

# **TI\_GERICHTE 52.2018.528 vom 28. Januar 2019**

TI Tribunale d'appello, 2019-01-28, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2018.528](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2018.528)

FR: TI\_GERICHTE 52.2018.528 du 28 janvier 2019

IT: TI\_GERICHTE 52.2018.528 del 28 gennaio 2019

## **Regeste**

Bando di concorso. Criteri di idoneità. Referenze. Specifiche tecniche

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb.

### **E. 1.2**

In quanto operante nel campo del commercio di prodotti legati al settore della raccolta dei rifiuti (vedi estratto RC consultabile in internet), la RI 1 è senz'altro legittimata a contestare gli elementi del bando - e i relativi atti - pubblicati dalla stazione appaltante (art. 37 lett. a LCPubb e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100).

### **E. 1.3**

Il gravame, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è dunque ricevibile in ordine e può essere evaso sulla base delle tavole processuali, senza istruttoria. Per le ragioni che saranno meglio esposte in appresso, non occorre in particolare procedere al richiamo dell'originale del doc. E, né indagare sui motivi per i quali la ricorrente ne fosse in possesso, come postulato dal Municipio (art. 25 cpv. 1 LPAm; cfr. consid. 4.2).

## **E. 2**

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 delle offerte, rispettivamente delle 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, modulo d'offerta e elenco prezzi - 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 ed 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 segg.; 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. 38 cpv. 1 lett. a LCPubb). 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 (RtiD II-2011 n. 8 consid. 2; STA 52.2018.133 del 25 giugno 2018 consid. 2, 52.2017.42 del 24 aprile 2017 consid. 2, 52.2015.498 dell'8 gennaio 2016 consid. 2). 3. La ricorrente ha censurato il criterio di idoneità che consentirebbe di partecipare al concorso alle sole ditte di pavimentazione ed impresari costruttori. Tale requisito, unito a quello concernente la fornitura e posa, fra il 2017 e il 2018, di almeno 100 contenitori del medesimo modello di quello offerto nella presente gara , limiterebbe in maniera inammissibile un'efficace e libera concorrenza. 3.1. Secondo l'art. 20 cpv. 1 LCPubb, il committente può esigere dall'offerente la prova dell'idoneità finanziaria, economica e tecnica. A tal fine precisa i criteri di idoneità, tenuto conto della legislazione speciale. I criteri d'idoneità si suddividono in criteri di carattere generale e criteri di carattere particolare. Alla prima categoria appartengono i criteri che qualsiasi concorrente deve soddisfare indipendentemente dalla natura della commessa o dal tipo di procedura adottato. Rientrano in particolare in questa categoria i criteri fissati dalla legge in merito al pagamento degli oneri sociali e delle imposte (art. 5 lett. c LCPubb). Sono invece da annoverare fra i criteri d'idoneità di carattere particolare le condizioni di partecipazione, che vengono fissate dalla legge stessa per certi tipi di commessa (vedi art. 34 RLCPubb/CIAP) o dal committente mediante il capitolato in funzione di sue specifiche esigenze. L'accertamento preliminare dell'idoneità dei concorrenti non ha luogo soltanto nell'ambito della procedura di concorso secondo il metodo selettivo, ma anche nella procedura di concorso monofase. Anche nei concorsi indetti secondo questo tipo di procedura, occorre in effetti valutare preliminarmente l'idoneità dei concorrenti sulla base di parametri oggettivi predeterminati dal bando di concorso, in modo da escludere quelli che non forniscono sufficienti garanzie di affidabilità in punto ad una corretta esecuzione dei lavori messi a concorso. Estromessi i concorrenti inidonei come impongono gli art. 25 lett. a LCPubb e 38 cpv. 1 lett. e RLCPubb/CIAP , il committente procede poi alla scelta dell'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati dal bando (STA 52.2011.458 del 5 gennaio 2012, 52.2010.132 del 7 giugno 2010 e 52.2010.123 del

