

TI_GERICHTE 52.2017.39 vom 30. November 2016

TI Tribunale d'appello, 2016-11-30, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2017.39

FR: TI_GERICHTE 52.2017.39 du 30 novembre 2016

IT: TI_GERICHTE 52.2017.39 del 30 novembre 2016

Regeste

Sanzione amministrativa per infrazione alla legge sulle commesse pubbliche (divieto di subappalto)

Erwägungen

E. 1.1

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 165.100; cfr. STA 52.2013.295 del 13 maggio 2014 consid. 1.1). La legittimazione attiva dell'insorgente è certa (art. 65 cpv. 1 LPAm). Il ricorso, tempestivo (art. 68 cpv. 1 LPAm) è dunque ricevibile in ordine.

E. 2

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm). Non è in particolare necessario assumere le prove offerte dall'insorgente, ritenuto che non spetta a questo Tribunale porre rimedio alle carenze istruttorie addebitabili all'istanza precedente (cfr. consid. 4). 2. Secondo l'art. 45 cpv. 1 LCPubb, 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, aggiunge 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 l'elenco dei motivi d'esclusione di cui all'art. 45 cpv. 2 LCPubb è esaustivo (cfr. STA 52.2013.295 citata consid. 2 con riferimenti). Non sono pertanto ammessi altri, diversi motivi. Quanto alla pena pecuniaria, il cpv. 3 della norma prescrive che essa può raggiungere al massimo il 20% del valore della commessa. 3.3.1. L'art. 24 LCPubb vieta il subappalto salvo se ammesso negli atti di gara. Dal momento che la nozione di appalto non si riferisce strettamente al contratto di diritto privato

regolato agli art. 363 segg. del codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO; RS 220), ma all'insieme delle relazioni giuridiche concluse da un ente pubblico con concorrenti privati per l'acquisto di forniture, servizi e costruzioni, il divieto di subappalto è applicabile anche alle commesse di fornitura e servizio. Ai sensi della legislazione sulle commesse pubbliche, per subappalto occorre quindi intendere un incarico a terzi di eseguire una parte della commessa (STA 52.2014.282-283 del 10 ottobre 2014 consid. 2.2 con riferimenti). Il divieto di subappalto è essenzialmente volto a impedire che l'aggiudicatario, che è valutato quantomeno dal profilo della sua idoneità generale a partecipare alla gara, deleghi in tutto o in parte l'esecuzione effettiva della commessa a terzi, da lui scelti in modo autonomo, indipendentemente dal committente. Il divieto di subappalto si giustifica specialmente nell'ambito delle commesse edili e per prestazioni di servizio, nelle quali l'idoneità tecnica, le capacità e le attitudini dell'aggiudicatario assumono particolare rilevanza (STA 52.2008.76 del 12 marzo 2008). Il divieto non è tuttavia assoluto. L'art. 24 LCPubb, come detto, stabilisce infatti che gli atti di gara possono prevedere la possibilità di subappalto. In tale evenienza valgono le condizioni elencate partitamente alle cifre a - d dell'art. 36 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 (RLCPubb/CIAP; RL 730.110). Dal canto suo, in passato questo Tribunale ha già avuto modo di stabilire che se 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 52.2015.314 del 26 ottobre 2015, 52.2010.133 del 24 giugno 2010, 52.2006.86 del 13 aprile 2006).

3.2. Il prestito di manodopera, ossia la messa a disposizione di personale da una ditta all'altra, è ammesso alle condizioni enunciate all'art. 37 RLCPubb/CIAP. In particolare, questo non deve superare il 25% del personale indicato dalla ditta deliberataria per lo svolgimento della commessa (art. 37 cpv. 2 lett. d RLCPubb/CIAP). Contrariamente al subappaltatore, che si impegna, sotto la propria responsabilità, a realizzare una parte delle prestazioni richieste dal committente, il prestatore di manodopera si accontenta di mettere a disposizione dell'aggiudicatario personale, che questo utilizzerà come meglio crede per lo svolgimento delle opere o dei servizi commissionatigli dal committente (Peter Gauch, *Le contrat d'entreprise*, Zurigo 1999, n. 137 segg.; Luc Thévenoz, *La location de services dans le bâtiment*, BR 1994 pag. 68 segg.).

