

TI_GERICHTE 52.2017.287 vom 10. November 2017

TI Tribunale d'appello, 2017-11-10, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2017.287

FR: TI_GERICHTE 52.2017.287 du 10 novembre 2017

IT: TI_GERICHTE 52.2017.287 del 10 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Prima di entrare nel merito di un ricorso, il Tribunale esamina d'ufficio la propria competenza (art. 5 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmM; RL 3.3.1.1). La ricorrente fonda la medesima sulla legislazione delle commesse pubbliche. A mente della Fondazione, per contro, il Tribunale non sarebbe competente a entrare nel merito del ricorso in presenza di intendimenti tra privati che non hanno dato luogo ad alcuna decisione amministrativa. Controversa è in particolare la questione di sapere se la Fondazione sia o no assoggettata all'ordinamento delle commesse pubbliche.

E. 1.1

Il valore delle prestazioni oggetto del contendere supera abbondantemente le soglie che impongono, a talune condizioni, l'apertura degli appalti al mercato internazionale conformemente all'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994 (RS 0.632.231.422) e all'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici del 21 giugno 1999 (RS 0.172.052.68; cfr. allegato 1 CIAP). Sono infatti superati sia il valore soglia di fr. 8'700'000.- relativo alle opere di costruzione, sia quello di fr. 350'000.- riferito alle prestazioni di servizio (nel caso concreto quelle di architetto e ingegneri). L'assoggettamento della Fondazione all'ordinamento delle commesse pubbliche va pertanto dapprima esaminato secondo le prescrizioni del CIAP, che traspone nel diritto cantonale gli impegni derivanti dai trattati internazionali.

E. 1.2

Nel settore dei trattati internazionali, il CIAP è applicabile alle commesse definite nei trattati internazionali, in particolare, per quanto qui interessa, alle commesse edili relative all'esecuzione di opere di edilizia o di genio civile (art. 6 cpv. 1 lett. a CIAP). Sottostanno al CIAP, segnatamente, i cantoni, i comuni nonché le istituzioni di diritto pubblico a livello cantonale o comunale sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale (art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP). Il CIAP ha ripreso la regolamentazione instaurata dagli accordi internazionali in materia di commesse pubbliche, dove per istituzioni di diritto pubblico occorre intendere un'istituzione priva di carattere commerciale e industriale incaricata di soddisfare bisogni di interesse generale, dotata di personalità giuridica e sulla quale lo Stato o altri poteri pubblici esercitano un'influenza dominante (cfr. Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. 114 segg.; Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurigo 2012, n. 174). Purché adempiano cumulativamente le tre predette condizioni, anche soggetti di diritto privato come le società anonime ai sensi degli art. 620 segg. del codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO; RS 220) o le fondazioni ai sensi degli art. 80 segg. del codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC; RS 210) possono rientrare in questa definizione (Beyeler, *op.cit.*, n. 182 segg.).

E. 1.3

Occorre ora esaminare se, nel caso concreto, la Fondazione debba essere considerata un'istituzione di diritto pubblico sottoposta al CIAP. Dato per acquisito che dispone della personalità giuridica, ci si appresterà a verificare se adempia le due ulteriori condizioni, ossia se si tratti di un ente senza carattere industriale e commerciale incaricato di soddisfare bisogni di interesse generale e se lo Stato o altri poteri pubblici esercitino su di essa un'influenza dominante.

