

# **TI\_GERICHTE 52.2018.94 vom 24. Oktober 2017**

TI Tribunale d'appello, 2017-10-24, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2018.94](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2018.94)

FR: TI\_GERICHTE 52.2018.94 du 24 octobre 2017

IT: TI\_GERICHTE 52.2018.94 del 24 ottobre 2017

## **Regeste**

Commessa pubblica. Revoca dell'aggiudicazione e annullamento del concorso

## **Erwägungen**

### **E. 1**

legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). I gravami sono entrambi tempestivi (art. 15 cpv. 2 CIAP) e sono dunque ricevibili in ordine.

#### **E. 1.1**

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è 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 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 7.1.4.1.4). In quanto partecipante al concorso, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare l'assegnazione della commessa ad un altro concorrente e l'annullamento del concorso (art. 15 cpv. 1bis lett. e CIAP e 65 cpv.

#### **E. 1.2**

Visto che il fondamento di fatto di entrambe le procedure è il medesimo, i ricorsi possono essere decisi con una sola decisione (art. 76 cvp. 1 LPAm), sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAm).

#### **E. 2.1**

In assenza di regolamentazione da parte del CIAP la procedura di ricorso è retta dalla LPAm. L'art. 74 cpv. 1 LPAm dispone che con il deposito del ricorso, la trattazione della causa oggetto della decisione impugnata passa all'autorità di ricorso (effetto devolutivo del ricorso). Un'attenuazione di tale effetto è data dall'art. 74 cpv. 2 LPAm che prevede che l'istanza inferiore può modificare (parzialmente o totalmente) la propria decisione nel senso delle domande del ricorrente, di regola fino all'insinuazione della risposta. Se ciò avviene, l'oggetto del contendere viene meno per acquiescenza e la causa può essere stralciata dai ruoli. In effetti, l'autorità di ricorso è tenuta ad esaminare il ricorso solo nella misura in cui questo non sia divenuto privo d'oggetto (vedi art. 74 cpv.

#### **E. 2.2**

La ricorrente nella procedura 52.2017.569 ha postulato l'annullamento della decisione del 24 ottobre 2017, con la quale la committente aveva deliberato la commessa alla CO 3 che, a suo avviso, andava invece esclusa per violazione del divieto di subappalto. Ha altresì chiesto l'aggiudicazione in suo favore. Con la seconda decisione del 31 gennaio 2018 la stazione appaltante ha effettivamente annullato la delibera disposta in precedenza, con esclusione della CO 3, rea di aver violato il divieto di subappalto per determinate

prestazioni, così come richiesto dalla ricorrente. Limitatamente a questi aspetti, essa ha quindi proceduto, legittimamente, a modificare l'atto impugnato nel senso delle domande della ricorrente. Non vi è stata per contro adesione all'altra domanda ricorsuale (aggiudicazione diretta della commessa alla ricorrente), avendo la committente rinunciato al concorso. Per quanto concerne quindi la prima decisione dedotta in giudizio, a seguito del comportamento della committente essa è divenuta priva di oggetto solo nella misura in cui è stata revocata l'aggiudicazione alla CO 3. Su questo punto la procedura ricorsuale non ha dunque più ragione d'essere e può essere stralciata dai ruoli. Resterà per contro da decidere la sorte delle spese processuali e delle ripetibili a seguito della desistenza della committente.

### **E. 2.3**

In merito alla richiesta di attribuzione della commessa (cfr. ricorso 7 novembre 2017 *petitum* n. 1.2), il ricorso non sarebbe divenuto privo di oggetto se la committente, contestualmente alla revoca dell'aggiudicazione e all'esclusione della CO 3, non avesse anche annullato il concorso. Facoltà che la ricorrente contesta, con il secondo ricorso dinanzi a questo Tribunale, proprio perché manca una sua specifica domanda ricorsuale in questo senso. A mente sua, l'autorità inferiore non avrebbe più avuto alcuna competenza decisionale vista la litispendenza dinanzi al Tribunale conseguente al deposito del primo gravame. Vero è che la stazione appaltante non ha deciso su questo tema "nel senso delle domande del ricorrente", avendo quest'ultima chiesto, al contrario, l'attribuzione della commessa. In queste condizioni la committente non poteva pertanto appellarsi all'art. 74 cpv. 2 LPAm per modificare la decisione impugnata, a causa dell'effetto devolutivo del ricorso (art. 74 cpv. 1 LPAm). Formalmente, essa avrebbe quindi potuto unicamente revocare l'aggiudicazione e, una volta cresciuta in giudicato questa nuova decisione, decidere di interrompere la gara, atto che, strettamente considerato, esulava dalla decisione di delibera oggetto di ricorso. Tuttavia, allo stadio attuale delle cose occorre prendere atto che la stazione appaltante ha comunque frattanto annullato la gara, facendo così decadere l'oggetto e/o l'interesse relativamente all'attribuzione della commessa. Dato che le parti si sono già compiutamente espresse anche su questo nuovo aspetto, per motivi di economia procedurale e per evitare ulteriori lungaggini, si rinuncia quindi ad annullare la decisione di interruzione della gara, procedendo qui di seguito alla verifica della legittimità dei motivi posti a fondamento di quest'ultima decisione.

