quale lo Stato conferisce a terzi il diritto ed il dovere di esercitare a proprio nome, rischio e profitto e sotto la sua vigilanza, un servizio pubblico sul quale detiene il monopolio (Knapp, *Précis de droit administratif suisse*, IV. ed., n. 1398 e 1401; Häfelin/Müller, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2. ed., n. 2008). I diritti del concessionario sull'oggetto della concessione sono tutelati nella loro sostanza dal principio della buona fede e dalla garanzia costituzionale della proprietà. L'ente pubblico può quindi limitarli o sopprimerli soltanto mediante espropriazione formale e contro indennità (Häfelin/Müller, *op. cit.*, n. 2010). Attraverso la concessione lo Stato non trasferisce a terzi il monopolio in quanto tale. Oggetto della concessione è soltanto il diritto di esercitare l'attività sulla quale detiene il monopolio. Il concessionario non diventa titolare del monopolio. Detentore del monopolio rimane lo Stato, che si spossessa soltanto del diritto di esercitare le attività di servizio ad esso connesse. Contrariamente a quanto assumono le parti, la concessione non priva pertanto lo Stato di qualsiasi facoltà di disporre dell'oggetto della stessa. Oltre che titolare del monopolio, lo Stato rimane detentore del potere di vigilanza, che è tenuto ad esercitare al fine di assicurare l'efficienza del servizio pubblico affidato al concessionario. Entro questi limiti, esso conserva in particolare il diritto di adottare tutti i provvedimenti necessari per assicurare il buon funzionamento del servizio, intervenendo, se necessario, non solo per revocare la concessione, ma anche per sostituirsi al concessionario inadempiente, esercitando esso stesso il servizio a spese di quest'ultimo (Knapp, *op. cit.*, n. 1408; Poledna, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, n. 335, 369, 381).

4.2. Ferme queste premesse, si deve escludere, nelle particolari circostanze del caso concreto, che la concessione accordata nel 1997 al consorzio _____ impedisca allo Stato di pubblicare un bando di concorso per la fornitura, il montaggio e la messa in funzione della parte elettromeccanica di un impianto destinato alla termodistruzione dei RSU da esercitare in proprio. Con quella concessione, lo Stato ha infatti conferito al consorzio in questione soltanto il diritto esclusivo di provvedere all'esercizio di un'attività sulla quale detiene il monopolio. Non ha rinunciato alle ulteriori prerogative, che gli competono nella sua qualità di titolare del monopolio relativo alla raccolta ed allo smaltimento di tali rifiuti. Si è privato unicamente della facoltà di disporre dell'esercizio del servizio che ha affidato al consorzio qui ricorrente. Ora, la semplice pubblicazione di un invito, rivolto ad una cerchia indeterminata di potenziali interessati a candidarsi per essere ammessi a presentare un'offerta per la fornitura, il montaggio e la messa in funzione delle componenti essenziali di un impianto per la termodistruzione dei RSU, non presuppone che lo Stato sia rientrato in possesso del diritto di esercitare l'attività di raccolta e smaltimento di tali rifiuti, che ha concesso in

esclusiva al consorzio _____. L'avvio della controversa procedura di concorso, infatti, non costituisce un atto mediante il quale lo Stato assume in proprio l'esercizio del servizio affidato alle ricorrenti. In quest'iniziativa è ravvisabile soltanto un atto preparatorio, volto a predisporre quanto occorre in vista dell'assunzione in proprio dell'attività data loro in concessione nel caso in cui quest'ultima dovesse effettivamente essere decaduta per inadempienza del concessionario nel fornire la dimostrazione del buon funzionamento dell'impianto di _____. Trattandosi di un atto meramente preparatorio, che non implica l'esercizio dell'attività formante oggetto della concessione, ai fini del giudizio sull'eccezione sollevata dalle ricorrenti in ordine alla capacità di disporre del committente, è più che sufficiente constatare che questi ha conservato la titolarità del monopolio relativo alla raccolta ed allo smaltimento di tali rifiuti. Condizione, questa, che lo abilita ad adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire lo svolgimento e l'efficienza del servizio pubblico di cui porta la responsabilità. 5. 5.1. Contrariamente a quanto assumono le ricorrenti, il nuovo bando di concorso non viola né il principio della buona fede, né quello dell'affidamento. A differenza del precedente, il nuovo bando contiene, in effetti, un'avvertenza mediante la quale il committente si riserva il diritto di non procedere alla delibera a dipendenza degli sviluppi delle vertenze che l'oppongono al consorzio titolare della concessione. Con questa riserva, il nuovo concorso perde qualsiasi capacità di suscitare nei partecipanti aspettative che potrebbero essere deluse, non già da una valutazione negativa della loro idoneità, bensì da un fattore estraneo, quale potrebbe essere un esito favorevole alle ricorrenti dei procedimenti giudiziari in corso. Sotto questo profilo, il principio della buona fede e quello della trasparenza appaiono compiutamente rispettati. 5.2. Il bando di concorso in contestazione non è nemmeno suscettibile di incrinare la fiducia che le ricorrenti possono ancora riporre nell'atto di concessione che il Consiglio di Stato ha dichiarato decaduto. La riserva di cui si è detto tutela infatti anche le aspettative delle ricorrenti in caso di esito a loro favorevole delle vertenze in atto. La semplice ipotesi di una rinuncia dello Stato a prevalersene in quell'evenienza non costituisce un motivo sufficiente per ravvisare nel bando censurato una qualsivoglia violazione del diritto. 5.3. Né tale riserva disattende il § 32 cpv. 1 DirCIAP, che permette al committente di interrompere la procedura di concorso per importanti motivi. L'eventuale esito favorevole alle ricorrenti della vertenza in atto davanti al Tribunale arbitrale e la conseguente ingiunzione allo Stato di avvalersi dei loro servizi costituiscono indubbiamente un motivo importante, suscettibile di giustificare l'interruzione del concorso. La semplice esplicitazione di quest'eventualità non contravviene minimamente la disposizione in esame. 6. Giusta il § 34 DirCIAP, il committente è responsabile per i danni che ha causato attraverso una decisione la cui illegalità è stata costatata dall'istanza di ricorso. La responsabilità si limita alle spese che il concorrente ha sopportato in relazione alla procedura di aggiudicazione e di ricorso. Secondo le ricorrenti, l'illegittimità della riserva di cui si è detto al precedente considerando inficerebbe anche la clausola A 4.5 della documentazione di concorso, che pone a carico del concorrente "tutte le spese sostenute durante la fase di prequalifica", escludendo qualsiasi indennizzo. L'obiezione è infondata. La riserva e la clausola in questione costituiscono infatti legittime e doverose cautele, destinate ad evitare che lo Stato si trovi esposto a richieste di risarcimento delle spese sostenute dai concorrenti per partecipare ad un concorso che il committente potrà essere costretto ad interrompere in seguito all'esito a lui sfavorevole della vertenza in atto con le ricorrenti. 7. 7.1. Giusta l'art. 12 cpv. 1 lett. b CIAP, nei concorsi indetti secondo la procedura selettiva, il committente stabilisce, in base a criteri di idoneità fissati preventivamente, quali postulanti sono ammessi a presentare un'offerta. I criteri di idoneità,