3.3. Distinguere tra il prestito di manodopera e altri rapporti giuridici che implicano l'intervento di collaboratori presso terzi non è sempre evidente. Da diverse fonti (la legge federale sul collocamento e il personale a prestito [LC; RS 823.11], giurisprudenza, dottrina e direttive della Segreteria di Stato dell'economia) possono essere dedotti alcuni criteri di distinzione, che in relazione all'esecuzione di una commessa pubblica di servizio, quale quella che qui ci occupa, possono essere riassunti come segue. Innanzitutto, alla ditta aggiudicataria che ricorre al prestito di manodopera è trasferito il potere di direzione sul lavoratore, in particolare la competenza di dare istruzioni (tecniche) sul modo di eseguire le prestazioni o il comportamento da tenere. Il lavoratore, inoltre, è integrato nell'impresa dell'aggiudicataria al fianco degli altri collaboratori, in particolare utilizza materiale e strumenti della stessa. L'oggetto essenziale del contratto tra il prestatore di personale e l'aggiudicatario è la fatturazione da parte del primo al secondo del tempo di lavoro del collaboratore e non la realizzazione di un obiettivo chiaramente definito (servizio) in cambio di una certa remunerazione. Inoltre, il rischio legato all'inadempienza del lavoratore è a carico dell'aggiudicatario, il prestatore di servizio non garantendo, di principio, alcun risultato del lavoro fornito dal collaboratore messo a disposizione. Né

questo è responsabile per i danni causati dal lavoratore nell'ambito della sua attività presso l'aggiudicatario. L'applicazione di questi criteri, al pari della loro ponderazione, va eseguita basandosi sul contenuto del contratto e tenendo in considerazione le particolarità della concreta fattispecie (Romain Félix , Location de services versus autres contrats de prestations : critères de distinction, in: Rémy Wyler [editore], Panorama III en droit du travail, Berna 2017, pag. 779 segg., pag. 785 segg.). 3.4. Nella STF 2A_425/2006 del 30 aprile 2007 il Tribunale federale ha avuto occasione di applicare i predetti criteri di distinzione in un caso concernente una società attiva nell'installazione, nella manutenzione e nella formazione di un programma informatico utile alla gestione d'impresa, segnatamente nei campi della contabilità, della logistica e delle risorse umane. Alcuni collaboratori di questa ditta si erano recati per una quindicina di giorni presso un'azienda che utilizzava il loro programma informatico per adattare lo stesso alle esigenze dettate da un progetto nell'ambito delle risorse umane. L'Alta Corte ha esaminato se il rapporto giuridico instaurato tra la ditta attiva nel campo dell'informatica e la sua cliente potesse essere qualificato di prestito di personale. Essa ha quindi escluso quest'ipotesi, ritenendo determinante che la predetta società aveva messo a disposizione della sua cliente competenze particolari di cui questa non disponeva al suo interno; invece di limitarsi a fornire delle risorse di lavoro di cui era momentaneamente sprovvista, ha apportato un valore aggiunto a uno scopo ben definito. Oltre a ciò, ha tenuto in considerazione che la società aveva fornito una garanzia delle proprie prestazioni. Non hanno per contro prevalso le circostanze che potevano deporre a favore di un prestito di manodopera, ossia il fatto che i collaboratori della società hanno svolto l'attività nei locali della ditta che ha richiesto le prestazioni, che la fatturazione era basata sul prezzo giornaliero dei medesimi e che il capo progetto della ditta presso cui si sono svolte le mansioni aveva la facoltà di dare istruzioni e esercitare una certa sorveglianza sui collaboratori (STF citata consid 5.1).

4.4.1. Nel caso concreto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la ricorrente ha subappaltato parte delle prestazioni di ingegneria assegnatele senza l'accordo del committente o ceduto parte del contratto a terzi e le ha pertanto inflitto una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 45 lett. a e b LCPubb. L'insorgente, dal canto suo, ha sostenuto di non aver subappaltato l'esecuzione di parte delle prestazioni, né ceduto il contratto. Essa avrebbe fatto ricorso a un prestito di manodopera, modo di agire che non è passibile di esclusione né di pena pecuniaria ai sensi dell'art. 45 LCPubb.

