

TI_GERICHTE 52.2017.604 vom 23. März 2018

TI Tribunale d'appello, 2018-03-23, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2017.604

FR: TI_GERICHTE 52.2017.604 du 23 mars 2018

IT: TI_GERICHTE 52.2017.604 del 23 marzo 2018

Regeste

Commessa pubblica. Procedura a invito. Ricevibilità del ricorso interposto contro la decisione di aggiudicazione da parte di una persona che, non avendo ricevuto l'invito a concorrere, non ha partecipato alla gara. Vizi nell'aggiudicazione e nell'impostazione del concorso

Erwägungen

E. 1.1

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 7.1.4.1).

E. 1.2

Controversa è la questione di sapere se il ricorrente sia legittimato a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione, non avendo inoltrato alcun'offerta.

E. 1.2.1

Secondo l'art. 65 cpv. 1 LPAm, ha diritto di ricorrere chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo, è particolarmente toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa. La nozione di interesse degno di protezione corrisponde a quella, identica, racchiusa negli art. 48 lett. a della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021) e 103 lett. a della legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (OG; abrogata dall'art. 131 cpv. 1 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). Introducendo il requisito dell'interesse degno di protezione il legislatore ha quindi voluto, in primo luogo, escludere l'actio popularis, cosicché difetta della legittimazione ricorsuale chi dal provvedimento impugnato non sia toccato altrimenti che qualsiasi altro singolo cittadino o che la collettività. Occorre pertanto l'esistenza di una relazione rilevante o speciale del ricorrente con l'oggetto della contestazione. D'altro lato basta però l'esistenza di un interesse degno di protezione dal profilo processuale e non occorre la lesione di diritti soggettivi, atteso che anche un interesse di mero fatto, ad esempio di natura economica, ideale o morale può essere sufficiente. Affinché il gravame sia ricevibile in ossequio all'art. 65 LPAm basta pertanto che il ricorrente possa prevalersi di un interesse personale, immediato ed attuale all'annullamento o alla modificazione della decisione contestata e dunque all'ottenimento di un giudizio più favorevole (cfr. RtiD II-2015 n. 6 consid. 2; I-2015 n. 10 consid. 1.3.1 con riferimenti; STA 52.2017.318 del 18 ottobre 2017 consid. 1.2.1).

E. 1.2.2

In materia di pubblici acquisti un siffatto interesse può essere riconosciuto unicamente a chi ha partecipato ad un procedimento concorsuale e in tale veste può quindi aspirare ad essere riammesso in gara (in caso di esclusione, rispettivamente mancata selezione) o a conseguire la commessa (in caso di delibera ad un altro concorrente; STA 52.2015.2 del 16 aprile 2015 consid. 2; Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, vol. 11 collana gialla CFP, Lugano 2008, pag. 63 e segg.).

E. 1.2.3

Nel caso di specie il committente ha instaurato una procedura a invito per l'aggiudicazione di una commessa pubblica scegliendo quattro partecipanti, tra cui il ricorrente. Dopo essersi accertato del suo interesse a concorrere, il 22 settembre 2017 la stazione appaltante ha pertanto inviato a RI 1 un fascicolo, intitolato Concorso a invito - Bando di concorso Progetto di rifacimento campo da calcio sintetico, il quale conteneva la descrizione dell'oggetto della commessa, i criteri di aggiudicazione con il relativo metodo di valutazione, altre regole generali nonché l'indicazione del termine di ricorso contro il medesimo documento.

