

TI_GERICHTE 52.2018.411 vom 31. August 2018

TI Tribunale d'appello, 2018-08-31, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2018.411

FR: TI_GERICHTE 52.2018.411 du 31 août 2018

IT: TI_GERICHTE 52.2018.411 del 31 agosto 2018

Regeste

Pubblico concorso per la gestione di un nido d'infanzia. Applicabilità della LCPubb

Erwägungen

E. 1

punto = insufficiente, 2 = adeguato, 3 = superiore alle aspettative

E. 2

Esperienza precedente nella gestione di un nido d'infanzia 30%

esperienza di 5 anni e più = 3 punti

3-4 anni = 2 punti

1-2 anni = 1 punto

E. 3

Attendibilità del piano finanziario e dei costi 30%

- disponibilità finanziaria del concorrente 20% 1-3 punti

- sostenibilità del piano finanziario su 5 anni 20% 1-3 punti

- retribuzione del personale 30% 1-3 punti

- costi all'utenza 30% 1-3 punti

1 punto = insufficiente, 2 = adeguato, 3 = superiore alle aspettative

Per questi motivi,

Per il Tribunale cantonale amministrativo

Il presidente

La vicecancelliera

E. 4

LCPubb e 4 RLCPubb/CIAP). Analogò è il campo d'applicazione definito dal concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 (CIAP; RL 730.500). Né la LCPubb, né il CIAP definiscono la nozione di commessa pubblica. Silenti al riguardo sono anche la legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1) e l'Accordo GATT/OMC del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (AAP; RS 0.632.231.422). Secondo dottrina e giurisprudenza, la commessa pubblica soggetta all'apposita, omonima legge vede da un lato una stazione appaltante che acquisisce dei lavori, delle forniture o dei servizi al fine di adempiere i propri compiti pubblici e dall'altro un aggiudicatario che per la sua prestazione riceve una remunerazione. Da questo punto di vista, l'ente pubblico svolge il ruolo di consumatore della prestazione, mentre il

privato ne è il fornitore. La commessa pubblica nel senso che qui interessa è di natura sinallagmatica e si caratterizza per il pagamento di un compenso all'offerente in cambio della sua prestazione (DTF 141 II 113 consid. 1.2.1, 125 I 209 consid. 6; STF 2P.19/2001 del 16 maggio 2001 consid. 1a/bb, in: RDAT II-2001 n. 96 pag. 407; RtiD I- 2009 n. 22; STA 52.2016.242 del 30 maggio 2018 consid. 1.2, 52.2016.3 del 23 febbraio 2016, 52.2010.34 del 14 luglio 2010 consid. 1.1; Etienne Poltier , Droit des marchés publics, Berna 2014, n. 149 segg., Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/ Nicolas Michel , Droit des marchés publics, Friburgo 2002, pag. 58-59) . Non vi è in particolare contratto a titolo oneroso in caso di prestazioni unilaterali, quali i sussidi o gli aiuti finanziari che permettono al beneficiario di svolgere determinati compiti nell'interesse pubblico (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/ Marc Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, III ed., Zurigo-Basilea-Ginevra 2013, n. 1221 pag. 591). Parimenti, il semplice fatto che l'ente pubblico permetta a un privato di esercitare una determinata attività non comporta l'applicazione del regime delle commesse pubbliche; in simili circostanze esso non incarica infatti il privato di eseguire una prestazione, né acquista alcun bene, ma si limita a ordinare o regolare un'attività privata. In principio ciò vale anche quando l'ente pubblico concede a terzi l'uso di un suo bene amministrativo, atto per cui esso non fa che accordare un diritto e, in regola generale, percepire una controprestazione (cfr. DTF 144 II 184 consid. 2.2, 143 II 120 consid. 6, 125 I 209 consid. 6b; STF 2C_229/2017 del 9 marzo 2018 consid. 2.2, 2C_198/2012 del 16 ottobre 2012 consid. 5.1.3). 1.3. Nel caso di specie, il Municipio CO 2 ha indetto un pubblico concorso per la gestione di un nido dell'infanzia presso il Centro Scolastico di _____, annunciando che la commessa era assoggettata alla LCPubb. Dal capitolato d'onere (cifra 3.1) si desume tuttavia che il Comune non solverebbe alcunché per le prestazioni dispensate dal gerente del nido. Il servizio, riservato prioritariamente alle famiglie domiciliate nel Comune di CO 2, verrebbe pagato sotto forma di retta (differenziata) dai genitori dei bambini affidati alla struttura (vedi cifra 3.2 lett. g del capitolato). L'ente pubblico si limiterebbe infatti a mettere a disposizione dell'assuntore del servizio gli spazi necessari (aule, locali di riposo, servizi sanitari, ecc.) dietro pagamento di una pigione annua di fr. 48'000.- (cifra 1.6 del capitolato e cifra 4 della bozza di contratto operativo e d'affitto); un onere fisso, che non costituisce la remunerazione per le prestazioni erogate dal nido agli utenti, dalle quali è del tutto indipendente. In queste circostanze, l'ente pubblico non interviene in qualità di consumatore di una prestazione: al contrario esso concede, al miglior offerente, il diritto di occupare un proprio bene amministrativo, ottenendo un compenso. La fattispecie non rientra pertanto nel novero di quelle sottoposte alla LCPubb, bensì configura un caso di locazione di immobili comunali ai sensi dell'art. 180 della legge organica comunale del 10 marzo 1987 (LOC; RL 181.100; STA 52.2011.247 del 30 maggio 2012 consid. 2.1). Per quanto attiene poi all'attività legata alla gestione del servizio di nido d'infanzia occorre rilevare che il fatto che il Comune si impegni a versare all'assuntore del servizio l'integrale quota parte dell'aiuto dovuto al cantone in base alla LFam, in rate trimestrali anticipate, nei mesi di gennaio, aprile, luglio e ottobre (cfr. cifra 6 della bozza di contratto operativo e di affitto, sub

