

TI_GERICHTE 52.2018.472 vom 17. Januar 2019

TI Tribunale d'appello, 2019-01-17, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2018.472

FR: TI_GERICHTE 52.2018.472 du 17 janvier 2019

IT: TI_GERICHTE 52.2018.472 del 17 gennaio 2019

Regeste

Bando di concorso. Assoggettamento al CIAP. Violazione dell'obbligo di pubblicazione. Divieto di instaurare commesse pubbliche di durata indeterminata o rinnovabili un numero imprecisato di volte. L'esclusione del consorzio tra offerenti prevista nel bando non appare giustificata da validi motivi

Erwägungen

E. 1.1

Come rettamente rilevato dal ricorrente, dato il suo considerevole valore, la commessa rientra nel settore dei trattati internazionali (cfr. Allegato 1 CIAP) ed è sottoposta al CIAP in virtù del suo art. 6 cpv. 1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo 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 25 novembre 1994/15 marzo 2001 del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 730.510).

E. 1.2

In quanto titolare di una ditta individuale attiva nel settore della commessa, il ricorrente è legittimato a contestare gli elementi del bando e i relativi atti pubblicati dalla stazione appaltante (art. 15 cpv. 1bis lett. a CIAP e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). Il gravame, tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP), è pertanto ricevibile in ordine.

E. 1.3

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm). I fatti decisivi sono noti.

E. 2

Il ricorrente ha innanzitutto censurato l'impostazione della gara, segnalando, come detto, che la stessa debba essere assoggettata alle regole del CIAP e non soltanto a quelle della LCPubb, alla quale il bando di gara fa riferimento. Il committente, dal canto suo, si è rimesso al Tribunale per quanto attiene al merito della questione, segnalando tuttavia che una simile erronea indicazione sarebbe priva di conseguenze, poiché sostanzialmente le condizioni di gara risultano conformi al concordato. Sennonché, l'ente banditore dimentica che nel settore sottoposto ai trattati internazionali, almeno un riassunto dell'avviso di gara deve essere pubblicato sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) o su una piattaforma elettronica comune della Confederazione e dei Cantoni (simap.ch; art. 8 cpv. 3 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),

ciò che nel caso concreto non risulta essere avvenuto. Omettendo tale, necessaria, pubblicazione, il committente ha violato il principio di trasparenza (art. 1 cpv. 3 lett. c CIAP, cfr. DTF 141 II 116 consid. 6). A fronte di una simile violazione, il Tribunale non può che accogliere il ricorso e annullare il bando di concorso, affinché il Consorzio proceda a una nuova, regolare, pubblicazione.

E. 3

Il bando di concorso è un documento mediante il quale l'ente pubblico si rivolge ad una cerchia più o meno indeterminata di potenziali interessati per invitarli ad inoltrare offerte, rispettivamente candidature, per l'esecuzione di opere edili, per la fornitura di beni mobili o per la prestazione di servizi. Esso costituisce un insieme di regole e di condizioni che concretizzano e precisano il quadro procedurale predisposto dalla legge ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. L'avviso di concorso e i relativi atti - comprendenti nel caso di specie un fascicolo composto da capitolato d'appalto e modulo d'offerta - costituiscono la *lex specialis* del procedimento e vincolano tanto l'ente banditore, quanto i concorrenti. Essi devono rispettare la legge sulla quale si fonda il concorso e i principi generali del diritto amministrativo, specie in correlazione all'ossequio delle regole della buona fede e della parità di trattamento tra i concorrenti (DTF 125 I 203 seg.; RDAT II-1997 n. 47; II-1994 n. 5; 1982 n. 14). Per il resto, nella definizione dell'oggetto e delle condizioni di gara l'ente banditore dispone di un margine discrezionale relativamente ampio, che l'autorità di ricorso può censurare unicamente nella misura in cui il suo agire integra gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso del potere d'apprezzamento (art. 16 cpv. 1 lett. a CIAP). Ipotesi, questa, che si verifica quando quest'ultimo è esercitato in spregio dei principi fondamentali del diritto, quali l'uguaglianza davanti alla legge, la legalità, la proporzionalità, la sicurezza del diritto e la buona fede (DTF 119 Ib 452; RDAT I-1995 n. 14; Marco B orghi/Guido Corti, *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, Lugano 1997, n. 2d ad art. 61; Adelio Scolari, *Diritto amministrativo, parte generale*, II. ed., Cadenazzo 2002, n. 413). In particolare, nell'ambito di contestazioni dirette contro il bando e i relativi documenti di gara, il Tribunale cantonale amministrativo non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità che ha indetto il concorso, ma deve limitarsi ad accertare che le varie clausole contemplate da questi atti non siano insostenibili, in quanto fondate su considerazioni estranee alla materia, sprovviste di valide ragioni o altrimenti lesive dei diritti costituzionali (cfr. RtiD II-2011 n. 8 consid. 2; STA 52.2017.42 del 24 aprile 2017 consid. 2, 52.2014.199 dell'8 settembre 2014 consid. 2).