## **E. 7**

maggio 2010; per i concorsi retti dal CIAP cfr. invece STA 52.2012.426 dell'11 gennaio 2013 e 52.2010.267 del 23 agosto 2010). 3.2. In concreto, la commessa posta a concorso dal Municipio di CO 1 concerne la sostituzione parziale degli attuali contenitori interrati per la raccolta dei rifiuti (rimozione dei contenitori esistenti e fornitura e posa di 50 nuovi contenitori interni dotati di una piattaforma superiore, dei dispositivi di sicurezza delle vasche e di colonne esterne). Come illustrato in narrativa, il committente ha fissato diversi criteri di idoneità (cfr. cifra 4 del bando e pos. 223 CPN 102), aprendo la gara alle ditte che producono contenitori interrati da oltre cinque anni, o quelle che le rappresentano e che risultano iscritte all'albo professionale inerente alla presente commessa e chiedendo fra l'altro ai concorrenti di dimostrare (mediante la produzione di un'apposita lista di referenze)

di aver fornito e posato, fra il 2017 e il 2018, almeno 100 contenitori del medesimo modello di quello offerto nell'ambito della presente gara (cfr. le pos. 224.100 a pag. 12 e 252.120; vedi anche "Prescrizioni di concorso" cifra 4 a pag. 40 e "Prescrizioni tecniche e specifiche" cifra 20 a pag. 42 del modulo d'offerta). 3.2.1. Nonostante l'infelice formulazione della clausola riferita ai requisiti di concorso contenuta nel formulario "Indicazioni dell'imprenditore" (pag. 3), che richiedeva ai concorrenti il possesso dei requisiti indicati nell'art. 34a RLCPubb, nella presente fattispecie è evidente che il committente non ha inteso limitare l'accesso alla gara alle sole imprese di pavimentazione e impresari costruttori alle quali si applicherebbe semmai l'art. 34 cpv. 1 lett. a RLCPubb/CIAP. La stessa autorità comunale lo ammette, annotando di essere incorsa in un errore di battitura laddove ha fatto riferimento all'art. 34a RLCPubb/CIAP, norma che, tra l'altro, nemmeno esiste. Lo si evince del resto dalle stesse disposizioni particolari CPN 102 del capitolato, che in più posizioni richiedono, rettamente, l'ottemperamento dei requisiti di idoneità di cui all'art. 34 RLCPubb/CIAP (cfr. pos. 223.101 e 223.200). A torto l'insorgente sostiene dunque che le puntualizzazioni operate al riguardo dalla committenza in sede ricorsuale costituirebbero un'inammissibile modifica delle condizioni di gara. 3.2.2. Per quanto riguarda poi la referenza richiesta per poter partecipare alla gara, si ricorda in generale che le cosiddette referenze servono essenzialmente ad attestare la capacità 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. 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; STA 52.2014.199 dell'8 settembre 2014 consid. 5.5.1; 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.). Ora, alla luce del lavoro appaltato, nulla permette di ritenere che nella pretesa di apportare quale referenza la fornitura e posa, fra il 2017 e il 2018, di almeno 100 contenitori del medesimo modello di quello offerto il committente sia incorso in una violazione del diritto sotto il profilo di un esercizio abusivo del potere discrezionale di cui fruisce in materia. Se è vero che l'ente banditore ha previsto un criterio di idoneità destinato a valutare l'esperienza e la competenza dei concorrenti nel campo specifico in funzione della quantità di contenitori forniti e posati 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 una simile pretesa non appare atta a ledere il principio volto a garantire un'efficace e libera concorrenza. L'insorgente dimentica che il concorso indetto dal Municipio è aperto a tutte le ditte che producono contenitori interrati da oltre cinque anni, o quelle che le rappresentano e che risultano iscritte all'albo professionale inerente alla presente commessa, aventi il domicilio e la sede in Svizzera. È quindi assai verosimile che sull'insieme del territorio nazionale vi siano più ditte in grado di fornire una simile prova. Il numero di referenze richieste per un totale di 100 contenitori, da intendersi come somma complessiva dei quantitativi di tutte le referenze presentate e riferite agli anni 2017 e 2018 (cfr. pos. 224.100 ad E, pag. 12 CPN 102), vagamente criticato dalla ricorrente, non appare insomma insostenibile. D'altra parte, le regole del concorso vanno impostate in funzione della commessa occorrente al committente, non secondo le rivendicazioni che permettano a

potenziali offerenti senza adeguate esperienze di partecipare alla gara. Anche i rimproveri rivolti contro le referenze vanno pertanto respinti.

