

TI_GERICHTE 52.2015.551 vom 7. Juni 2018

TI Tribunale d'appello, 2018-06-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2015.551_d20180607

FR: TI_GERICHTE 52.2015.551 du 7 juin 2018

IT: TI_GERICHTE 52.2015.551 del 7 giugno 2018

Regeste

Commesse pubbliche. Sanzione (esclusione dalle aggiudicazioni e pena pecuniaria) per violazione delle normative in materia di appalti. Sentenza annullata dal Tribunale federale (STF 2C_1184/2016 del 7 giugno 2018)

Erwägungen

E. 1

La LCPubb, applicabile al caso in esame in forza del rinvio dato dagli art. 19 CIAP e 62 RLCPubb/CIAP, permette di impugnare direttamente davanti al Tribunale cantonale amministrativo soltanto le decisioni dei committenti che hanno per oggetto gli elementi del bando, l'esclusione dell'offerente, la scelta dei partecipanti nell'ambito della procedura selettiva, l'aggiudicazione, l'interruzione o l'annullamento della procedura (cfr. art. 36 cpv. 1 e 37 LCPubb). La decisione governativa avversata, anche laddove infligge una pena pecuniaria (DTF 140 I 252 consid. 1.1), prefigura una sanzione amministrativa fondata sull'art. 45 LCPubb, norma che non prevede alcun rimedio di diritto. Nel caso di specie la competenza del Tribunale cantonale amministrativo va nondimeno ammessa in base all'art. 84 lett. a della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013 (LPAm; RL 3.3.1.1). Tale disposizione, mutuata dall'art. 60 cpv. 2 della vecchia legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966 (LPamm; BU 1966, 181) - che era stato introdotto il 27 gennaio 2009 (BU 2009, 25) nell'ambito della riforma della giurisdizione amministrativa del 2 dicembre 2008, in ossequio alla garanzia della via giudiziaria (art. 29a e 191b C Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999; Cost., RS 101) e all'obbligo imposto ai Cantoni di istituire tribunali superiori che giudicano quali autorità di grado immediatamente inferiore al Tribunale federale (art. 86 cpv. 2 e 114 legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110) - istituisce in generale la facoltà di dedurre in giudizio innanzi a questa Corte tutte le decisioni del Consiglio di Stato che, come in concreto, non sono dichiarate definitive dalla legge, né risultano impugnabili davanti ad un'altra autorità di ricorso. La legittimazione attiva dell'insorgente, direttamente e personalmente toccata dal provvedimento censurato, è certa (art. 65 cpv. 1 LPAm). I ricorsi, tempestivi (art. 68 cpv. 1 LPAm) ed espliciti effetto sospensivo (art. 71 LPAm), sono dunque ricevibili in ordine e possono essere evasi con un unico giudizio (art. 76 cpv. 1 LPAm) sulla base delle tavole processuali, senza procedere all'assunzione delle prove notificate dalla ricorrente, insuscettibili di apportare al Tribunale la conoscenza di ulteriori elementi fattuali rilevanti per il giudizio che è chiamato a rendere (art. 25 cpv. 1 LPAm). Il carteggio completo prodotto dal l'autorità cantonale e l'ulteriore documentazione esibita dalle parti con le memorie scritte bastano per statuire sull'e impugnativ e con cognizione di causa. I fatti decisivi sono noti.

