

TI_GERICHTE 52.2009.13 vom 16. März 2009

TI Tribunale d'appello, 2009-03-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2009.13

FR: TI_GERICHTE 52.2009.13 du 16 mars 2009

IT: TI_GERICHTE 52.2009.13 del 16 marzo 2009

Regeste

Annullamento del concorso

Erwägungen

E. 2.1

Giusta l'art. 34 LCPubb, in presenza di importanti motivi, il committente non è tenuto ad aggiudicare la commessa sulla base delle offerte ricevute (cpv. 1). Esso può indire una nuova gara, rinunciare totalmente o parzialmente alle prestazioni, escluso ogni obbligo di risarcimento (cpv. 2). La norma limita il potere d'apprezzamento riservato all'ente banditore in ordine alla libertà di prescindere da un'aggiudicazione sulla base delle offerte inoltrate, permettendogli di rinunciarvi soltanto nel caso in cui sussistano motivi sufficientemente importanti da svincolarlo dagli obblighi derivanti dal principio della buona fede, che l'apertura di un pubblico concorso pone a suo carico nell'ambito dei rapporti precontrattuali (STA 52.2008.45 del 3 marzo 2008 consid. 2.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, vol. I, Zurigo 2007, n. 489 seg.; Martin Beyeler, *Ueberlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, in: *AJP/PJA* 7/2005 pag. 784 seg.; BR 2003, pag. 66 seg. S 20).

E. 2.2

Di principio, sono considerati importanti soltanto i motivi che il committente non poteva prevedere al momento dell'apertura del concorso e che sono oggettivamente talmente gravi, da escludere che si possa ragionevolmente esigere che proceda all'aggiudicazione. In quest'ordine di idee, l'art. 55 del regolamento d'applicazione della LCPubb/Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006; RLCPubb/CIAP; RL 7.1.4.1.3) permette al committente di indire una nuova procedura di aggiudicazione o di rinunciare totalmente o parzialmente alla commessa, escluso ogni obbligo di risarcimento in particolare quando, alternativamente: (a) nessuna delle offerte presentate risponde ai criteri e alle esigenze tecniche fissate nei documenti di gara, (b) si può contare su offerte più convenienti a seguito del mutamento delle condizioni tecniche-quadro o viene a mancare il principio della concorrenza, (c) il progetto viene modificato in modo sostanziale (d) le offerte valide presentate superano manifestamente il limite dei crediti allocati. Suscettibili di giustificare una rinuncia all'aggiudicazione sono in definitiva tutte quelle circostanze che, valutate dal profilo degli scopi perseguiti dalla LCPubb, permettono di considerare un'interruzione della procedura compatibile con gli obblighi che l'apertura del concorso ingenera in capo al committente (RDAT 2001-II n. 41 pag. 169 seg.). A differenza della rinuncia definitiva ad eseguire l'opera od a procurarsi una determinata prestazione, l'interruzione della gara al fine di ripeterla va ammessa con cautela, poiché l'apertura delle offerte porta a conoscenza dei partecipanti una serie di fatti che possono alterare il gioco della concorrenza nel caso di una nuova procedura (RDAT 2003-II n. 32; STA 52.2007.178

del 12 luglio 2007 consid. 2.2).

E. 3.1

Giusta l'art. 65 LPamm, se il Tribunale cantonale amministrativo annulla la decisione impugnata, esso decide nel merito (cpv. 1). Esso può tuttavia anche annullare la decisione e rinviare la causa per nuovo giudizio all'istanza inferiore (cpv. 2), che è vincolata ai motivi del giudizio di rinvio (cpv. 3; Marco Borghi/ Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa, Agno 1997, ad art. 65 LPamm n. 3).