E. 1.2.4

Il ricorrente afferma di non aver mai ricevuto tale fascicolo. Contrariamente a quanto sostenuto dal committente, la questione di sapere se il bando di concorso sia stato correttamente notificato non è priva di importanza. Se è vero che la scelta dei partecipanti alla gara è rimessa all'apprezzamento della stazione appaltante e che, in concreto, il numero minimo di concorrenti (tre) è stato raggiunto pure senza la presenza dell'insorgente (cfr. art. 10 cpv. 3 LCPubb), è pur vero che la documentazione di gara, anche in una procedura a invito, costituisce una decisione impugnabile (art. 37 lett. a LCPubb). Decisione che il concorrente, già per il fatto di essere stato invitato a prendere parte al procedimento, è legittimato a contestare dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo (Cassina, op. cit., pag. 59). Occorre pertanto appurare se e quando gli atti sono stati ricevuti dall'insorgente. Dall'esito di tale accertamento potrà essere ammessa o negata la sua legittimazione a impugnare la decisione di aggiudicazione. In caso di avvenuta notifica del bando di concorso, occorrerebbe concludere che il ricorrente ha rinunciato a inoltrare la propria offerta e, pertanto, dovrebbe essergli negato qualsiasi interesse a ricorrere. Per contro, la mancata notificazione del bando potrebbe condurre a riconoscere al ricorrente, privato suo malgrado della possibilità di partecipare al concorso, un interesse degno di protezione nella misura in cui il postulato annullamento dell'intera gara gli permetterebbe di aspirare al conseguimento della commessa nell'ambito di una nuova procedura.

E. 1.2.5

In effetti, una notificazione difettosa non può cagionare alle parti alcun pregiudizio (art. 20 LPAm). Tale regola è tuttavia temperata dal principio della buona fede e da quello della sicurezza giuridica, allo scopo di evitare che la notifica difettosa di una decisione permetta di differire illimitatamente il termine per impugnarla. Pertanto, quando una parte è venuta a conoscenza di una decisione che non le è stata intimata, essa deve mettere diligentemente in atto quanto ci si può attendere dalla stessa affinché l'autorità proceda a tanto: non lo facesse, allora agirebbe contrariamente alle regole della buona fede, pregiudicando con ciò la tempestività di un suo eventuale ricorso contro una notifica tardiva della decisione (Messaggio 23 maggio 2012 [n. 6645] sulla revisione totale della legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966 in: RVGC 2013-2014, vol. 3, pag. 1947 segg., cap.

4.3. pag. 1959; André Grisel , op. cit., pag. 877 seg. n. 5; Jean-François Poudret , Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berna 1990, n. 1.6 ad art. 32). In quest'ordine d'idee l'art. 68 cpv. 1 LPAm stabilisce che il termine per presentare ricorso decorre, in assenza di intimazione , dalla "conoscenza" della decisione impugnata.

E. 1.2.6

La stazione appaltante, che ha inoltrato il bando di concorso per posta semplice, non è stata in grado di dimostrare l'avvenuta ricezione dello stesso da parte del ricorrente. Incombendo al committente la prova della data di notifica della documentazione di gara (cfr. STA 52.2014.199 dell'8 settembre 2014 consid. 1.3; Cassina , op. cit. , pag. 61), occorre ritenere che l'invio non è mai giunto a destinazione. Non può essere seguita la tesi della stazione appaltante secondo cui il ricorrente avrebbe tardato ad attivarsi, pur dovendosi attendere la notifica della decisione. L'insorgente è infatti stato contattato dal municipio il 4 settembre 2017, con uno scritto che ha fatto seguito alla stima d'onorario del 20 luglio 2017. In questo frangente, il committente l'ha sì informato che il bando di concorso era in fase di allestimento, tuttavia la tempistica indicata (presentazione del messaggio municipale per la primavera dell'anno successivo ed esecuzione dei lavori nell'inverno 2018-2019 o addirittura nell'estate 2019) non lasciava intendere che lo stesso sarebbe giunto nel giro di pochi giorni. Nemmeno l'e-mail 28 settembre 2017 con cui M_____ ha comunicato al ricorrente di aver inviato il bando di concorso la medesima settimana dimostra senza dubbio che il ricorrente abbia preso conoscenza dell'emanazione del bando di concorso. Non esiste prova della lettura del messaggio, né si potrebbe del resto addebitare una qualsiasi negligenza al ricorrente per non aver controllato l'account di posta elettronica, mezzo che non è prescritto dalla LPAm per l'intimazione di atti, né abitualmente utilizzato per comunicazioni ufficiali dall'autorità che interviene in una procedura (cfr. art. 17 a 19 LPAm).