E. 1.3.1

Per quanto attiene alla prima condizione, bisogna verificare se l'attività della Fondazione risponde a un interesse generale, inteso come un interesse pubblico in senso ampio e non soltanto un compito riservato allo Stato (DTF 142 II 369 consid. 3.3.2). La Fondazione è stata costituita dal comune di _____ mediante il conferimento di un capitale di fr. 100'000.-. Lo scopo della Fondazione riportato a registro di commercio è la realizzazione e gestione, sul territorio giurisdizionale del Comune di _____ di proprietà del Beneficio parrocchiale di _____, che verrà costituita in diritto di superficie, di strutture abitative di appartamenti sociali e a misura d'anziano e/o disabile (entrambi con un certo grado di autosufficienza), ad affitto moderato, ma sostanzialmente autofinanziate. Qualora i vani non saranno completamente occupati da persone nella cerchia di attesa, essi potranno essere messi a disposizione di altri interessati, allo scopo di evitare perdite di rendimento e di garantire il pareggio della gestione. La Fondazione persegue obiettivi di pubblica utilità ed opera pertanto senza scopo di lucro. Il messaggio municipale 20 ottobre 2014 accompagnante la richiesta d'autorizzazione a costituire la Fondazione attribuendole il capitale iniziale riassume l'iter che ha condotto a tale proposta (cfr. preventivo 2015 disponibile sul sito internet del comune). In particolare si legge che nell'estate del 2011 il Municipio aveva avviato i contatti per realizzare uno studio d'indirizzo per gli stabili e strutture comunali esistenti, rispettivamente le possibili attese di nuove strutture d'interesse pubblico da parte della cittadinanza, sfruttando i terreni comunali disponibili rispettivamente che erano appena o erano in via d'acquisto. Tra le ipotesi allora ritenute particolarmente interessanti ed utili era stato individuato il tema di una casa d'appartamenti a scopo sociale, allora mirato alla sola pigione moderata. Sollecitato dal legislativo a indirizzare l'attenzione sulle strutture di appartamenti protetti per anziani, il municipio ha quindi reso noto di aver intrapreso delle trattative con l'A_____ e con P_____ per valutare la fattibilità di un simile progetto. Una volta individuato il terreno ideale per la costruzione dello stabile su un fondo di proprietà della parrocchia di _____, il municipio ha incontrato il consiglio parrocchiale ed ha ottenuto la disponibilità di quest'ultimo a concedere un diritto d'uso pluriennale. Dal profilo economico, il municipio ha segnalato che, secondo il rapporto allestito dalla ditta incaricata della revisione dei conti del comune, un completo autofinanziamento dell'opera non sarebbe stato raggiungibile a causa dei costi (gestione sociale) riconducibili agli stipendi di una badante e del custode sociale. A ciò andava tuttavia contrapposto il potenziale risparmio per il comune, generato dal ritardo dell'ingresso di cittadini in case per anziani a costo maggiore. La costituzione di una fondazione di diritto privato, ha soggiunto il municipio, è stata ritenuta la soluzione più consona per sviluppare il progetto. Alla stessa sarebbe stato affidato il mandato di affinare nei dettagli il progetto, la sua sostenibilità economica, gli aspetti operativi pratici, la possibilità di un'esenzione fiscale per lo scopo pubblico svolto, la raccolta di sussidi ed aiuti pubblici e privati. Il capitolato d'appalto consegnato alle ditte invitate a presentare un'offerta

per le opere di impresa totale riprendeva in gran parte le informazioni contenute nel predetto messaggio municipale (cfr. pos. 133.100). Nel documento, la committente ha inoltre descritto l'opera informando che al piano terreno della struttura occorre prevedere uno spazio comune di 100 m

E. 1.3.2

Resta da esaminare se la committente si trovi in un rapporto di dipendenza nei confronti dei poteri pubblici. Tale condizione è data quando si realizza una delle tre ipotesi seguenti: in caso di finanziamento maggioritario da parte dell'ente pubblico, quando la gestione dell'istituzione è assoggettata al controllo dei poteri pubblici, oppure se l'organo dirigente dell'istituzione è composto prevalentemente da membri designati da enti pubblici o da altre istituzioni di diritto pubblico (Beyeler, op. cit. n. 190 segg.). Nel caso concreto, la dipendenza della committente nei confronti dei poteri pubblici è data già dalla composizione del suo consiglio di fondazione, ossia l'organo superiore incaricato della gestione della stessa. I membri sono infatti tutti nominati dal municipio di _____. A norma dello statuto, tre spettano di diritto al Comune di _____, mentre gli altri quattro membri sono nominati dal Municipio di _____ o da un suo successore in diritto su proposta della Parrocchia di _____ (due membri) e della A _____ e della P _____ (un membro ciascuno). Il potere di nomina conferito a livello statutario al municipio basta per riconoscere un rapporto di dipendenza sufficientemente stretto tra la Fondazione e il comune indipendentemente dal fatto che quattro membri su sette sono proposti da Parrocchia e associazioni. Il legame tra Fondazione e comune, d'altra parte, è manifesto. Lo scopo stesso della Fondazione si identifica sostanzialmente con la volontà politica del municipio. Il comune ha in definitiva creato una persona morale e le ha attribuito il compito di realizzare un'opera di interesse generale in sua vece. A tal fine, oltre al capitale iniziale, si è procurato importanti mezzi economici per finanziare la struttura, esponendosi in prima persona.

E. 1.3.3

Per le ragioni predette, la Fondazione va considerata un'istituzione di diritto pubblico ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP e in quanto tale rientra nel campo di applicazione del concordato.

E. 1.3.4

Per completezza si rileva che anche nell'ipotesi in cui si dovesse seguire la tesi della committente secondo cui soltanto tre membri su sette sarebbero designati dal municipio, mentre la nomina degli altri competerebbe, di fatto, a Parrocchia e associazioni, la commessa sarebbe in ogni caso assoggettata (quantomeno) alla LCPubb. Infatti, ai sensi della predetta legge le parrocchie sono considerate un ente preposto a compiti cantonali o comunali (cfr. art. 2 lett. b regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006; RLCPubb/CIAP; RL 7.1.4.1.6). La maggioranza dei membri dell'organo supremo della committente (5 su sette) sarebbe quindi designata da enti assoggettati al diritto (cantonale) delle commesse pubbliche (cfr. art. 2 cpv. 1 prima frase LCPubb).

