

TI_GERICHTE 52.2010.477 vom 1. April 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-04-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2010.477

FR: TI_GERICHTE 52.2010.477 du 1 avril 2011

IT: TI_GERICHTE 52.2010.477 del 1 aprile 2011

Regeste

Aggiudicazione di una concessione

Erwägungen

E. 1

Prima di entrare nel merito di un ricorso, il Tribunale cantonale amministrativo esamina d'ufficio se sono date le premesse d'ordine che ne determinano la ricevibilità. In particolare esso, oltre ad accertare la propria competenza e la tempestività del gravame, deve verificare se il contenzioso verte attorno ad un procedimento di diritto amministrativo definito mediante decisione dell'autorità (art. 1 cpv. 1 legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966, LPamm; RL 3.3.1.1) e se la parte insorgente è legittimata ad agire in giudizio (art. 43 LPamm).

E. 2.1

Di principio possono formare oggetto di ricorso soltanto le decisioni, ovvero i provvedimenti adottati dall'autorità iure imperii, in casi concreti ed individuali, per costituire, modificare o sopprimere diritti od obblighi degli amministrati fondati sul diritto pubblico o per accertarne l'esistenza, l'inesistenza o l'estensione (art. 55 cpv. 1 LPamm; R DAT II-1994 n. 8 e 16; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 4 ad art. 1 LPamm; Adelio Scolari, Diritto amministrativo - parte generale, 2a ed., Cadenazzo 2002, n. 200). Il concetto di decisione nel diritto pubblico ticinese coincide pertanto con quello ancorato, a livello federale, all'art. 5 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021) e, più in generale, con la definizione tradizionalmente ritenuta da dottrina e giurisprudenza, ove la decisione è comunemente definita quale atto d'imperio individuale rivolto al privato, mediante il quale un rapporto concreto di diritto amministrativo viene creato o accertato in modo vincolante, tale da poter essere posto in esecuzione (cfr. la giurisprudenza precitata).

E. 2.2

Per quanto attiene al caso concreto, la procedura con cui il Cantone ha posto in concorrenza tra loro più ditte private allo scopo di assegnare ad una sola di queste, sotto forma di concessione, il diritto esclusivo di occupare stabilmente degli spazi facenti parte del suo patrimonio amministrativo per esercitarvi un'attività commerciale, soggiace al rispetto di tutta una serie di principi generali del diritto pubblico - quali in particolare il divieto d'arbitrio e la parità di trattamento - che fanno sì che la decisione con cui viene operata una simile scelta costituisce, a non averne dubbio, un atto impugnabile fondato sul diritto pubblico, ai sensi dell'art. 5 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021). Per questo motivo la competenza del Tribunale cantonale

amministrativo ad entrare nel merito dell'impugnativa in esame risulta data in virtù dell'art. 60 cpv. 2 LPamm.

E. 3.1

Secondo l'art. 43 LPamm, hanno qualità per interporre ricorso le persone o gli enti pubblici lesi direttamente nei loro legittimi interessi dalla decisione impugnata. Il riconoscimento della legittimazione attiva presuppone che l'insorgente appartenga a quella limitata e qualificata cerchia di persone fisiche o giuridiche, che per situazione appaiono legate all'oggetto della decisione impugnata da un rapporto più stretto ed intenso di quello che intercorre con gli altri membri della collettività. L'insorgente deve inoltre apparire portatore di un interesse personale, attuale, diretto e concreto a dolersi del provvedimento impugnato per il pregiudizio effettivo che questo gli arreca e che l'impugnativa tende a rimuovere. Legittimato ad agire in giudizio è insomma chi risulta portatore di un interesse degno di tutela (Marco Borghi/Guido Corti, op. cit., ad art. 43 LPamm n. 2 e seg.).