E. 2

Secondo l'art. 45 cpv. 1 LCPubb richiamato dalla decisione impugnata, in caso di gravi violazioni della LCPubb il Consiglio di Stato può infliggere al contravventore una congrua pena pecuniaria e/o escluderlo da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di cinque anni. Sono considerate gravi violazioni, soggiunge la norma (cpv. 2): a) la cessione parziale o totale del contratto senza l'accordo del committente; b) il subappalto senza l'accordo del committente; c) l'ottenimento dell'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni; d) condanne giudiziarie per cattiva condotta dei lavori o per infrazioni alle disposizioni legislative sulla protezione dei lavoratori o sui contratti collettivi di lavoro nei cinque anni precedenti l'aggiudicazione; e) infrazioni alla Legge d'applicazione della Legge federale concernente condizioni lavorative e salariali minime per lavoratori distaccati in Svizzera e misure collaterali (LDist) e della Legge federale concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero (LLN); f) comportamenti tali da impedire un'effettiva e libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante; g) la corruzione attiva o passiva ai sensi del Codice penale svizzero. Come già accertato in passato da questo Tribunale (vedi STA 52.2007.336 del 15 ottobre 2007), l'elenco dei motivi d'esclusione di cui all'art. 45 cpv. 2 LCPubb è esaustivo [cfr. messaggio del Consiglio di Stato n. 4086, relativo all'adozione della legge sulle commesse pubbliche ad art. 42 = 45: questa norma riprende il concetto dell'art. 31 LApp]. Per meglio rispondere ai requisiti formali (base legale chiara e formale) necessari per giustificare le sanzioni amministrative, l'articolo definisce chiaramente cosa si intende per gravi violazioni]. Non sono pertanto ammessi altri, diversi motivi. Quanto alla pena pecuniaria, che a dispetto delle tesi addotte dalla ricorrente il Tribunale federale considera di natura amministrativa al pari dell'esclusione (cfr. già citata DTF 140 I 252 consid. 1.1), essa può raggiungere al massimo il 20% del valore della commessa (art. 45 cpv. 3 LCPubb). Nel suo complesso, il disposto è applicabile a tutti i contravventori (committenti a parte, per i quali nel 2011 è stata coniata una norma apposita contemplante l'inflizione della sanzione penale della multa; cfr. art. 45a e 45b LCPubb) e quindi, contrariamente a quanto sostenuto dall'insorgente pro domo sua, esso non mira a colpire esclusivamente i concorrenti e gli aggiudicatari. Nella misura in cui contempla la sanzione dell'esclusione da ogni aggiudicazione per un certo lasso di tempo, non v'è chi non veda che la norma interessa tutti coloro che hanno infranto gravemente la LCPubb e possono potenzialmente partecipare ad un concorso. D'altra parte, l'art. 62 RLCPubb/CIAP non opera distinzioni tra le commesse rette dalla LCPubb e quelle sottoposte al CIAP, prescrivendo anzi l'esatto contrario, ovvero che le sanzioni previste da una disposizione di legge in senso formale come l'art. 45 LCPubb si applicano ad entrambe. La competenza legislativa di cui gode il Cantone in materia di pubblici appalti non permette di ritenere che, così come formulata, la delega di cui all'art. 19 cpv. 2 CIAP imponga di restringere il novero delle persone punibili a seguito di infrazioni rilevanti nell'ambito di concorsi sottoposti al CIAP ai soli committenti ed offerenti. Approdando ad una simile conclusione si violerebbe crassamente il principio della parità di trattamento, creando senza alcun fondato motivo cerchie di soggetti privilegiati, perseguibili se delinquono in ambito LCPubb, ma immuni da sanzioni in caso di partecipazione ad una gara d'appalto disciplinata dal CIAP. 3. Il Consiglio di Stato ha fondato il querelato provvedimento sull'ipotesi prevista dalle lett. a e b dell'art. 45 cpv. 2 LCPubb. In via preliminare, occorre pertanto verificare se nella fattispecie è ravvisabile la cessione parziale o totale del contratto, rispettivamente la sussistenza di un subappalto, senza l'accordo del committente. Se così non fosse, verrebbero meno i presupposti stessi per l'adozione di qualsivoglia sanzione amministrativa. 3.1. Come esposto in narrativa, il consorzio C _____ si è aggiudicato