E. 1.4

La competenza del Tribunale è quindi data dagli art. 15 cpv. 1 CIAP e 4 cpv. 1 del decreto legislativo concernente l'adesione del Cantone Ticino al concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 7.1.4.1.4).

E. 2

con WC separati per sesso e piccola cucina non professionale, con predisposizioni per allacciamento web e tv . Il locale è pensato anche per coinvolgere persone esterne in attività di vario genere, facilitando così la socializzazione. Le ditte dovevano inoltre riservare spazi a un ufficio per il custode sociale, a uffici adibiti ai servizi sociali di _____ e a spazi commerciali in affitto a terzi destinati ad attività preferibilmente compatibili con l'indirizzo sociale della struttura (cfr. pos. 143.100) . Da questi elementi emerge che lo scopo per cui la fondazione è stata creata risponde a un chiaro interesse pubblico. Il fine di natura sociale dell'attività della fondazione, dedicata alla realizzazione di una struttura di appartamenti che si adatti ai bisogni di anziani e disabili e che abbia nel contempo pigione moderata, è evidente e dichiarato apertamente sia dal municipio nel messaggio precitato, sia dalla Fondazione nella documentazione consegnata alle ditte invitate a presentare un'offerta. L'attività della Fondazione, contrariamente a quanto da essa sostenuto, non può nemmeno essere definita a carattere commerciale o industriale, caratteristica che si riscontra in presenza di una situazione di concorrenza (e meglio di pressione della concorrenza) in cui soggetti privati decidono secondo una logica puramente economica (cfr. DTF 142 II 369 consid. 3.3.3.1; Poltier , op.cit., n. 84). Le valutazioni della committente non appaiono in effetti guidate da ragioni imprenditoriali, ma piuttosto maturate con una particolare attenzione ad aspetti di ordine sociale tipica dell'ente pubblico. Prova ne è che la scelta del progetto, in concreto, è avvenuta a favore dell'offerta più costosa, secondo criteri prevalentemente estetici. Nel caso concreto, la presenza di altre strutture simili nelle vicinanze, adottata dalla Fondazione, non permette di intravedere un'effettiva pressione della concorrenza tale da presupporre che essa si comporti, in particolare nell'attribuzione delle commesse, come un'azienda privata.

E. 2.1

La ricorrente sostiene che non vi sarebbe alcuna decisione impugnabile. Tale non sarebbe in particolare lo scritto 10 maggio 2017 inoltrato alla ricorrente. La sottoscrizione del contratto con la CO 1 non sarebbe ancora avvenuta in attesa che la committente si procuri le risorse necessarie. Anche per questo motivo non sarebbe stata rilasciata alcuna decisione vincolante di attribuzione del mandato alla , ma ci si sarebbe limitati a comunicare formalmente agli altri partecipanti che la scelta è caduta su un altro partecipante.

E. 2.2

La tesi non può essere condivisa. Che un contratto di natura civile tra la committente e l'aggiudicataria non sia ancora stato sottoscritto non toglie che si è in presenza di una decisione amministrativa di aggiudicazione secondo il diritto delle commesse pubbliche (art. 15 cpv. 1bis lett. e CIAP). Risoluzione che è stata presa dal consiglio di fondazione il 22 marzo 2017 (cfr. verbale della seduta). La comunicazione 10 maggio 2017 inoltrata alla ricorrente non lascia del resto alcun dubbio che una decisione in questo senso sia stata adottata. Lo attesta pure la CO 1, che in questa sede ha chiesto di confermare l'assegnazione dei lavori in proprio favore.

E. 3

In quanto partecipante al concorso la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare l'assegnazione della commessa ad un altro concorrente (art. 15 cpv. 1bis lett. e CIAP e 65 cpv. 1 LPAm). Inoltrato entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione della decisione di delibera, il ricorso è tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP e 68 cpv. 1 in fine

LPAmM). Il gravame è quindi ricevibile in ordine.

E. 4

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere all'assunzione di particolari prove (art. 25 cpv. 1 LPAmM). Il carteggio concernente il concorso prodotto dalla committente e la documentazione esibita dall'insorgente con le memorie scritte bastano per statuire sull'impugnativa con sufficiente cognizione di causa.

