

## **TI\_GERICHTE 52.2016.242 vom 30. Mai 2018**

TI Tribunale d'appello, 2018-05-30, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2016.242](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2016.242)

FR: TI\_GERICHTE 52.2016.242 du 30 mai 2018

IT: TI\_GERICHTE 52.2016.242 del 30 maggio 2018

### **Regeste**

Nozione di commessa pubblica. Bike sharing. Notifica difettosa di una decisione e ricorso tardivo. Una domanda di accertamento della nullità di una decisione non può servire ad aggirare le conseguenze di una mancata tempestiva impugnazione

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

è pertanto avvenuta per incarico diretto ai sensi dell'art. 12 LCPubb. La risoluzione 18 febbraio 2016 con cui il municipio ha proceduto in questo senso e di cui ha dato comunicazione scritta alla ricorrente il 9 marzo 2016 è senz'altro una decisione impugnabile ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LPAm. La competenza del Tribunale discende dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. 2. 2.1. In materia di commesse pubbliche, la potestà ricorsuale viene di norma riconosciuta unicamente a chi ha preso parte ad un concorso o, in caso di contestazione delle regole di gara (cfr. art. 37 lett. a LCPubb), adempie tutti i presupposti per potervi partecipare. Il rispetto di quest'ultima esigenza va verificato anche nell'ambito dei ricorsi proposti contro le aggiudicazioni per incarico diretto, che possono essere impugate unicamente facendo valere l'illiceità della procedura a concorrenza limitata scelta dal committente. In questi casi infatti la qualità per ricorrere non appartiene a chiunque, ma soltanto a colui in grado di dimostrare che se la stazione appaltante avesse optato per una procedura libera avrebbe inoltrato un'offerta valida per il prodotto occorrente al committente. Di conseguenza, solo i potenziali fornitori dell'oggetto della commessa, così come definito dalla committenza secondo le proprie esigenze, hanno la possibilità di ricorrere contro una delibera avvenuta per incarico diretto, eccettuando la legittimità di questa particolare procedura applicabile soltanto in casi particolari elencati esaustivamente dalla legge ( Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner , *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 1319 segg.; DTF 137 II 313 consid. 3.3.2). 2.2. In quanto ditta attiva nel settore della commessa, alla ricorrente va riconosciuto un interesse degno di protezione a contestare la delibera ad un'altra ditta (art. 37 lett. d LCPubb e 65 cpv. 1 LPAm). Il fatto che l'offerta da essa insinuata non corrisponda a quanto deliberato dal municipio mediante incarico diretto non significa che essa non fosse in grado di presentare un'alternativa nelle medesime modalità qualora il committente avesse specificato le proprie esigenze. La legittimazione a ricorrere è pertanto data.

#### **E. 3.1**

In ordine, resta da esaminare la tempestività del ricorso, che per legge doveva essere inoltrato entro 10 giorni dalla notifica della decisione (art. 36 cpv. 1 LCPubb).

#### **E. 3.2**

Per principio, l'omessa, l'incompleta o l'inesatta indicazione dei rimedi di diritto non può cagionare alle parti alcun pregiudizio. La parte ricorrente deve ad ogni modo dar prova della diligenza processuale esigibile nelle circostanze concrete (cfr. Marco Borghi/Guido Corti , Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 4 ad art. 26) . Nel caso in cui l'indicazione della via di ricorso sia stata tralasciata, ci si può attendere che il destinatario della decisione si informi senza indugio presso un avvocato o l'autorità che l'ha emanata. Non si può infatti ammettere che in simili circostanze un ricorso sia interposto in ogni tempo, vi si oppongono i principi della buona fede e della sicurezza del diritto (DTF 119 IV 330 consid. 1c; STF 2C\_857/2012 del 5 marzo 2013 consid. 3.2; Benoît Bovay , Procédure administrative, II ed., Berna 2015, pag. 372).