4.2. Il Governo non si è chinato sulla questione di sapere se l'apporto dell'ing. M_____ nell'esecuzione della commessa potesse essere definito in maniera diversa da un subappalto o da una cessione del contratto. Nemmeno in questa sede, una volta preso atto delle specifiche censure della ricorrente, l'autorità ha motivato perché, a mente sua, il prestito di manodopera non possa entrare in linea di conto. Quest'ipotesi, tuttavia, non può essere esclusa d'acchito. Infatti, stando alle dichiarazioni dell'insorgente, particolari contingenze avrebbero condotto all'assenza di due ingegneri e richiesto la loro momentanea sostituzione. L'ing. M_____ avrebbe inoltre lavorato sotto la guida del personale dirigente della filiale ticinese. Gli elementi agli atti non permettono però a questo Tribunale di esprimersi circa la qualifica giuridica da attribuire all'intervento dell'ing. M_____ nel caso concreto. Non è infatti per nulla chiaro se la società _____ si sia limitata a mettere un suo dipendente a disposizione della ricorrente, effettuando un prestito di manodopera, oppure se abbia eseguito in subappalto parte dei servizi oggetto della commessa. Non vi sono invero sufficienti informazioni circa l'attività effettivamente svolta dall'ing. M_____ né sugli intendimenti tra l'insorgente e la società con sede a _____ per esaminare la fattispecie applicando i criteri sopra

enunciati, debitamente soppesati in funzione delle particolarità del caso (cfr. consid. 3.3 e 3.4). L'autorità di prime cure non ha esperito alcun accertamento sulle questioni di sapere chi detenesse il potere di direzione sul lavoratore e se quest'ultimo fosse integrato in seno alla ditta insorgente. Né ha raccolto alcun'informazione riguardo alle modalità di retribuzione dello stesso e all'assunzione dei rischi legati all'inadempienza contrattuale o a eventuali danni. Verifiche che il Governo ha omesso di compiere malgrado la ricorrente si sia da subito dichiarata disposta a presentare (quantomeno) i contratti di lavoro dell'ingegner M_____. Occorre pertanto retrocedere gli atti all'autorità inferiore affinché si pronunci nuovamente dopo aver esperito gli accertamenti necessari (art. 65 cpv. 2 PAmm).

5. Qualora il Governo, dopo aver raccolto le informazioni mancanti, giungesse nuovamente alla conclusione che la ricorrente ha violato il divieto di subappalto, dovrà commisurare la sanzione alla luce di tutti gli elementi emersi, tenendo conto soprattutto della gravità oggettiva dell'infrazione commessa e della colpa del trasgressore, nonché di eventuali precedenti, chinandosi sulla questione con adeguata motivazione. Nell'ambito di questa valutazione il Governo dovrà quindi accertare quante ore di lavoro delle 149 stimate in sede di offerta sono state effettivamente prestate per lo svolgimento dell'intero mandato, che oltre alle prestazioni dell'ingegnere civile contemplava la partecipazione di altri specialisti, per rapportarvi le 58 ore (eventualmente) subappaltate alla società di _____. Nella predetta ipotesi, l'Esecutivo cantonale dovrà insomma erogare una sanzione ossequiosa del principio della proporzionalità.

6. Visto quanto precede, il ricorso va accolto e gli atti rinviati al Governo affinché si pronunci nuovamente dopo aver esperito gli accertamenti necessari.

E. 7

Secondo giurisprudenza, il rinvio dell'incarto all'istanza precedente per procedere a complementi istruttori, con esito aperto, comporta che chi ricorre sia considerato come vincente (STF 2C_1185/2016 del 7 giugno 2018 consid. 6.2 con riferimenti). Non si preleva tassa di giustizia (art. 47 cpv. 1 e 6 LPAm). Lo Stato è comunque tenuto a rifondere alla ricorrente, patrocinata da un legale, congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è accolto. §. Di conseguenza: 1.1. la decisione del 30 novembre 2016 (n. 5326) del Consiglio di Stato è annullata; 1.2. gli atti sono rinviati al Consiglio di Stato per nuova decisione ai sensi dei consid. 4 e 5. 2. Non si preleva tassa di giustizia. Alla ricorrente è restituito l'anticipo versato. Lo Stato è tenuto a versare alla ricorrente l'importo di fr. 1'500.- 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. della 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
presidente
La vicecancelliera

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