E. 3.2

Di principio, contro la decisione con cui l'ente banditore, ponendo fine alla procedura di concorso da esso avviata, sceglie di privilegiare l'offerta o la candidatura dell'uno piuttosto che dell'altro concorrente, possono insorgere tutti coloro che hanno partecipato alla gara, ma che non sono stati presi in considerazione ai fini dell'aggiudicazione o sono stati esclusi dal procedimento. Teoricamente però anche eventuali terzi estranei al procedimento possono, in determinate circostanze, contestare una simile decisione. Per poter fare valere l'esistenza di un interesse degno di tutela, essi devono comunque risultare in altro modo direttamente toccati dalla querelata decisione ed avere con l'oggetto della lite un rapporto particolarmente stretto ed intenso. Nel caso di specie la RI 1 non ha partecipato al concorso per l'ottenimento della concessione in discussione, presentando un'offerta. Oltretutto essa si è sin dall'inizio completamente disinteressata della procedura in questione al punto che non ha nemmeno ritirato gli atti del concorso presso la Sezione amministrativa immobiliare del Dipartimento del territorio, dimostrando in questo modo per atti concludenti di non voler prendere ufficialmente conoscenza dell'oggetto del concorso e delle relative condizioni di gara stabilite dal Cantone. Poco importano i motivi che hanno determinato questa sua decisione. Avesse ritirato tale documentazione, la ricorrente sarebbe in ogni caso stata informata della parziale modifica delle condizioni di gara adottata dall'ente banditore in seguito alla sentenza resa da questo Tribunale il 2 febbraio 2010 e avrebbe in questo modo potuto nuovamente valutare, alla luce delle mutate circostanze, se partecipare alla competizione. Si deve pertanto convenire con il Cantone sul fatto che, date le circostanze, la ricorrente non appartiene a quella limitata e qualificata cerchia di persone la cui situazione appare legata all'oggetto del provvedimento impugnato da un rapporto più stretto ed intenso di quello che intercorre con gli altri membri della collettività. Essa non è infatti toccata dalla querelata decisione di aggiudicazione in misura diversa o superiore a quella di qualsiasi altra ditta, svizzera o estera, che essendo attiva nel ramo dell'energia, dei prodotti petroliferi e dei prodotti legati alla distribuzione dei carburanti, avrebbe potuto inoltrare una offerta, ragione per la quale non può esserle riconosciuto un interesse personale, diretto e concreto a dolersi della medesima. Ne discende dunque che il gravame è irricevibile in ordine per carenza di legittimazione attiva dell'insorgente, senza che sia necessario chinarsi sulla questione della sua tempestività.

E. 4

A titolo abbondanziale, va comunque detto che quand'anche, per denegata ipotesi, la RI 1 fosse stata legittimata a ricorrere, il suo gravame sarebbe stato da respingere nel merito.

E. 4.1

La procedura per la messa a concorso di una concessione per la ristrutturazione e l'esercizio dell'area di servizio autostradale non è disciplinata da nessuna particolare legge. L'art. 2 cpv. 7 della legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02) prevede che il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali, quale è ad esempio l'uso esclusivo e durevole di una determinata area pubblica, deve svolgersi tramite concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera. La norma non precisa tuttavia le modalità in base alle quali queste procedure di concorso devono essere condotte. A questo proposito nel suo Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, il Consiglio federale ha affermato che in tale ambito "potranno essere applicate per analogia le norme concernenti l'aggiudicazione di commesse pubbliche" (cfr. messaggio 24 novembre 2004 del Consiglio federale concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, in FF 2005 430). La dottrina più autorevole considera che, laddove è in gioco la concessione ad un singolo privato dell'uso speciale (accresciuto od esclusivo) del suolo pubblico oppure dell'utilizzazione straordinaria (vale a dire non conforme alla sua destinazione) o intensiva di un bene amministrativo, l'ente pubblico deve effettuare la scelta del beneficiario di un simile diritto in esito ad una procedura di gara, adeguatamente pubblicizzata, nell'ambito della quale tutti gli interessati hanno avuto la possibilità di presentare la loro candidatura. La stessa può essere condotta sia attraverso una procedura libera, sia attraverso una procedura selettiva. La possibilità di far capo in queste situazioni all'aggiudicazione diretta può entrare in linea di conto soltanto in casi eccezionali: un simile modo di procedere non garantisce infatti in maniera sufficiente il rispetto della parità di trattamento tra gli amministrati e non permette all'ente pubblico di poter scegliere fra più offerte quella che maggiormente soddisfa i suoi interessi. Infine è necessario che tutte le candidature inoltrate siano valutate in base ai medesimi criteri di scelta, i quali devono essere comunicati ai potenziali concorrenti sin dall'inizio della gara (cfr. Tobias Jaag, *Gemeingebrauch und Sondernutzung von öffentlichen Sachen*, in ZBl 1992, 145, pag. 165; Markus Heer, *Die ausserordentlichen Nutzung der Verwaltungsvermögen durch Private*, tesi, Zurigo 2006, pag. 75 e segg.). L'esigenza di fissare preventivamente i criteri di scelta discende soprattutto dal divieto d'arbitrio e dal principio di trasparenza, che pur informando soprattutto la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche (art. 1 lett. a LCPubb), deve essere osservata pure nelle procedure come quella qui in esame, essendo in ogni caso necessario anche in un contesto come quello qui in esame il quadro all'interno del quale l'ente banditore si impegna ad esercitare il proprio margine di apprezzamento ai fini della delibera (cfr. in questo senso: STA 52.2002.375 del 22 gennaio 2003 relativa ad un pubblico concorso per l'aggiudicazione dell'affitto di una cava patriziale, confermata dal Tribunale federale con giudizio 2P.49/2003 del 22 aprile 2003). Per il resto l'ente banditore fruisce di un'ampia libertà circa il modo di condurre la procedura di gara, ritenuto comunque che le sue scelte devono rispettare i principi generali testé esposti.

