

TI_GERICHTE 52.2016.226 vom 3. Oktober 2016

TI Tribunale d'appello, 2016-10-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2016.226

FR: TI_GERICHTE 52.2016.226 du 3 octobre 2016

IT: TI_GERICHTE 52.2016.226 del 3 ottobre 2016

Regeste

Commesse pubbliche. Esclusione delle offerte giunte al committente in busta parzialmente aperta

Erwägungen

E. 37

lett. d LCPubb e 65 cpv. 1 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2014; LPAm; RL 3.3.1.1). Il ricorso, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è dunque ricevibile in ordine. 1.2. Il giudizio può essere reso sulla base delle tavole processuali, senza procedere ad atti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm). Il carteggio completo concernente il concorso prodotto dalla committenza e l'ulteriore documentazione esibita dalle parti bastano per statuire sull'impugnativa con cognizione di causa. In particolare, visto l'esito del ricorso, non è necessario incaricare un perito per la valutazione delle offerte inoltrate. 2. 2.1. Notoriamente, soltanto offerte conformi alle prescrizioni di gara possono conseguire l'aggiudicazione. Una diversa conclusione sarebbe contraria, oltre che al principio di legalità, anche ai principi della parità di trattamento e di trasparenza, che governano l'intero ordinamento delle commesse pubbliche. La conformità deve essere data sia per quanto riguarda il concorrente, che deve adempiere i criteri di idoneità, sia per quanto concerne l'offerta stessa, che deve soddisfare le prescrizioni di gara. 2.2. Secondo l'art. 26 cpv. 1 LCPubb, gli offerenti devono inoltrare la loro offerta per iscritto, in modo completo e tempestivo. Il committente, soggiunge la norma (cpv. 2), esclude dalla procedura le offerte tardive o quelle che presentano lacune formali rilevanti. Le offerte giunte in busta aperta o dopo il termine di scadenza della gara, precisa anche l'art. 42 cpv. 1 lett. a del regolamento di applicazione della LCPubb e del CIAP del 12 settembre 2006 (RLCPubb/CIAP; RL 7.1.4.1.6), sono escluse. Non v'è quindi dubbio che nel solco della prassi ovunque invalsa in materia di commesse pubbliche, anche in Ticino le offerte devono essere inoltrate in una busta chiusa od addirittura sigillata se le prescrizioni di gara lo esigono nell'ottica di assicurare al meglio la custodia e l'integrità del plico e di evitare ogni possibile contestazione e sospetto di manomissione, anche solo potenziale. Partecipando alla gara con l'inoltro dell'offerta il concorrente ne accetta tutte le condizioni (cfr. art. 40 cpv. 2 RLCPubb/CIAP). 2.3. L'ordinamento delle commesse pubbliche attribuisce alle prescrizioni di forma particolare rilevanza. Quanto meno nella misura in cui servono a garantire i principi cardine delle procedure di aggiudicazione, come quello della parità di trattamento tra i concorrenti, le prescrizioni di forma devono essere rispettate tan-to da parte del committente, quanto da parte dei concorrenti. L'accettazione di un'offerta contraria alle prescrizioni del bando di concorso e della documentazione di gara violerebbe il principio della parità di trattamento tra i concorrenti (art. 1 lett. c LCPubb; art. 1 cpv. 3 lett. b RLCPubb/CIAP). Le offerte non conformi alle disposizioni del concorso vanno dunque

escluse dall'aggiudicazione (cfr. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 3. ed., Zurigo-Basilea-Ginevra 2013, n. 456 seg.). Resta riservato il divieto di formalismo eccessivo, derivante dall'art. 29 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), che impedisce al committente di escludere offerte viziata da difetti formali irrilevanti.

L'esclusione dalla gara per motivi formali presuppone in ogni caso l'esistenza di un vizio di una certa importanza (cfr. 2C_197/2010 del 30 aprile 2010, consid. 6, 2D_50/2009 del 25 febbraio 2010, consid. 2.4 con rimandi; RDAT II-2002 n. 47; STA 52.2012.292 del 21 settembre 2012, consid. 2.2).