E. 1.2.7

Visto quanto precede, non si può far altro che riconoscere a RI 1 il diritto di ricorrere contro la decisione con cui il committente ha assegnato a un altro concorrente la commessa. Il ricorso, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb) è dunque ricevibile in ordine.

E. 1.3

Il giudizio può essere emanato sulla base delle tavole processuali, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm). I documenti agli atti forniscono sufficienti elementi per statuire sull'impugnativa con cognizione di causa.

E. 2

Il ricorrente ha criticato la ponderazione del criterio di aggiudicazione del prezzo, ritenendola eccessiva siccome superiore al limite del 50% fissato dall'art. 53 cpv. 5 RLCPubb/CIAP. La censura è proponibile in questa sede, non avendo il ricorrente potuto avversare il bando di concorso a causa dell'irrita notificazione.

E. 2.1

L'art. 53 cpv. 5 RLCPubb/CIAP stabilisce che di regola la ponderazione di un singolo criterio non deve superare il 50%. In una sentenza del 2002 (STA 52.2001.453 del 7 gennaio 2002), emanata quando era in vigore il vecchio regolamento del 1° ottobre 2001 (BU 2001, 323), il Tribunale cantonale amministrativo ha chiaramente spiegato che la norma applicabile all'epoca (art. 42 cpv. 3 RLCPubb/CIAP) aveva valenza di pura e

semplice raccomandazione stante il suo contenuto letterale, caratterizzato dall'uso della forma verbale condizionale (la ponderazione di un singolo criterio non dovrebbe superare il 50%). Nel nuovo regolamento il dovrebbe è diventato un deve, nel contesto però di una prescrizione aperta dalla locuzione "di regola", che la priva di qualsiasi carattere imperativo lasciando spazio ad un regime derogatorio. Altrimenti detto, in circostanze particolari nulla impedisce ad un committente di assegnare a singoli criteri di aggiudicazione una ponderazione superiore al 50%.

E. 2.2

Nel caso concreto, il committente ha ponderato il criterio del prezzo al 70%. Per quanto opinabile ciò possa apparire, la progettazione riguarda un'opera tutto sommato semplice e il valore della commessa è esiguo. In queste circostanze, la ponderazione del criterio al 70% non costituisce un abuso del potere di apprezzamento riservato al committente, al quale il Tribunale non può sostituirsi, non essendogli permesso un controllo dell'adeguatezza delle regole di gara (art. 38 cpv. 2 LCPubb). La censura va pertanto respinta. 3. Il ricorrente ha inoltre eccepito l'inidoneità dell'aggiudicataria a ottenere la commessa. Le opere appaltate rilevarebbero infatti esclusivamente del campo di attività dell'architetto paesaggista. Il titolare della CO 1, iscritto all'albo OTIA quale ingegnere civile, non disporrebbe pertanto di valida autorizzazione per allestire progetti di questo genere. 3.1. La legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del 24 marzo 2004 (LEPIA; RL 7.1.5.1) distingue in modo chiaro tra l'attività dell'architetto e quella dell'ingegnere, prevedendo per le medesime due diversi gruppi professionali con differenti settori di competenza, a seconda del titolo di studio (art. 3 cpv. 1 e art. 8 LEPIA). Per potere essere esercitata ognuna di queste professioni deve essere oggetto di una specifica autorizzazione (art. 3 cpv. 2 lett. a e art. 4 regolamento di applicazione della legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del 5 luglio 2005; RLEPIA; RL 7.1.5.1.1). È vero che né la LEPIA, né il relativo regolamento di applicazione definiscono i concetti di "architettura", "ingegneria", o di "opera architettonica" di cui neppure viene fatta menzione. Si tratta comunque di concetti giuridici indeterminati, il cui contenuto normativo deve essere concretamente definito di volta in volta dalle autorità preposte all'applicazione della LEPIA e alla vigilanza sulle professioni di architetto e di ingegnere, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso. In presenza di contestazioni circa la loro interpretazione, le istanze di ricorso devono procedere con il dovuto riserbo, limitandosi a verificare che l'interpretazione data dall'autorità decidente alle nozioni in parola non travalichi i limiti della latitudine di giudizio che deve esserle riconosciuta nell'ambito dell'applicazione di dette nozioni (STA 52.2009.324 del 16 settembre 2010 consid. 4.2., confermata in STF 2C_828/2010). 3.2. Nel caso concreto, nulla permette di concludere che per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della commessa sia necessaria l'autorizzazione a esercitare come architetto paesaggista. Se è vero che gli atti di gara richiamano la norma SIA 105, attinente all'architettura paesaggistica, è pur vero che tale riferimento deriva con ogni verosimiglianza dall'offerta allestita dallo stesso ricorrente prima dell'apertura del concorso a invito. Stima d'onorario che definiva le prestazioni proprio in funzione delle fasi previste dalla predetta norma SIA e che il committente ha ripreso alla lettera. Tale indizio non basta quindi a dedurre che le opere appaltate siano riservate esclusivamente al campo di attività dell'architetto paesaggista. Il servizio aggiudicato alla CO 1, circoscritto alla progettazione della sostituzione del manto sintetico di un campo da calcio, non appare particolarmente complesso né pone specifiche esigenze architettoniche. Non si tratta in altri termini di un progetto di entità tale da richiedere necessariamente l'intervento di un