le opere da impresa generale concernenti l'edificazione della parte pubblica del N_____. Per l'esecuzione e la fornitura degli impianti elettrici e meccanici l'aggiudicatario si è rivolto all'AA 1 (segnatamente all'AA 1, non al "gruppo AA 2"), sottoscrivendo con questa società un contratto di subappalto di stampo civilistico nel contesto del quale la subappaltatrice, a dispetto del divieto di delegare a terzi la realizzazione dei lavori inserito nella convenzione, si è riservata la facoltà di avvalersi della collaborazione, del concorso e delle sinergie di tutte le società e strutture presenti all'interno della propria organizzazione (Gruppo AA 2), previa comunicazione preventiva al Consorzio. All'epoca (2009) questa clausola non era illegittima, poiché il subappalto di secondo grado, ovvero il subappalto del subappalto, è stato esplicitamente vietato unicamente nel marzo del 2012, nel contesto delle modifiche apportate all'art. 36 RLCPubb/CIAP (BU 2012, 106). La legge ha tuttavia sempre preteso che laddove ammesso dagli atti di gara il subappalto, così come il cambiamento di subappaltatore, dovesse essere autorizzato dal committente. Nel primo caso implicitamente, con l'aggiudicazione all'offerta contenente la distinta dei subappalti previsti, nel secondo esplicitamente, con un'apposita accettazione del mutamento di subappaltatore proposto dal deliberatario. Parimenti, le disposizioni legali regolanti la materia hanno costantemente esatto la sussistenza di un contratto scritto tra aggiudicatario e subappaltatore, ferma restando la necessità in capo a quest'ultimo di rispettare tutti i requisiti richiesti dalla legge (cfr. art. 36 RLCPubb/CIAP nelle varie versioni che si sono succedute nel tempo a contare dal 2006). Autorizzazione del committente e contratto erano pertanto esigibili a fortiori anche per i subappalti di secondo grado posti in essere prima che fossero esplicitamente vietati.

3.2. Nel corso di un procedimento ex art. 45 LCPubb che l'ULSA ha avviato nei confronti dell'AA 1 per fatti che qui non interessano, è emerso che alcuni lavori subappaltati alla società (in particolare installazioni elettriche nel campo della corrente forte e delle fibre ottiche) erano stati in realtà eseguiti dalla RI 1. Nel suo ricorso quest'ultima nega la sussistenza di un subappalto di secondo grado, perorando la tesi del semplice prestito di manodopera. Nel diritto delle obbligazioni, il subappalto è definito come un contratto di appalto in virtù del quale l'appaltatore "principale" affida in proprio nome e conto ad un altro imprenditore tutti o parte dei lavori che si è impegnato ad eseguire per il committente. Elemento caratterizzante del rapporto appaltatore-subappaltatore è proprio l'impegno di quest'ultimo, sotto la propria responsabilità, di realizzare una parte delle opere richieste dal committente. (Peter Gauch , *Le contrat d'entreprise*, Zürich 1999, n. 137 segg.). Contrariamente al subappaltatore, il prestatore di manodopera si accontenta invece di mettere a disposizione dell'appaltante delle maestranze ed eventualmente dei macchinari, che l'imprenditore utilizzerà come meglio crede per lo svolgimento dei lavori assegnatigli dal committente (Luc Thévenoz , *La location de services dans le bâtiment*, BR 1994 pag. 68 segg.). Quanto alla giurisprudenza, in passato questo Tribunale ha già avuto modo di stabilire che anche nel caso in cui gli atti di gara ammettono il subappalto, gli offerenti possono affidare a terzi solo lavori speciali, d'importanza secondaria, mentre la prestazione principale e caratteristica della commessa deve di principio essere eseguita in proprio dall'offerente (STA 52.2010.133 del 24 giugno 2010 consid. 3.2). Poste queste premesse, da un esame dei documenti acquisiti agli atti (cfr. in particolare i "rapporti di regia" sub doc. E) emerge che la RI 1 non si è limitata a mettere a disposizione dell'AA 1 risorse umane da integrare in quelle già presenti sul cantiere N_____ per l'esecuzione di alcuni lavori generici nel campo dell'impiantistica elettrica, ma è intervenuta in modo mirato per realizzare puntuali interventi specialistici, facendo capo a montatori, attrezzature, mezzi e (fatta eccezione per un armadio BT e per

taluni cavi già presenti in loco) materiali propri. A prescindere dall'inesistenza di un contratto scritto, che le parti si sono ben guardate dal sottoscrivere pur essendo chiaramente prescritto dall'ordinamento sulle commesse pubbliche sia in caso di subappalto che di prestito di manodopera, la natura della relazione intercorsa tra l'AA 1 e la RI 1 è configurabile alla stregua di un subappalto, che il comune di _____, in veste di committente, non ha mai autorizzato (vedi tutti gli scritti in tal senso vergati dall'esecutivo comunale, in particolare la missiva 16 gennaio 2016 municipio di _____/ULSA). Il fatto che la RI 1 - al pari di AA 1 - appartenga al Gruppo AA 2 con sede principale a _____ (che a sua volta fa parte del gruppo energetico internazionale AA 2) non è suscettibile di modificare la natura dei rapporti giuridici instaurati tra due società che dal profilo strettamente giuridico risultano del tutto indipendenti e dotate di personalità autonoma. Lo stesso dicasi della fatturazione oraria esposta dalla ricorrente, tipica di tutti i lavori eseguiti a regia. Ne segue che in concreto il motivo di sanzione contemplato dall'art. 45 cpv. 2 lett. b LCPubb (subappalto senza l'accordo del committente) è certamente dato.