E. 4

Il ricorrente ha criticato la disposizione di gara secondo cui il contratto, della durata iniziale di quattro anni, può essere tacitamente rinnovato di anno in anno in mancanza di disdetta di una delle parti contraenti.

E. 4.1

Il CIAP non vieta i contratti di durata indeterminata. Nemmeno il regolamento cantonale disciplina espressamente la questione, sebbene stabilendo come calcolare il valore della commessa in caso di simili accordi (art. 5 cpv. 4 lett. b RLCPubb/CIAP) non escluda l'esistenza degli stessi. Malgrado non sia codificato, il divieto di instaurare commesse pubbliche di durata indeterminata o rinnovabili un numero imprecisato di volte deve essere dedotto direttamente dal principio della parità di trattamento, nonché dall'obbligo imposto

ai committenti di promuovere un'efficace e libera concorrenza (art. 1 cpv. 3 lett. a e b CIAP). Un contratto di durata imprecisata o rinnovabile "all'infinito" finirebbe infatti per precludere in modo inammissibile l'accesso al mercato a potenziali concorrenti ciò che, avuto riguardo alle finalità che si prefigge l'ordinamento delle commesse pubbliche, non può essere tollerato (Martin Beyeler , Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo 2012, n. 2566, nota 2333; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. ed., Zurigo 2013, n. 1097 segg.).

E. 4.2

Nel caso di specie, l'ente banditore ha fissato la durata del servizio di raccolta rifiuti in quattro anni, prevedendo tuttavia la possibilità di rinnovare tacitamente il contratto di anno in anno. A ragione l'insorgente ha censurato tale disposizione, che si rivela lesiva del diritto in quanto contraria ai principi sopra esposti. La possibilità di rinnovo tacito del contratto andrà pertanto omessa nel nuovo bando che il Consorzio pubblicherà o limitata nel tempo in modo comunque tale da non violare i suddetti principi.

E. 5.1

L'insorgente ha pure sostenuto che la gara sarebbe impostata in modo da compromettere eccessivamente la possibilità di partecipazione di numerosi potenziali concorrenti. L'Ente banditore ha infatti promosso la procedura appena tre mesi prima della data di inizio del servizio e imposto l'obbligo di disporre dei mezzi e del personale necessario per la sua esecuzione sin dall'inoltro dell'offerta, senza tenere conto dei tempi necessari per la fornitura degli automezzi e del loro successivo equipaggiamento.

E. 5.2

Di norma il concorrente deve eseguire la commessa completa con il proprio personale, i propri mezzi tecnici e le proprie competenze (art. 37 cpv. 1 RLCPubb/ CIAP). In decine di sentenze il Tribunale cantonale amministrativo ha peraltro ricordato che se la *lex specialis* della gara non prevede diversamente le prescrizioni concorsuali devono essere soddisfatte al momento della scadenza del termine per l'insinuazione delle offerte, non essendo bastevole che siano adempiute il giorno dell'aggiudicazione o addirittura soltanto all'atto dell'esecuzione del contratto. In effetti, approdando a conclusione opposta si disattenderebbe palesemente il principio della parità di trattamento e il divieto di modificare le offerte dopo la loro apertura (cfr. pro multis, STA 52.2016.389 del 12 dicembre 2016 consid. 2.1). Conforme a questi principi, la contestata disposizione di gara non è pertanto in alcun modo lesiva del diritto.