E. 5.1

Il CIAP (art. 12) distingue le procedure aperte (procedura libera, selettiva) dalle procedure a concorrenza limitata (procedura ad invito, incarico diretto). A differenza delle prime, che richiedono l'esperimento di un pubblico concorso e possono essere scelte liberamente da parte del committente, le seconde vengono instaurate senza pubblicazione del bando di gara e rivestono carattere eccezionale, tant'è che possono essere applicate soltanto in casi particolari, elencati esaustivamente dalla legge (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel , *Droit des marchés publics*, Friburgo 2002, p. 86 e 207; Vinicio Malfanti , *Principali novità introdotte dalla LCPubb*, in *RDAT I-2001*, pag. 450). Per quanto attiene alle commesse rientranti nel campo di applicazione dei trattati internazionali, il committente può scegliere di instaurare un pubblico concorso o una procedura selettiva (art. 12bis prima frase CIAP) . Non può aggiudicare lavori, forniture e prestazioni di servizio mediante incarico diretto al di fuori delle ipotesi contemplate all'art. 13 RLCPubb/CIAP (cfr. art. 12bis seconda frase CIAP).

E. 5.2

Se il committente opta per una procedura sbagliata, rispettivamente promuove una gara a concorrenza limitata in assenza dei presupposti sanciti dalla legge per poter applicare siffatto procedimento, incorre in una grave e manifesta violazione di alcuni principi essenziali che governano l'aggiudicazione di commesse pubbliche (parità di trattamento, libero accesso al mercato e impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche). Il vizio è talmente importante che la decisione di aggiudicazione presa in esito ad una scelta procedurale errata è assolutamente nulla, al pari di tutto il procedimento in seno alla quale viene adottata. La nullità deve essere constatata d'ufficio dal tribunale; non occorre quindi che un ricorrente sollevi la censura (JAAC 1999 I pag. 54; BR 2000, pag. 128 S39-40 e pag. 132 S53, con relative note di Esseiva; sull'intervento d'ufficio dell'autorità di ricorso cfr. pure Pierre Moor , *Droit administratif*, vol. II, Berna 2002, pag. 307; STA 52.2013.95 del 25 marzo 2013, 52.2010.455 del 20 dicembre 2010 e 52.2004.245-246 del 11 ottobre 2004, tutte riferite a concorsi retti dalla LCPubb).

E. 6

Nel caso concreto, la commessa, di valore ben superiore ai valori soglia di cui all'allegato 1 CIAP (cfr. supra , consid. 1.1), non poteva che essere aggiudicata in esito a concorsi pubblici. Ciò, in ogni caso, nei limiti e alle condizioni delle disposizioni del RLCPubb/CIAP, che ammette l'appalto generale in casi eccezionali (art. 50 RLCPubb/CIAP) e vieta l'appalto totale (art. 52 RLCPubb/CIAP). La committente ha per contro instaurato una sorta di procedura ad invito, dichiarando apertamente di non seguire i dettami dell'ordinamento sulle commesse pubbliche. L'irregolarità, grave e irrimediabile in quanto costituita da una lesione di norme di diritto imperativo, non consente di soprassedere all'annullamento dell'intera procedura concorsuale. Il fatto che la ricorrente abbia ommesso di impugnare i documenti di gara e le regole in essi contenute non permette di approdare a

conclusione diversa. Le censure rivolte contro prescrizioni di concorso che ledono in modo particolarmente grave l'ordinamento sulle commesse pubbliche sono infatti ammissibili anche in sede di ricorso contro l'aggiudicazione (STA 52.2015.369 del 23 ottobre 2015 consid. 3; 52.2014.131 del 3 luglio 2014 consid. 2.2; 52.2011.327 del 16 agosto 2011 consid. 3.1, 52.2011.4 del 25 gennaio 2011 consid. 3.2; Matteo Cassina , Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Canton Ticino, Lugano 2008, pag. 67).

E. 7

Il ricorso va pertanto accolto, con il conseguente annullamento della delibera impugnata e della procedura che la precede.

E. 8

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al gravame.

E. 9

La tassa di giustizia, commisurata al lavoro occasionato e ai valori in discussione, è posta a carico della stazione appaltante e della deliberataria secondo il reciproco grado di soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Queste ultime rifonderanno inoltre alla ricorrente congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è accolto . Di conseguenza, la decisione 22 marzo 2017 con cui la Fondazione CO 2 ha deliberato alla CO 1 la commessa concernente le opere di impresa totale nell'ambito dell'edificazione di uno stabile di appartamenti a dimensione di anziano e/o disabile a _____ è annullata assieme alla procedura che la precede. 2. La tassa di giustizia di fr. 10'000.- è posta a carico della Fondazione CO 2 in ragione di 3/4 (fr. 7'500.-) e della CO 1 in ragione di 1/4 (fr. 2'500.-). Alla ricorrente verrà restituita la somma di fr. 10'000.- versata quale anticipo delle presunte spese processuali. 3. Alla ricorrente, a titolo di ripetibili, saranno versati fr. 3'500.- dalla CO 2 e fr. 1'500.- dalla CO 1. 4. 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. 5. 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.