4. Resta da esaminare la proporzionalità dei provvedimenti adottati dal Consiglio di Stato, tenendo presente che come ogni sanzione amministrativa anche quella fondata sull'art. 45 LCPubb va commisurata tenendo conto soprattutto della gravità oggettiva dell'infrazione commessa e della colpa del trasgressore, nonché di suoi eventuali precedenti.

4.1. Dal profilo oggettivo occorre considerare la gravità dell'infrazione consumata, data già dal fatto che la legge sanziona soltanto le violazioni importanti, elencate esaustivamente all'art. 45 cpv. 2 LCPubb. Ancorché riferita ad interventi di entità tutto sommato contenuta (fr. 61'793.70) per rapporto al costo totale dei lavori assegnati all'AA 1 (fr. 28'100'000.-), la trasgressione si è protratta sull'arco di due anni con soluzioni di continuità e nella seconda metà del 2012 è avvenuta nonostante l'entrata in vigore di norme vietanti in termini tanto espliciti quanto inequivocabili il subappalto del subappalto, divieto che nessun addetto ai lavori poteva fingere di non conoscere.

4.2. Dal lato soggettivo bisogna tener conto dell'esperienza certa di cui fruisce la ricorrente in materia di appalti pubblici. Non siamo quindi di fronte ad un'azienda familiare, sprovvista o poco cognita della materia, bensì ad una persona giuridica di statura imponente che conosce alla perfezione tutte le regole basilari governanti l'aggiudicazione e l'esecuzione delle commesse pubbliche ed alla quale non poteva sfuggire il carattere irregolare del suo intervento sul cantiere del N_____.

4.3. Accertata la sussistenza di una grave violazione della LCPubb, il Consiglio di Stato può infliggere al contravventore una congrua pena pecuniaria e/o escluderlo da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di cinque anni. Posta questa premessa e tenuto conto di quanto esposto ai considerandi precedenti circa la gravità degli accadimenti e della colpa della ricorrente, la decisione con cui il Consiglio di Stato ha escluso la RI 1 dall'aggiudicazione di tutte le commesse soggette alla LCPubb ed al CIAP per il periodo di sei mesi e le ha inflitto nel contempo una pena pecuniaria di fr. 6'500.- resiste con certezza alle critiche di sproporzionalità sollevate nell'impugnativa. La durata dell'esclusione non appare affatto esagerata per rapporto al limite massimo di cinque anni sancito dalla legge. Lo stesso dicasi della pena pecuniaria, di gran lunga inferiore alla soglia massima fissata all'art. 45 cpv. 3 LCPubb. La ricorrente ritiene che siffatta sanzione violi l'art. 27 Cost. e , traendo spunto dalla STF 2C_315/2013 del 18 settembre 2014 parzialmente pubblicata in DTF 140 I 252, anche gli art. 3 e 5 LMI. In entrambi i casi, senza spiegarne le ragioni e invano. Quanto alla presunta lesione dell'art. 27 Cost., giova ricordare all'insorgente che come ogni libertà fondamentale, anche quella economica garantita dalla citata disposizione costituzionale non è assoluta, ma può essere soggetta a limitazioni (art. 36 Cost.) se, come

nell'evenienza concreta, esse si fondano su una chiara base legale, sono giustificate da un interesse pubblico e risultano proporzionate allo scopo. D'altra parte, nulla permette di ritenere che le sanzioni inflitte alla RI 1 per la specifica infrazione commessa dalla società possano integrare una restrizione del libero accesso al mercato nel senso attribuito a questo concetto dall'art. 3 LMI.

E. 5

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, i ricorsi vanno respinti. 6. La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. I ricorsi sono respinti. 2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico della ricorrente. Da tale somma va dedotto l'importo di fr. 1'500.- già versato a titolo di anticipo delle spese processuali. 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
La vicecancelliera

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