E. 5.3

Per quanto attiene alle tempistiche imposte dal committente si rileva che - pur non ravvisando motivi per credere che il medesimo abbia tardato a pubblicare il concorso per ragioni insostenibili, concedendo così un lasso di tempo effettivamente breve agli offerenti per procurarsi i mezzi necessari allo svolgimento della commessa - il termine assegnato ai potenziali concorrenti per presentare la propria offerta non soddisfa le esigenze poste dall'RLCPubb/CIAP (art. 13 lett. c CIAP). Se per le commesse assoggettate alla LCPubb il regolamento prevede un termine minimo di 30 giorni (art. 14 cpv. 1 lett. a RLCPubb/CIAP), l'art. 15 cpv. 1 RLCPubb/CIAP esige che, nel settore sottoposto ai trattati internazionali, tale termine non sia inferiore a quaranta giorni dalla messa a disposizione dei documenti di gara. Nel caso concreto, il committente ha previsto di trasmettere la documentazione ai concorrenti a decorrere dal 25 settembre 2018 e ha fissato la scadenza del concorso al 30

ottobre successivo. Inferiore a quaranta giorni, il termine per inoltrare l'offerta è pertanto insufficiente. Questo andrà pertanto modificato nel nuovo bando di concorso.

E. 6

A mente del ricorrente, inoltre, il sotto criterio di aggiudicazione 3.1. che, in quanto componente del criterio referenze, assegna un punteggio in funzione del quantitativo totale di rifiuti solidi urbani raccolti negli anni compresi tra il 2014 e il 2017 finirebbe per privilegiare in modo determinante l'attuale assuntore del servizio, ponendolo nella condizione di poter modulare a proprio piacimento il prezzo. Tale criterio di aggiudicazione, unito al predetto obbligo di disporre di mezzi e personale al momento dell'inoltro dell'offerta, nonché al divieto di consorzio e subappalto, limiterebbe in maniera inammissibile la libera concorrenza senza alcuna giustificata ragione.

E. 6.1

Le cosiddette referenze servono essenzialmente ad attestare la capacità tecnica del concorrente di realizzare l'opera messa a concorso, rispettivamente di fornire la prestazione oggetto della commessa. Forniscono quindi anzitutto informazioni sull'idoneità del concorrente e non sulla bontà dell'offerta. Dottrina e giurisprudenza ammettono tuttavia la possibilità di utilizzarle come criteri d'aggiudicazione, in quanto atte a permettere al committente di esprimere indirettamente anche un giudizio sulla qualità dell'offerta, in particolare nei casi in cui hanno rilievo l'esperienza e la capacità professionale (cfr. DTF 139 II 489 consid. 2.1-2.2 con rinvii alla giurisprudenza e alla dottrina; RtiD I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; cfr. inoltre Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner , *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 ed., Zurigo 2013, n. 618 segg.; Martin Beyeler , *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Friburgo 2008, pag. 64 segg.).

E. 6.2

Nella scelta e nella definizione dei criteri d'aggiudicazione e dei relativi fattori di ponderazione il committente fruisce di un'ampia latitudine di giudizio, che è tenuto ad esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. I criteri d'aggiudicazione devono comunque essere fissati sulla base di parametri valutabili in modo oggettivo e rispettare i principi generali che governano la materia (promozione di un'efficace e libera concorrenza, nonché dell'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche; art. 1 lett. a e d CIAP).