precisa il § 19 DirCIAP, devono essere fissati secondo parametri oggettivi, indicando le prove da produrre per il giudizio. Questi criteri di idoneità, conclude la norma, concernono, in particolare, l'efficienza finanziaria, economica, tecnica ed organizzativa. Analogamente ai criteri di aggiudicazione, anche i criteri di idoneità vanno, per principio, fissati secondo un ordine d'importanza, attribuendo loro un adeguato fattore di ponderazione. Nella determinazione dei criteri di idoneità il committente dispone di un ampio margine discrezionale, il cui esercizio può essere censurato da parte delle istanze di ricorso unicamente nella misura in cui integra gli estremi della violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso di potere. Sono quindi censurabili i criteri di idoneità stabiliti in contrasto con i principi fondamentali del diritto, in particolare con quelli riferiti alla parità di trattamento ed all'adeguatezza (Borghi Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, ad art. 61 PAm, n. 2 lett. d). 7.2. Nell'evenienza concreta, il bando censurato fissa i seguenti criteri di idoneità e fattori di ponderazione: a) referenze ed esperienza dell'offerente (45%), b) organizzazione del progetto (30%), c) organizzazione dell'offerente (20%), c) sistema di gestione della qualità (5%). La documentazione di prequalifica suddivide il primo criterio in due sottocriteri: a1. "numero di referenze di impianti di capacità analoga non più vecchi di 8 anni e con diponibilità minima di 7500 h/a (30%)" e a2. "numero di referenze di impianti realizzati come impresa generale per la parte elettromeccanica negli ultimi 15 anni (15%)", Le ricorrenti si limitano a contestare il termine di 8 anni, fissato dal sottocriterio di idoneità a1 . relativo alle referenze di impianti di capacità analoga costruiti dal concorrente, giudicandolo lesivo del divieto di discriminazione. Non contestano il criterio in quanto tale, né il fattore di ponderazione attribuitogli, né l'adeguatezza del termine. Anche questa eccezione va respinta. Considerata la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la durata di vita di un impianto di termodistruzione dei rifiuti (25 - 30 anni), le esperienze dei concorrenti non devono essere valutate soltanto in base all'oggetto sul quale si fondano, ma anche per rapporto all'epoca in cui sono state acquisite, distinguendo le esperienze recenti da quelle remote. In quest'ottica, non appare affatto discriminatorio prendere in considerazione come referenza soltanto impianti costruiti negli ultimi 8 anni. Il limite temporale fissato dal criterio di idoneità è di natura oggettiva, si fonda su considerazioni pertinenti ed è adeguatamente correlato alle finalità che persegue. La controversa distinzione non viola pertanto i principi della non discriminazione e della parità di trattamento, sanciti dall'art. 11 lett. a CIAP. Contrario al principio di uguaglianza sarebbe anzi porre sullo stesso piano referenze remote e recenti, prendendo in considerazione anche l'esperienza di concorrenti che negli ultimi 8 anni non hanno costruito alcun impianto. 8. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va respinto, confermando la decisione impugnata siccome immune da violazioni del diritto. Il giudizio di merito rende priva d'oggetto la domanda di concessione dell'effetto sospensivo. La tassa di giustizia e le ripetibili sono poste a carico delle ricorrenti secondo soccombenza. Per questi motivi, visti gli art. 7, 11, 12, 15 CIAP, 4 DLACIAP; § 19 DirCIAP; 3, 18, 28, 31, 60, 61 PAm; dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è respinto. 2. Le spese e la tassa di giustizia di fr. 1'000.- sono a carico delle ricorrenti in solido, che rifonderanno allo Stato fr. 1'500.- a titolo di ripetibili. 3. Intimazione a: _____ Per il Tribunale cantonale amministrativo Il presidente Il segretario