2.4. L'art. 31 cpv. 1 LCPubb prevede che le offerte sono aperte in seduta pubblica conformemente all'avviso di gara. Il committente tiene un verbale nel quale vengono indicati i nomi degli offerenti, gli importi delle offerte e le eventuali osservazioni concernenti i documenti e le irregolarità già manifestatesi al momento dell'apertura (art. 31 cpv. 2 LCPubb). Riacciandosi al tenore di quest'ultima disposizione, l'art. 45 cpv. 2 RLCPubb/CIAP ribadisce puntualmente gli stessi concetti. L'apertura delle offerte, il loro esame preliminare e la stesura del relativo verbale costituiscono delle formalità essenziali di procedura, volte ad affermare la corretta attuazione del principio della trasparenza che governa l'aggiudicazione di ogni genere di commessa pubblica. Con l'apertura delle offerte e l'iscrizione a verbale dei relativi importi si rende noto innanzi tutto il nominativo di chi ha concorso e si conferma la ricezione delle offerte inoltrate. Ma non solo. Si attesta che l'importo offerto corrisponde a quello effettivamente proposto e che l'offerta contiene tutti i documenti richiesti, scongiurando manipolazioni o negoziazioni ex post (Vincent Carron/ Jacques Fournier , La protection juridique dans la passation des marchés publics, Friburgo 2002, p. 7 e segg.). In sostanza, il verbale di apertura delle offerte certifica quanto avviene durante tale operazione, contraddistinta dall'apertura vera e propria delle buste contenenti le offerte, dalla lettura degli importi proposti e da una prima verifica sommaria degli atti pervenuti. Il documento ha valore probatorio e garantisce il rispetto del principio della trasparenza, il quale a sua volta assicura ai concorrenti un'adeguata protezione giuridica (Martin Beyeler , Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008, n. 23 e segg.; Carron/Fournier , op. cit., pag. 7, RtiD II-2011 n. 20; STA 52.2012.48 del 30 marzo 2012).

3. 3.1. Nella fattispecie, nelle prescrizioni di gara il committente ha stabilito che le offerte dovevano pervenire in busta chiusa e sigillata all'Ufficio tecnico comunale entro le ore 12.00 di giovedì 24 marzo 2016. Ciononostante, due delle offerte (CO 1 e _____) non sono giunte completamente chiuse, presentando le relative buste degli strappi laterali più o meno ampi, di cui tutte le parti danno atto in questa sede, malgrado il verbale di apertura non precisasse tale circostanza. Entrambe le offerte andavano quindi senz'altro scartate per disattenzione delle prescrizioni del bando che regolano le formalità del loro inoltro, rimaste incontestate e quindi vincolanti sia per il committente che per i concorrenti. A nulla valgono le asserzioni dell'aggiudicataria CO 1, laddove ritiene che abbia consegnato integra alla Posta la busta contenente la sua offerta. Ciò sarebbe sufficiente, a mente sua, per mantenerla in gara dato che lo strappo sarebbe avvenuto senza sua colpa. Le prescrizioni di gara prevedevano che le offerte dovevano non solo essere inviate o consegnate alla posta (o a un corriere) ma dovevano pervenire al committente in busta chiusa e sigillata, ciò che l'aggiudicataria non ha saputo garantire con la trasmissione da essa effettuata. Il rischio che un invio non vada completamente a buon fine, ad esempio per una consegna ad un destinatario sbagliato, una consegna tardiva o un danneggiamento o una perdita della documentazione, deve essere assunto dal mittente e partecipante alla gara che deve fare in modo, al pari di tutti i concorrenti, che la sua offerta

sia inoltrata nei tempi e nei modi indicati nelle clausole del concorso. D'altra parte, l'utilizzo di un supporto più resistente ed eventualmente rinforzato, idoneo al trasporto sicuro di documenti anche di un certo volume, come in concreto, oppure, meglio ancora, la consegna personale dell'offerta al committente, avrebbe consentito alla deliberataria l'inoltro della sua offerta secondo le prescrizioni di gara, senza eccessive difficoltà. Sta il fatto che l'offerta che giunge in busta più o meno aperta viola i chiari precetti del concorso e i principi che governano le commesse pubbliche poiché non consente di garantire l'integrità, la segretezza della stessa fino al momento della sua apertura, così come il sospetto di manomissione, anche solo potenziale, e deve quindi essere esclusa.