3. 3.1. La revoca dell'aggiudicazione comporta il ripristino del procedimento concorsuale. Per chiuderlo occorre emanare una nuova delibera o una decisione di interruzione della gara, entrambe soggette a ricorso (STA 52.2011.596 del 7 febbraio 2012 e la correlata STF 2D\_15/2012 del 31 agosto 2012).

3.2. Giusta l'art. 13 lett. i CIAP le disposizioni cantonali d'esecuzione garantiscono la limitazione dell'interruzione e della ripetizione della procedura di aggiudicazione per gravi motivi. Di principio, tali sono tutti i motivi per i quali, in funzione della loro oggettiva gravità, non si possa ragionevolmente esigere che il committente proceda all'aggiudicazione. In quest'ordine di idee, l'art. 55 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) permette al committente di indire una nuova procedura di aggiudicazione o di rinunciare totalmente o parzialmente alla commessa, escluso ogni obbligo di risarcimento in particolare quando, alternativamente: (a) nessuna delle offerte presentate risponde ai criteri e alle esigenze tecniche fissate nei documenti di gara, (b) si può contare su offerte più convenienti a seguito del mutamento delle condizioni tecniche-quadro o viene a mancare il principio della concorrenza, (c) il progetto viene modificato in modo sostanziale, (d) le offerte valide presentate superano

manifestamente il limite dei crediti allocati. Suscettibili di giustificare una rinuncia all'aggiudicazione, in via eccezionale, sono in definitiva tutte quelle circostanze che, valutate dal profilo degli scopi perseguiti dalla LCPubb, permettono di considerare un'interruzione della procedura compatibile con gli obblighi, segnatamente quelli derivanti dal principio della buona fede, che l'apertura del concorso ingenera in capo al committente nell'ambito dei rapporti precontrattuali, così come dai principi generali applicabili alle commesse pubbliche, in particolare dal divieto di discriminazione dei concorrenti (STA 52.2012.489 del 1. marzo 2013 consid. 3, 52.2009.13 del 16 marzo 2009 consid. 2; R DAT II-2001 n. 41 pag. 169 segg.). La giurisprudenza federale, dal canto suo, ritiene che il committente possa interrompere la procedura di aggiudicazione se il provvedimento è giustificato da motivi oggettivi e non mira a discriminare deliberatamente taluni concorrenti; la loro prevedibilità non è di alcun rilievo (DTF 141 II 353 consid. 6.1 e 6.4, 134 II 193 consid. 2.3; STA 52.2012.489 del 1. marzo 2013 consid. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/ Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, 3. ed., Zurigo 2013, n. 820; Martin Beyeler, *Ueberlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, in: *AJP/PJA* 7/2005 pag. 784 e segg.). Tra i motivi che possono entrare in linea di conto ai fini di una legittima rinuncia all'aggiudicazione ci sono i vizi essenziali di procedura, rispettivamente di impostazione della gara (sentenza del Tribunale del Canton Friburgo 602 2008-123/125 del 14 gennaio 2009 in BR 2009, S36, pag. 89; Stefan Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, Basel 2010, n. 182 segg.). 4. 4.1. Come esposto in narrativa, la committente si è basata sulle pos. 224.140 e 259.220 del capitolato, che le riservavano la possibilità di annullare la gara qualora fosse rimasta un'unica offerta. La clausola conferisce alla stazione appaltante un certo potere discrezionale per prescindere da un'aggiudicazione non solo nel caso in cui nessuna delle offerte presentate risponda alle prescrizioni di gara (art. 55 lett. a RLCPubb/CIAP), ma anche nel caso ne fosse rimasta una sola. Essa non definisce esplicitamente i limiti del potere d'apprezzamento, che riserva al committente in ordine all'annullamento della gara. Ciò non significa che il committente possa decidere come meglio gli aggrada. Anche se fondata su apprezzamento, la decisione di annullare la gara in applicazione di tale clausola deve in ogni caso fondarsi, come visto, su considerazioni oggettive e pertinenti e rispettare non solo i principi fondamentali del diritto, ma anche quelli specifici dell'ordinamento delle commesse pubbliche.