E. 6.3

La tesi dell'insorgente non può essere seguita. Se è vero che l'ente banditore ha previsto un sotto criterio destinato a valutare l'esperienza dei concorrenti in funzione dei quantitativi di rifiuti solidi urbani raccolti in un determinato periodo, ciò che senz'altro andrà a vantaggio di ditte attive da più tempo e con mandati importanti, è pur vero che la ponderazione di tale criterio non appare atta a porre il concorrente che dovesse ottenere la nota più alta in questo campo in una posizione di assoluto vantaggio. Sul totale, tale sotto criterio ha infatti un peso di appena il 10%, contro il 40% rappresentato dal sotto criterio del prezzo. Nemmeno tenendo conto del criterio referenze nel suo insieme, che rappresenta il 20% del punteggio, la disposizione di gara appare lesiva del diritto. La ponderazione del criterio di aggiudicazione tendente a valutare l'esperienza del concorrente sulla base della quantità del lavoro svolto in passato non appare insomma insostenibile.

E. 7

Secondo l'insorgente la libera concorrenza sarebbe ostacolata in maniera eccessiva dal divieto di subappalto e consorzio, che impedirebbe a ditte più piccole di compensare gli effetti delle altre prescrizioni. Soltanto l'attuale assuntore del servizio sarebbe in effetti in grado di svolgere la commessa in proprio. Prova ne sarebbe il fatto che, oltre al ricorrente, soltanto questa ditta ha partecipato alla gara.

E. 7.1

Il consorzio serve a creare sinergie tra gli offerenti, permettendo di partecipare alla gara anche ad operatori economici che, qualora concorressero da soli, non sarebbero in grado o avrebbero comunque minori probabilità di conseguire l'aggiudicazione per insufficienza di mezzi e di capacità operative (cfr. STA 52.2018.133 del 25 giugno 2018 consid. 3.1.1, 52.2004.354 del 30 novembre 2004 consid. 2.2). Il divieto di subappalto, sancito dall'art. 24 LCPubb, ma non dal CIAP, è essenzialmente volto ad 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. Il divieto non è tuttavia assoluto. L'art. 36 RLCPubb/CIAP stabilisce infatti che gli atti di gara possono prevedere la possibilità di subappalto. Quanto alla giurisprudenza, in passato questo Tribunale ha già avuto modo di evidenziare che anche nel caso in cui 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 (art. 37 cpv. 1 RLCPubb/CIAP; RtiD I-2016 n. 13; STA 52.2017.316 del 14 febbraio 2018 consid. 2.3, 52.2016.442 del 22 dicembre 2016 consid. 3.1).

E. 7.2

La decisione di limitare o escludere il consorzio tra offerenti, come pure quella di vietare il subappalto, rientrano nel quadro delle scelte che il committente è chiamato preliminarmente a effettuare in ordine alla definizione del profilo dei concorrenti entranti in considerazione ai fini dell'aggiudicazione. Si tratta pertanto di decisioni che, per certi aspetti, possono essere ricondotte al tema dell'idoneità dei concorrenti (art. 13 lett. d CIAP e 10 cpv. 1 lett. j RLCPubb/CIAP; cfr. inoltre la STA 52.2004.354 citata consid. 2.2). Anche nella definizione dei criteri di idoneità il committente fruisce di un ampio potere discrezionale, che è tenuto a esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. Questi devono comunque essere fissati sulla base di parametri oggettivi, apparire adeguatamente rapportati all'importanza della commessa e rispettare i principi generali che governano la materia. Essi non devono in particolare ostacolare un'efficace concorrenza (art. 1 cpv. 3 lett. a CIAP). Analoghe considerazioni valgono nel caso di decisioni volte a limitare o precludere ai concorrenti la possibilità di consorziarsi per partecipare alla gara, come pure nel caso di quelle che ammettono la facoltà di far capo a subappaltatori (cfr. STA 52.2018.133 citata consid. 3.3, 52.2006.153 del 18 maggio 2006 consid. 3.1, 52.2005.320-321 del 25 ottobre 2005 consid. 2.3, 52.2004.354 citata consid. 2.3).