3.2. Non costituisce del resto eccesso di formalismo dedurre effetti preclusivi dall'inosservanza delle prescrizioni di forma caratterizzanti le modalità di presentazione delle offerte stabilite nella *lex specialis* del procedimento concorsuale indetto dal municipio (RtiD II-2014 n. 22). Al contrario, nell'ammettere le offerte in discussione, permettendo che approdassero alla fase di valutazione e aggiudicazione, il committente ha disatteso non solo il principio di legalità, ma anche i postulati della trasparenza e della parità di trattamento governanti l'assegnazione di tutte le commesse pubbliche (cfr. art. 1 lett. a e c LCPubb). In quest'ottica il Tribunale federale in una recente decisione ha ammesso che l'esclusione di un'offerta giunta in busta chiusa ma mancante della sigillatura non configurava un eccessivo formalismo (STF 2C_933/2015 del 4 marzo 2016 consid. 4.4.). A maggior ragione si giustifica quindi nella fattispecie di escludere l'offerta della resistente, pervenuta in busta parzialmente aperta.

3.3. Queste conclusioni non mutano nemmeno per il fatto che il protocollo di apertura delle offerte non menziona nulla sullo stato della busta dell'aggiudicataria, né per il fatto che il rappresentante della ricorrente, lì presente, non ha eccepito alcunché sul momento. L'art. 45 cpv. 2 RLCPubb/CIAP non contiene in effetti nessun esplicito obbligo in tal senso, come confermato anche dalla decisione testé menzionata del 4 marzo 2016 del Tribunale federale (consid. 5.2). Il valore probatorio del verbale di apertura delle offerte (cfr. sopra consid. 2.4) non è del resto messo in discussione dalle parti, ritenuto che tutte danno atto del fatto che l'offerta dell'aggiudicataria (unitamente a quella della _____) non è pervenuta completamente integra nelle mani del committente. In ogni caso, la ricorrente il giorno stesso della delibera da parte del municipio, il 6 aprile 2016, ha chiesto esplicitamente l'esclusione della CO 1 dal concorso, prima ancora di venire a conoscenza della relativa risoluzione municipale, trasmessale con scritto 14 aprile 2016 del municipio. Ai fini del giudizio è inoltre irrilevante, poiché non comprovata da concreti elementi, l'asserzione avanzata in sede di risposta dall'esecutivo comunale secondo cui il sindaco avrebbe informato già il 6 aprile 2016 la ricorrente dell'esito negativo del concorso e solo a seguito di tale comunicazione essa avrebbe quindi invitato il municipio ad escludere l'aggiudicataria. Tale tesi rimane al puro stadio delle illazioni e non merita ulteriori approfondimenti.

4. Sulla scorta di quanto precede il ricorso va quindi accolto già per questi motivi, annullando l'avversata aggiudicazione ad un concorrente che avrebbe dovuto essere estromesso dalla gara. Visto l'esito ci si può esimere dall'esaminare le ulteriori censure della ricorrente riguardo all'attendibilità del programma lavori della resistente. Disponendo questo Tribunale degli elementi necessari, la commessa è aggiudicata alla ricorrente, unica rimasta in gara e risultata seconda in classifica, avendo le altre rinunciato a impugnare la decisione di delibera (art. 41 cpv. 1 LCPubb).

5. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo al gravame.

6. La tassa di giustizia è posta a carico del committente e della deliberataria secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm), che rifonderanno alla ricorrente, assistita da

un legale, congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmM). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è accolto . Di conseguenza: 1.1. la decisione 14 aprile 2016 del CO 2, che aggiudica alla CO 1 le opere da elettricista inerenti la realizzazione di una struttura per cure palliative alla _____ a _____ è annullata; 1.2. la commessa è aggiudicata alla ditta RI 1, _____, come all'offerta inoltrata. 2. La tassa di giustizia di fr. 4'000.- è posta a carico della CO 1 e del CO 2 in parti uguali. Alla ricorrente va restituita la somma di fr. 4'000.- versata a titolo di anticipo delle presunte spese processuali. La CO 1 e il CO 2 verseranno alla RI 1 fr. 2'000.- ciascuno 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), nei limiti ed alle condizioni enunciate all'art. 83 lett. f LTF. 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.