architetto paesaggista. Su questo aspetto, la decisione di affidare la commessa a un ingegnere civile, che dispone senz'altro delle competenze tecniche per la realizzazione di quanto richiesto, non lede pertanto il diritto.

E. 4

A mente dell'insorgente, la stazione appaltante avrebbe suddiviso in modo inammissibile il prezzo offerto dall'aggiudicataria, assegnando la commessa per un valore inferiore.

E. 4.1

Il bando di concorso, al punto n. 5, indicava che i concorrenti erano tenuti a elaborare un'offerta per le seguenti prestazioni: - Analisi della situazione e della documentazione esistente; - Rilievo dei dati mancanti; - Discussione con autorità comunali e cantonali, eventuali incontri con le società sportive; - Progetto di massima e definitivo; - Stima iniziale dei costi e relazione tecnica finale con preventivo definitivo; - Elaborazione della documentazione necessaria alla stesura da parte del Municipio del relativo messaggio municipale all'indirizzo del Consiglio comunale; - Presentazione dei documenti al Municipio.

E. 4.2

L'aggiudicataria, nella propria offerta, ha indicato di essere a disposizione per effettuare diverse prestazioni, vale a dire: - Progetto di massima: studio di fattibilità + basi di progettazione + analisi varianti - Progetto definitivo: ottimizzazione del progetto di massima e dei costi - Basi d'appalto: allestimento basi d'appalto - Progetto esecutivo: completamento progetto definitivo piani esecutivi e di dettaglio definitivi - Esecuzione: direzione lavori completa per l'esecuzione dei lavori come da progetto In caso di svolgimento parziale del mandato, ha inoltre specificato l'aggiudicataria, le percentuali di ripartizione saranno le seguenti: - Progetto di massima: 10% - Progetto definitivo: 25% - Basi d'appalto: 10% - Progetto esecutivo: 20% - Esecuzione: 35% L'aggiudicataria ha quindi proposto un prezzo forfetario per le predette prestazioni di fr. 61'900.-.

E. 4.3

Il committente ha preso in considerazione unicamente il valore esposto per il progetto di massima e per il progetto definitivo e ha di conseguenza valutato l'offerta dell'aggiudicataria tenendo conto di un prezzo pari al 35% di quello offerto, ossia fr. 21'665.-. Tale modo di procedere è inammissibile. L'offerta elaborata dalla CO 1 contemplava servizi non richiesti, malgrado il bando di concorso specificasse esattamente quelli che i concorrenti avrebbero dovuto includere nel preventivo. Tra questi, l'elaborazione del progetto di massima e di quello definitivo occupava soltanto una posizione su sette. Dall'offerta dell'aggiudicataria non è possibile dedurre se essa abbia inteso includere in queste poste pure tutte le altre prestazioni. La CO 1 ha in buona sostanza presentato un'offerta non conforme alle esigenze espresse dal committente nella documentazione di gara, inserendo delle prestazioni supplementari non richieste. Questo difetto non poteva essere sanato dalla stazione appaltante semplicemente applicando al prezzo globale le percentuali indicate per servizi che non corrispondono in tutto e per tutto a quelle oggetto della commessa. Già per questo motivo, il ricorso merita accoglimento e la decisione di aggiudicazione deve essere annullata.