E. 7.3

Nel caso concreto, l'ente banditore ha escluso la possibilità per i concorrenti sia di unirsi in consorzio sia di ricorrere al subappalto. Per quanto attiene alla censura rivolta contro il divieto di subappalto, la stessa è da respingere siccome immotivata. Il ricorrente non si è premurato di sostanziare in che modo la facoltà di delegare quali opere avrebbe concretamente favorito la concorrenza. Occorre in effetti tenere presente che la prestazione principale e caratteristica della commessa - nel caso concreto, la raccolta dei rifiuti - non potrebbe in alcun caso essere oggetto di subappalto. In relazione invece alla scelta di escludere il consorzio tra imprese il committente non si è minimamente espresso. A fronte delle doglianze dell'insorgente, che ha addotto che soltanto una ditta sarebbe in grado di eseguire la commessa senza consorziarsi, dimostrando per di più che soltanto due offerte compresa la propria sono giunte alla stazione appaltante, quest'ultima non ha opposto alcun valido motivo a sostegno della sua decisione. Al Tribunale non è dunque dato di sapere quali ragioni l'hanno guidata nella sua scelta e non gli è pertanto possibile verificare se essa ha correttamente esercitato il proprio potere d'apprezzamento. In assenza di ragionevoli e oggettivi motivi che il committente ha ommesso di addurre a difesa di una disposizione suscettibile di ridurre il numero di potenziali concorrenti, al Tribunale non resta che accertare l'insostenibilità della contestata condizione di gara. Il nuovo concorso che l'ente appaltante indirà dovrà pertanto ammettere il consorzio tra ditte.

E. 8

Infine, secondo l'insorgente il capitolato d'appalto sarebbe incompleto in quanto non fornirebbe alcuna indicazione in relazione ai veicoli necessari. In particolare sui percorsi interessati dalla raccolta rifiuti vi sarebbero molte limitazioni concernenti la portata massima di singole tratte stradali nonché l'altezza e la larghezza massima dei veicoli. Il bando non specificerebbe tuttavia alcunché in proposito. Come rettamente rilevato dal committente, il capitolato, al capitolo 5 (disposizioni generali per il servizio raccolta rifiuti, pag. 11), fornisce indicazioni in merito ai veicoli da utilizzare per il servizio appaltato, in particolare ai punti 5.3 e 5.6. Quest'ultima disposizione precisa che le strade di collina sono percorribili solo con autocarro a due assi. Analoga prescrizione è ripresa più avanti, al punto 7.4, a pag. 13, in cui il committente informa che l'Assuntore dovrà mettere a disposizione il personale e gli automezzi idonei al servizio e alla circolazione sulle strade e sui percorsi (anche di larghezza minima; disporre di almeno un autocarro a due assi per le strade di collina), indicate dagli organi dei Comuni consorziati, preposti al controllo dei diversi tipi di raccolta. Il bando di concorso così come formulato non appare carente su questo aspetto, atteso che, come documentato dal ricorrente con un plico di fotografie, un sopralluogo sulle tratte indicate nelle mappe allegate al capitolato permette di rendersi conto dei veicoli utilizzabili per lo svolgimento del servizio. Questa circostanza, unita alla possibilità di richiedere informazioni al committente (cfr. avviso di gara, punto 8), permette di concludere che il concorrente è messo nelle condizioni di allestire convenientemente la propria offerta.

E. 9

Viste le ragioni che precedono, il ricorso va accolto e il bando di concorso, comprendente la documentazione di gara, annullato. Il committente provvederà a rinviare ai concorrenti le offerte pervenutegli, senza aprirle.

E. 10

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

E. 11

La tassa di giustizia è posta a carico del committente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Esso dovrà inoltre rifondere all'insorgente, assistito 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: 1.1. il bando del concorso indetto il 18 settembre 2018 dal Consorzio CO 1 per aggiudicare il servizio di raccolta separata dei rifiuti per il periodo 2019 - 2022 è annullato; 1.2. l'ente banditore rinvierà ai concorrenti le offerte pervenutegli senza aprirle. 2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.- è posta a carico del Consorzio CO 1. Al ricorrente è restituito l'anticipo versato. Il Consorzio CO 1 rifonderà fr. 2'000.- all'insorgente 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 Il presidente La
vicecancelliera

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