E. 6

Finanziamento delle attività da parte del Comune di CO 2) non permette ancora di concludere in favore dell'esistenza di una commessa pubblica. Contrariamente a quanto afferma l'ente banditore (cfr. risposta, ad 2) non vi è infatti alcuna controprestazione (annua onerosa, pari a circa CHF 48'000.-) a favore del gerente, il quale non ottiene alcun reale compenso per l'attività espletata. La quota parte dell'aiuto dovuto al Cantone che

percepirebbe altro non è che una parte (1/3) della somma complessiva del contributo globale erogato agli enti riconosciuti quale partecipazione ai costi di affidamento dei minorenni a carico del Cantone che il Comune di CO 2 si assume giusta l'art. 30 cpv. 1 LFam e che, anziché riversare (integralmente) al Cantone, ha deciso - avvalendosi della facoltà concessagli dal cpv. 3 - di destinare al nido d'infanzia per sostenerne (incentivarne) le attività (cfr. al proposito il messaggio n. 5280 del Consiglio di Stato del 25 giugno 2002 concernente la legge sul sostegno alle attività delle famiglie e di protezione dei minorenni, pag. 75). Trattasi, in concreto, di un aiuto finanziario la cui erogazione non sottostà al diritto sulle commesse pubbliche. In effetti, gli aiuti finanziari sono, secondo l'art. 3 della legge federale sugli aiuti finanziari e le indennità del 5 ottobre 1990 (LSu; RS 616.1), "vantaggi pecuniari". Questa forma di sussidio mira a promuovere l'attuazione di un compito d'interesse pubblico, che l'associazione beneficiaria si è liberamente assegnata, ma che non soggiace tuttavia alle regole abituali di mercato (cfr., in questo senso, anche l'art. 3 cpv. 1 della legge sui sussidi cantonali del 22 giugno 1994; LSuss, RL 620.100 e relativo messaggio di adozione n. 3990 del 15 settembre 1992, commento all'art. 3; cfr. inoltre Etienne Poltier, *Les subventions*, in: Lienhard, *Finanzrecht*, coll. *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Vol. 10, Basilea 2011, pag. 343 segg., pag. 385-386). Non è quindi appropriato prevedere delle procedure di messa in concorrenza al fine di ottenere la prestazione economicamente più favorevole (cfr. Poltier, *Droit des marchés publics*, op. cit., n. 160, pag. 96; n. 163 pag. 97). Questa conclusione si giustifica a maggior ragione ove solo si consideri che il Comune non ha neppure la libertà di fissare l'importo dell'aiuto finanziario in parola, essendo quest'ultimo determinato inderogabilmente dall'Ufficio del sostegno a enti e attività per le famiglie e i giovani (UFaG; vedi art. 4 lett. e del regolamento della legge per le famiglie del 20 dicembre 2005; RLFam, RL 874.110), nella misura corrispondente ad una percentuale uniforme del suo gettito d'imposta cantonale (art. 30 cpv. 2 LFam). Inquadrate in questi termini, una siffatta relazione contrattuale non rientra manifestamente nel novero di quelle sottoposte alla LCPubb. Di riflesso, il ricorso proposto dalla RI 1 in base all'art. 36 LCPubb si avvera irricevibile per difetto di competenza del Tribunale cantonale amministrativo (RtiD I-2009 n. 22). 1.4. Ciò non significa tuttavia che la risoluzione del 31 agosto 2018 del Municipio CO 2 non fosse deducibile in giudizio. Giusta l'art. 208 cpv. 1 LOC, contro ogni decisione degli organi comunali è infatti dato ricorso al Consiglio di Stato. In applicazione dell'art. 6 cpv. 1 LPAm l'impugnativa del 12 settembre 2018 della RI 1 viene pertanto trasmessa al Governo affinché abbia a pronunciarsi in merito. 2. Date le circostanze, non si preleva tassa di giudizio e non si assegnano ripetibili (art. 47 cpv. 1 e 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è irricevibile. §. L'impugnativa del 12 settembre 2018 dell'RI 1 e l'intero incarto sono trasmessi al Consiglio di Stato per competenza ed evasione. 2. Non si preleva tassa di giustizia. Non si assegnano ripetibili. Alla ricorrente va restituita la somma di fr. 3'000.- versata a titolo di anticipo delle presunte spese processuali. 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). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il presidente La vicecancelliera