### **E. 3.3**

Nel caso concreto, lo scritto 9 marzo 2016, sprovvisto dell'indicazione dei rimedi di diritto, è stato inviato alla ricorrente per posta A. Essa ha inoltrato ricorso soltanto il 3 maggio 2016 per il tramite del suo legale, che ha reso noto di essere stato interpellato dall'insorgente solo pochi giorni prima e di aver preferito agire direttamente in giustizia piuttosto che chiedere al municipio l'emanazione di una decisione formale munita dell'indicazione dei rimedi di diritto, in considerazione della brevità del termine di ricorso previsto dalla legislazione in materia di commesse pubbliche. La ricorrente non ha precisato la data di ricezione dell'atto impugnato. Non ha addotto che il recapito dello stesso sia avvenuto con particolare ritardo per rapporto alla data indicata (9 marzo 2016), né ha contestato le allegazioni del municipio in merito alle tempistiche solitamente impiegate per la consegna degli invii posta A. La notifica della missiva è pertanto verosimilmente avvenuta il giorno seguente all'impostazione da parte del committente, ossia il 10 marzo 2016. Essa si è rivolta al suo avvocato soltanto qualche giorno prima del 3 maggio 2016, ossia grossomodo 50 giorni dopo la notifica. Essa non ha pertanto agito con la sollecitudine che ci si poteva attendere. Il ricorso, tardivo, va quindi dichiarato inammissibile.

### **E. 4**

Occorre ancora verificare se, come sostenuto dalla ricorrente, il Tribunale debba comunque pronunciarsi sulla pretesa nullità della risoluzione 18 febbraio 2016 con la quale il municipio ha deliberato alla CO 3 la sostituzione del sistema di bike sharing.

#### **E. 4.1**

La nullità può essere invocata in ogni tempo e dinanzi a qualsiasi autorità, segnatamente nell'ambito di un ricorso (DTF 137 III 217 consid. 2.4.3). Tuttavia, se contro la decisione di cui si pretende la nullità non vi sono (più) rimedi ordinari di diritto, occorre inoltrare una domanda di accertamento della nullità all'autorità decidente ( Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann , Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurigo/San Gallo 2016, n. 1099 segg.; Pierre Moor/Etienne Poltier , Droit administratif, vol. II, Berna 2011, p. 364 segg.).

#### **E. 4.2**

Il diritto processuale ticinese regola l'istituto della domanda di accertamento all'art. 63 LPAm, il cui cpv. 1 prevede che la domanda intesa ad accertare l'esistenza, l'inesistenza o l'estensione di diritti od obblighi può essere proposta all'autorità di prima istanza competente nel merito da chi giustifichi un interesse degno di protezione. In particolare, soggiunge la norma, l'istanza può concernere l'accertamento della nullità di un atto amministrativo . In merito all'esigenza dell'interesse degno di protezione dell'istante, dottrina e giurisprudenza ritengono che questo vada negato quando la questione che esso

intende far accertare è già stata decisa con una pronuncia passata in giudicato. La procedura di accertamento non può in particolare servire ad aggirare le conseguenze di una mancata tempestiva impugnazione ( Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler , Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/San Gallo 2008, ad art. 25 n. 17 con riferimenti) .

#### **E. 4.3**

Nel caso concreto, occorre concludere che, statuendo nell'ambito di un'impugnativa tardiva, il Tribunale non è tenuto a esaminare la censura tendente all'accertamento della nullità della decisione impugnata. Se è vero, come testé ricordato, che la nullità può essere rilevata in ogni tempo e da ogni autorità, è pur vero che l'eccezione della stessa non costituisce un rimedio straordinario di diritto, ma piuttosto una questione pregiudiziale da proporre nell'ambito di un ricorso ricevibile (cfr. Häfelin/ Müller/ Uhlmann, op. cit. n. 1101). Ci si può pure esimere dal trasmettere gli atti al municipio di CO 1 affinché si pronunci sulla domanda di accertamento della nullità della propria decisione, in quanto pure questa sarebbe da dichiarare inammissibile: avendo omesso di impugnare tempestivamente la decisione di aggiudicazione, la ricorrente non potrebbe giustificare alcun interesse degno di protezione ai sensi dell'art. 63 cpv. 1 LPAm. Ammettere il contrario striderebbe con il principio della buona fede, oltre che con quello della sicurezza del diritto.

#### **E. 5**

L'emaneazione del presente giudizio rende priva d'oggetto la domanda cautelare volta al conferimento dell'effetto sospensivo al gravame. Superfluo, dato l'esito, si rivelerebbe pure indire una pubblica udienza come richiesto dalla ricorrente.

#### **E. 6**

La tassa di giustizia è posta a carico della ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Essa rifonderà inoltre all'aggiudicataria un congruo importo a titolo di ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è irricevibile . 2. La tassa di giustizia di fr. 6'000.- resta a carico della ricorrente, che l'ha anticipata. La ricorrente rifonderà alla CO 3 fr. 3'000.- 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 e alle condizioni di cui all'art. 83 lett. f LTF. 4.

Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo II  
vicepresidente La vicecancelliera

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