E. 4.2

Fatta questa premessa, per quanto attiene al caso concreto, la decisione con cui il Consiglio di Stato, una volta preso atto della sentenza emanata il 2 febbraio 2010 da questo Tribunale, anziché ripubblicare l'intero bando ha comunicato a tutti i concorrenti che avevano ritirato

gli atti di gara che la clausola n. 7.1.11 lett. a delle condizioni del concorso era stata stralciata, ha trasmesso a quest'ultimi la documentazione e le informazioni complementari mancanti ed ha indetto un sopralluogo, fissando per il 31 maggio 2010 il nuovo termine per la presentazione delle offerte, non appare lesiva di alcun principio o disposto giuridico e, in particolare, non procede da un esercizio abusivo del vasto potere di apprezzamento di cui disponeva nell'occasione l'ente banditore riguardo al modo in cui disciplinare la continuazione della procedura concorsuale. Agendo nella maniera appena descritta il Governo ha infatti operato in piena trasparenza e nel rispetto del principio della parità di trattamento, dando modo a tutti coloro che al momento della pubblicazione del bando avevano manifestato un minimo di interesse all'oggetto della gara di partecipare alla medesima, a prescindere dal fatto che avessero in precedenza inoltrato o meno un'offerta. Pertanto se la ricorrente, invece di informarsi presso terzi in merito alle condizioni del concorso, si fosse regolarmente annunciata presso l'ente banditore ritirando la documentazione di gara, essa avrebbe comunque ancora avuto la possibilità di parteciparvi anche dopo la decisione di Governo di rinunciare alla predetta clausola relativa al prezzo dei carburanti, malgrado la sua iniziale rinuncia proprio a causa della presenza di tale condizione. Ne discende dunque che la mancata partecipazione dell'insorgente al concorso in parola non dipende tanto dalla procedura adottata nell'occasione dall'ente banditore, quanto piuttosto dalle scelte iniziali effettuate dalla stessa RI 1, la quale deve ora assumersi per intero le conseguenze del proprio agire.

E. 5

Stante tutto quanto precede, il ricorso, in quanto ricevibile, dev'essere respinto.

E. 6

La tassa di giustizia e le spese, commisurate al valore di causa e al dispendio di lavoro provocato dall'impugnativa, sono poste a carico della ricorrente (art. 28 LPamm), la quale rifonderà alla CO 1 un adeguato importo a titolo di ripetibili (art. 31 LPamm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Nella misura in cui è ricevibile, il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia e le spese di fr. 3'000.- sono poste a carico della ricorrente che rifonderà alla CO 1 identico importo a titolo di ripetibili. 3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale, del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il presidente
Il segretario

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