4. 4.1. Secondo l'art. VI dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994 (AAP; RS 0.632.231.422), le specifiche tecniche che definiscono le caratteristiche dei prodotti o servizi che saranno oggetto di un appalto, come la qualità, le proprietà d'impiego, la sicurezza e le dimensioni, i simboli, la terminologia, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, o i processi e metodi di produzione, come pure le prescrizioni relative alle procedure di valutazione della conformità definite dalle entità contraenti, non devono essere stabilite, adottate o applicate allo scopo di creare ostacoli non necessari al commercio internazionale, né in modo tale che abbiano tale effetto (cpv. 1). Le specifiche tecniche prescritte dalle entità contraenti sono, se del caso: (a) definite in funzione delle proprietà d'impiego del prodotto piuttosto che in funzione della sua concezione o delle sue caratteristiche descrittive; e (b) basate su norme internazionali, se esistono, oppure, in caso contrario, su regolamenti tecnici nazionali, su norme nazionali riconosciute o su codici delle costruzioni (cpv. 2). Non devono essere richiesti o menzionati, soggiunge la norma (cpv. 3), marchi di fabbrica o commercio né nomi commerciali, brevetti, modelli o tipi speciali, né origini o produttori o fornitori determinati, tranne quando non esistano altri mezzi sufficientemente precisi o intellegibili per descrivere le condizioni dell'appalto e purché nel fascicolo di gara figurino espressioni quali "o l'equivalente". Per le commesse edili e le forniture, dispone il diritto cantonale, il capitolato d'appalto deve basarsi sulle norme professionali in vigore ed essere allestito secondo posizioni standardizzate e riconosciute dalle categorie professionali (art. 11 cpv. 1 RLCPubb/CIAP). Nell'allestimento del capitolato è in particolare vietato - a meno che ciò non sia giustificato dal particolare oggetto della commessa - introdurre prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure che indichino marche, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. Indicazioni del genere, accompagnate dalla menzione "o equivalente" sono ammesse soltanto nei casi in cui non sia possibile una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise (art. 16 cpv. 2 RLCPubb/CIAP). L'esigenza di precisione del capitolato deve evitare di tradursi nell'imposizione di condizioni tali da limitare illecitamente la cerchia dei potenziali concorrenti (STA 52.2012.75 del 10 aprile 2012 consid. 2; Galli/Moser/ Lang/Steiner , op. cit., n. 405 segg.). Deroche sono ammesse qualora: (a) le norme, i benestare tecnici svizzeri o europei o le specificazioni tecniche comuni non includano alcuna disposizione in materia di accertamento della conformità dei prodotti, o qualora non esistano mezzi tecnici che permettano di stabilire in modo soddisfacente la conformità di un prodotto a tali norme o a tali benestare o a tali specificazioni tecniche comuni, oppure (b) quando le apparecchiature già impiegate dai committenti impongono l'uso di prodotti non compatibili, o il cui costo risulti sproporzionato rispetto al valore complessivo della commessa, purché venga consensualmente definita una strategia che consenta il graduale passaggio alle indicate norme, benestare o specificazioni (art. 16 cpv. 4 RLCPubb/CIAP).

4.2. Il modulo d'offerta, ai capitoli "Prescrizioni tecniche e specifiche" (pag. 41-42) e "Idoneità dei contenitori" (pag. 49-50), elencava nel dettaglio le caratteristiche tecniche dei contenitori interni, della piattaforma, dei dispositivi di sicurezza e delle colonne, inclusi nell'oggetto della commessa (vedi consid. A di narrativa). In particolare, dalla descrizione emergeva che: - i contenitori interni ( 38 per la raccolta di RSU, PET, Alluminio-latta e carta, di cui 3 con volume superiore a circa 2500 litri per le vasche piccole e 35 con volume superiore a circa 4000 litri per le vasche grandi;