E. 5

Non ci si può tuttavia esimere dal rilevare un ulteriore motivo di annullamento della risoluzione impugnata. Con la propria risposta di causa, l'ente appaltante ha messo in dubbio la possibilità del ricorrente di vedersi aggiudicare la commessa poiché lo stesso aveva inviato un preventivo prima dell'apertura del concorso, ciò che determinerebbe un caso di preimplicazione. In effetti, come esposto in narrativa, prima di indire il concorso a invito la stazione appaltante ha chiesto all'insorgente di preparare un preventivo per le medesime prestazioni. Una volta ottenuto, ha deciso di avviare la procedura che qui ci occupa, definendo la fase precedente un'esplorazione di mercato. Ebbene, non soltanto la partecipazione del ricorrente alla gara poteva essere problematica dal punto di vista di una sua preimplicazione, la quale, in effetti, potrebbe risultare dal fatto che il preventivo allestito dal medesimo è servito per definire le prestazioni da mettere a concorso: il committente ha ripreso parola per parola quelle indicate dal ricorrente con l'offerta. La procedura a invito era tuttavia inattuabile già per il semplice fatto che il committente ha dapprima esplorato il mercato richiedendo un'offerta alla ricorrente e pure all'aggiudicataria, circostanza, quest'ultima, risultante dallo scritto 4 settembre 2017 del committente alla medesima e che, segnalata dall'insorgente in sede di replica, è rimasta incontestata. Questo Tribunale ha già avuto modo di rilevare che non si può sondare il mercato facendo credere a chi viene interpellato che si procederà con un incarico diretto, ciò che nella fattispecie era comunque fattibile, trattandosi di una commessa la cui spesa prevedibile non superava il limite di fr. 150'000.- di cui all'art. 13 cpv. 1 lett a LCPubb. Questo modo di agire è illegale, poiché lede l'affidamento precontrattuale che i concorrenti ripongono nell'inoltrare un'offerta ad un ente pubblico soggetto alla LCPubb (STA 52.2005.159 del 26 settembre 2005 e rinvii). Nel caso in esame, il committente ha violato pure i principi della buona fede e della trasparenza instaurando una procedura a invito pur conoscendo già le offerte dei partecipanti. Queste informazioni sono suscettibili di influenzare il committente nell'allestimento del bando di concorso, che potrebbe pilotare a favore dell'uno o dell'altro concorrente. Anche per questo motivo la decisione di delibera va annullata, al pari della procedura che l'ha preceduta, viziata da una crassa lesione dei principi che governano l'ordinamento delle commesse pubbliche.

E. 6

Visto quanto precede, il ricorso è accolto e la decisione impugnata annullata al pari della procedura di concorso.

E. 7

La presente decisione rende superflua l'evasione della domanda cautelare volta al conferimento dell'effetto sospensivo al gravame.

E. 8

La tassa di giustizia è posta a carico del comune CO 2 e dell'aggiudicataria secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Questi ultimi rifonderanno al ricorrente, patrocinato da un legale, un congruo importo a titolo di ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è accolto. §. Di conseguenza, la decisione 17 novembre 2017 con cui il municipio di CO 2 ha aggiudicato le opere di progettazione del campo da calcio sintetico alla CO 1 è annullata assieme alla procedura di concorso a invito che l'ha preceduta. 2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.- è posta a carico del comune CO 2 e della CO 1 in ragione di un mezzo (fr. 1'000.-) ciascuno. All'insorgente è restituito l'anticipo versato. 3. Il comune CO 2 e la CO 1 rifonderanno a RI 1 ognuno l'importo di fr. 1'000.- a

titolo di ripetibili. 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 Il presidente La vicecancelliera

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