E. 3.2

In accoglimento del ricorso inoltrato dalla _____, nel caso concreto, il 28 ottobre 2008 il Tribunale cantonale amministrativo ha annullato la decisione 9 luglio 2008 con cui il Consiglio di Stato aveva aggiudicato la commessa alla _____. Gli atti sono stati rinviati alla stazione appaltante affinché statuisse nuovamente sull'unica offerta rimasta in gara. Il rinvio era essenzialmente da ricondurre al fatto che la _____ non aveva chiesto che la commessa le fosse aggiudicata direttamente. Scostandosi dalle indicazioni poste a fondamento del giudizio di rinvio, il Consiglio di Stato ha annullato la gara per i motivi illustrati in narrativa. Di per sé, l'effetto vincolante attribuito dall'art. 65 cpv. 3 LPamm ai motivi del giudizio di rinvio non impediva in modo tassativo alla stazione appaltante di annullare la decisione di aggiudicazione per motivi importanti, subentrati successivamente e riconducibili all'art. 34 LCPubb. L'annullamento è di per sé ammissibile anche dopo l'aggiudicazione (STF 2C_203/2008 del 29 aprile 2008 consid. 2.3; Beyeler, loc. cit., n. 11). Maggiormente discutibile appare invece la decisione di annullamento nella misura in cui si fonda sulla clausola contenuta nella posizione 259.220 del capitolato, che riserva al committente la facoltà di annullare la gara nel caso in cui soltanto un'offerta è atta a conseguire l'aggiudicazione. È infatti logico che in caso di successo del ricorso interposto da un solo concorrente contro una decisione di aggiudicazione non rimangano in gara altre offerte (BVR 2008, pag. 448 consid. 3.3). La questione di sapere se il ricorso debba essere accolto già per questo motivo può comunque rimanere indecisa, poiché la decisione deve essere annullata per i motivi che seguono.

4. 4.1. Richiamandosi agli art. 34 LCPubb e 55 lett. c RLCPubb/ CIAP, che gli consente di annullare la gara in caso di modifiche sostanziali del progetto, il committente ha anzitutto giustificato la decisione impugnata prevalendosi di modificate esigenze di gestione del cantiere, rispettivamente di sostanziali modifiche tecniche e progettuali dell'opera nel frattempo intervenute. Con la risposta al ricorso, la Sezione della logistica ha specificato che il calcestruzzo da risanare (Beton Leca) presenta particolari caratteristiche, nel frattempo accertate dal Laboratorio tecnico sperimentale della SUPSI, che esigono un'accresciuta attenzione da parte dell'esecutore dei lavori ed approfonditi controlli da parte del committente (direzione lavori). Tali esigenze, soggiunge, giustificherebbero una modifica delle condizioni d'appalto, suddividendo la commessa in singole parti d'opera (ponteggi, opere da capomastro, opere di risanamento) ed escludendo nel contempo la facoltà del subappalto, in modo da consentire al committente di intervenire direttamente ed immediatamente sulla ditta esecutrice del lavoro. Il motivo addotto dal committente appare quantomeno pretestuoso, per non dire inverosimile. Si stenta in effetti a credere che il Dipartimento delle finanze e dell'economia (Sezione della logistica) abbia aperto un concorso per aggiudicare lavori di questa importanza senza conoscere in modo approfondito le caratteristiche del calcestruzzo da risanare. Basti al riguardo considerare che il capitolato è stato allestito dallo stesso studio d'architettura che aveva progettato l'opera nel 1972. Gli accertamenti sulle caratteristiche del calcestruzzo,

eseguiti l'estate scorsa dal laboratorio tecnico sperimentale della SUPSI, sono d'altro canto diventati d'attualità soltanto dopo che il committente si è visto confrontato con la prospettiva di dover aggiudicare i lavori alla _____. Pur disponendo del rapporto 11 giugno 2008 del laboratorio in questione, il Consiglio di Stato non aveva invece esitato ad aggiudicare la commessa alla _____, che al pari della _____ prevedeva di subappaltare determinati lavori. Il problema si è improvvisamente manifestato soltanto dopo la sentenza con cui questo Tribunale ha accolto il ricorso della _____, annullando l'aggiudicazione a favore della _____. Ma anche ammettendo che la Sezione della logistica, pur disponendo del rapporto del laboratorio, ne abbia capito il significato soltanto in un secondo tempo, l'asserita necessità di controllare direttamente l'esecutore effettivo dei lavori di risanamento non costituisce di certo un motivo di gravità tale da suffragare un annullamento del concorso per cambiare le modalità di gestione del cantiere. Per rimediare alle pretese insufficienze dell'impostazione dei lavori prevista dal capitolato basta invero istituire un adeguato sistema di controllo che permetta di monitorarne costantemente la qualità durante l'esecuzione. La soppressione della possibilità del subappalto e la suddivisione della commessa in parti d'opera non costituiscono motivi talmente impellenti da imporre una ripetizione del concorso. Tanto meno quando si consideri che la ricorrente è stata ritenuta idonea e che per le referenze addotte aveva ottenuto un punteggio addirittura superiore a quello della _____. Parimenti, nemmeno le asserite modifiche tecniche e progettuali dell'opera possono essere considerate sostanziali. Le modalità d'intervento rimangono tutto sommato invariate. Il risanamento dell'edificio continua infatti ad essere effettuato mediante rimozione del calcestruzzo deteriorato con getti d'acqua ad alta pressione, alla quale fa seguito il ripristino delle facciate con materiali speciali. L'approccio operativo rimane sostanzialmente identico. All'infuori dell'approfondimento dei controlli, non è previsto alcun cambiamento di rilievo. Ne discende che il primo dei due motivi invocati dal committente non può essere considerato sufficiente per svincolarlo dagli obblighi derivanti dal principio della buona fede, che con l'apertura di un pubblico concorso si è assunto nell'ambito dei rapporti precontrattuali.