## **E. 12**

per la raccolta del vetro, con volume superiore a circa 2500 litri per vasche piccole e grandi) dovranno essere realizzati in acciaio zincato a caldo ed essere dotati di una piattaforma in alluminio striato avente uno spessore da 5 a 7 mm; - i dispositivi di sicurezza (piattaforma con 4 contrappesi) dovranno essere fabbricati con acciaio zincato; - le colonne esterne (da applicare ai contenitori interni) dovranno essere realizzate in acciaio zincato per la struttura interna e in acciaio inossidabile V4A (AISI 316) termolaccato per tutte le parti a vista ed esposte alle intemperie, essere dotate di dispositivo di vuotatura tipo fungo Kinshofer (originale) ed esteticamente in sintonia con quelle già posate a \_\_\_\_\_, rispettando le misure indicate nell'allegato 1. Ora, a torto la ricorrente sostiene che le predette condizioni di gara sarebbero chiaramente ispirate al prodotto fornito dalla \_\_\_\_\_, che il committente avrebbe fatto suo in modo vincolante, limitando illecitamente la cerchia di potenziali concorrenti. Se è ben vero che, come visto, l'ente banditore ha redatto i documenti del concorso in modo assai preciso indicando fra l'altro, nell'allegato 1, le misure minime e massime delle colonne esterne, altrettanto evidente è che lo stesso non ha inserito nel capitolato prescrizioni menzionanti prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di una ben precisa marca. Il committente in questa sede ha peraltro spiegato che la sostituzione degli interrati oggetto della commessa si inserisce nell'ambito dei lavori di abbellimento e di nuova pavimentazione stradale dei quartieri comunali volti ad attribuire maggiore decoro e pregio alle strade comunali e che la scelta di sostituire i vecchi interrati con quelli nuovi aventi forma e dimensioni simili a quelli esistenti, recentemente sostituiti, si giustifica dalla necessità di mantenere il più possibile la stessa linea estetica di arredo urbano. Le dimensioni previste nell'allegato 1 contengono peraltro un margine di scarto (+/- 10%) e i concorrenti hanno la facoltà di presentare delle varianti, cosicché, a maggior ragione, non si può certo sostenere che il committente avrebbe favorito la ditta \_\_\_\_\_ escludendo qualsiasi concorrenza. L'ente banditore non ha imposto la fornitura di uno specifico prodotto. Nessuna violazione del divieto sancito dagli art. VI cpv. 3 AAP e 16 cpv. 2 RLCPubb/CIAP è stata dunque posta in essere dalla stazione appaltante. Invano la ricorrente, richiamandosi allo scritto prodotto in replica sub doc. E, afferma che la partecipazione della \_\_\_\_\_ alla gara (cfr. doc. F) solleva seri dubbi sulla compatibilità con il divieto di partecipazione posto dall'art.

## **E. 16**

cpv. 6 RLCPubb/CIAP . Ci si può esimere dal soffermarsi sulla validità e veridicità del documento, messa in discussione dal Municipio, così come sui motivi per i quali la RI 1 ne fosse in possesso, visto che dallo scritto in questione non emerge affatto che l'ente banditore avrebbe incaricato la \_\_\_\_\_ - alla quale aveva in passato commissionato la fornitura di 10 contenitori interrati - di fungere da consulente per le altre ulteriori forniture. La lettera del 16 dicembre 2013 prodotta dalla ricorrente stride infatti con quella esibita dal committente (doc. 1) proprio unicamente per quest'ultima frase (cfr. doc. E: "(...) und werden Ihre Leistungen jederzeit gerne wieder in Anspruch nehmen "), la quale tra l'altro, se correttamente tradotta, indicherebbe semplicemente che il Municipio sarà lieto di richiedere nuovamente i vostri servizi in qualsiasi momento. Anche da questo profilo, gli atti di gara non ledono quindi il diritto. 5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque respinto. 6. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo all'impugnativa. 7. La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmM).

Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è respinto . 2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.-, già anticipata dalla ricorrente, resta interamente a suo carico. 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 ed alle condizioni enunciate 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.