4.2. Per giustificare il provvedimento censurato il Consiglio di Stato si è inoltre richiamato alla posizione 259.220 del capitolato, che gli riservava la facoltà di annullare la gara nel caso in cui, dopo la verifica delle offerte, fosse rimasto in concorso un unico concorrente. Tale clausola conferisce al committente un certo potere discrezionale per prescindere da un'aggiudicazione non solo nel caso in cui nessuna delle offerte presentate risponda alle prescrizioni di gara (art. 55 lett. a RLCPubb/CIAP), ma anche nel caso in cui soltanto un'offerta le soddisfi. Anche questa inusuale prescrizione persegue essenzialmente lo scopo di assicurare un'efficace concorrenza (art. 1 lett. b LCPubb), estendendo la facoltà del committente di annullare la gara per mancanza di concorrenti all'ipotesi di un singolo concorrente in grado di conseguire l'aggiudicazione. In concreto, la ricorrente non impugna la clausola in quanto tale. A meno di ammettere che non avesse motivo per contestarla impugnando il bando, in sede di ricorso contro la decisione del committente di avvalersene per escludere l'insorgente, una simile contestazione avrebbe peraltro scarse probabilità di successo, poiché la _____ con l'inoltro dell'offerta, ha accettato tutte le condizioni contenute negli atti di gara (art. 40 cpv. 2 RLCPubb/CIAP). Indipendentemente dall'ammissibilità di una contestazione della clausola in quanto tale, alla ricorrente non può comunque essere negato il diritto di contestarne l'applicazione, segnatamente sotto il profilo della violazione del diritto per abuso di potere (art. 61 cpv. 2 LPamm). Al riguardo, va rilevato che la clausola in oggetto non definisce esplicitamente i limiti del potere

d'apprezzamento, che riserva al committente in ordine all'annullamento della gara nel caso in cui, dopo la verifica delle offerte, rimanga in lizza soltanto un concorrente. Ciò non significa che il committente possa decidere come meglio gli aggrada. Anche se fondata su apprezzamento, la decisione di annullare la gara in applicazione di tale clausola deve in ogni caso fondarsi su considerazioni oggettive e pertinenti, procedere da un'adeguata ponderazione degli interessi contrapposti e rispettare non solo i principi fondamentali del diritto, ma anche quelli specifici dell'ordinamento delle commesse pubbliche. Orbene, anche nella misura in cui si fonda sulla clausola contenuta nella posizione 259.220 del capitolato, la decisione del Consiglio di Stato di annullare il concorso non regge alla critica. I motivi che il committente ha allegato per giustificare il provvedimento dal profilo dell'art. 34 LCPubb non sono atti a legittimarlo nemmeno nella misura in cui sono applicati nel quadro della riserva contenuta nella posizione qui in discussione. Nella misura in cui è sorretto da questi motivi, l'apprezzamento esercitato dal committente nell'ambito dell'applicazione di tale clausola risulta comunque lesivo del diritto sotto il profilo dell'abuso di potere. La decisione di annullare il concorso, censurabile in quanto fondata sugli art. 34 LCPubb e 55 lett. c RLCPubb/CIAP, rimane in altri termini censurabile anche nella misura in cui si riallaccia alla clausola in esame. Il richiamo a questa clausola non emenda l'illegittimità del provvedimento riscontrata nel precedente considerando per rapporto alle succitate disposizioni di legge. 5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque accolto, annullando la decisione impugnata e aggiudicando la commessa alla ricorrente. Dato l'esito, si prescinde dal prelievo di una tassa di giustizia. Le ripetibili sono invece poste a carico dello Stato secondo soccombenza (art. 31 LPamm). Per questi motivi, visti gli art. 34, 36, 37, 41, 42 LCPubb; 55 RLCPubb/CIAP; 3, 18, 31, 60, 61, 65 LPamm dichiara e pronuncia:

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