#### **E. 4**

LPamm). Per prassi, ammessa è la modifica della decisione anche fino all'inoltro della duplice ( Marco Borghi/Guido Corti, *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, Agno 1997, n. 2 ad art. 50 LPamm).

#### **E. 4.2**

Nella misura in cui si fonda sulle prescrizioni testé menzionate, la decisione del committente di annullare il concorso non presta il fianco alla critica. In effetti, come pertinentemente osservato dalla committente, al concorso, di portata territoriale internazionale, in quanto sottoposto al CIAP, hanno partecipato solo tre ditte locali, di cui una è stata subito esclusa per motivi formali, un'altra (CO 3) solo in seguito per l'impossibilità di eseguire in proprio delle opere previste nel capitolato (sabbatura dell'acciaio), in violazione del divieto del subappalto. Rimasta in gara un'unica concorrente, la cui offerta era superiore di quasi un terzo rispetto a quella della precedente aggiudicataria, ben si può sostenere che di fatto la concorrenza è venuta a mancare in una procedura concorsuale riguardante delle opere invero non assolutamente specialistiche

(fatto del resto nemmeno sostenuto dalle parti) per le quali ci si potrebbe anche attendere un numero limitato di offerte. Con la precedente impostazione della gara, segnatamente il divieto di subappalto eccetto che per prestazioni di minima importanza quali i trasporti fuori e dentro il cantiere e i sollevamenti (cfr. bando di concorso punto n. 7), l'interesse, e quindi la concorrenza, degli offerenti si è di fatto rivelato minimo. La volontà dell'ente appaltante di ripetere la gara, estendendo la possibilità di subappalto anche ad altre prestazioni al fine di facilitare l'accesso a ulteriori concorrenti nell'ottica di ottenere offerte più vantaggiose, non fa altro che attuare il principio basilare della promozione di un'efficace concorrenza tra offerenti. Queste ragioni prevalgono quindi sull'interesse dei singoli concorrenti, desunto in particolare dal principio della buona fede, a che la gara venga portata a buon fine (con una decisione di delibera) così come è stata instaurata sin dall'inizio. Nella misura in cui è sorretto da queste ragioni, l'apprezzamento esercitato dalla stazione appaltante è quindi conforme al diritto sotto il profilo dell'abuso di potere. Il ricorso contro l'annullamento del concorso deve quindi essere respinto. 5. In conclusione, l'impugnativa contro la decisione di delibera è divenuta priva di oggetto o quantomeno di interesse nella misura in cui, da un lato la stazione appaltante ha parzialmente aderito alle domande ricorsuali revocando l'aggiudicazione alla resistente e, dall'altro lato, ha interrotto la gara. Il gravame interposto contro la decisione di annullamento del concorso è invece respinto. 6. L'emanazione del presente giudizio rende priva di oggetto la domanda di adozione di misure cautelari. 7. Per quanto riguarda le spese processuali, vista l'adesione parziale alle domande della ricorrente e considerato l'annullamento del concorso, la committente è tenuta al loro pagamento per quanto riguarda la prima procedura ricorsuale (52.2017.569), unitamente alla CO 3 che ha ingiustamente resistito al primo ricorso. Nella seconda procedura (52.2018.94) soccombente è la ricorrente, che sopporterà pertanto le spese (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Vista la reciproca soccombenza delle parti in entrambe le procedure, la CO 3 è tenuta al pagamento di ripetibili (ridotte) alla ricorrente per la prima procedura ricorsuale, mentre tra quest'ultima e la committente si ritengono compensate in entrambe le procedure. (art. 49 cpv. 1 LPAmM). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso del 7 novembre 2017 (inc. 52.2017.569) è stralciato dai ruoli. 2. Il ricorso del 15 febbraio 2018 (inc. 52.2018.94) è respinto. 3. La tassa di giustizia unica per entrambe le procedure ricorsuali di fr. 4'000.- è posta a carico della Fondazione CO 1 per fr. 1'000.-, della CO 3 per fr. 1'000.- e della RI 1 per fr. 2'000.-. Alla ricorrente viene restituito l'importo di fr. 5'000.- versato in eccesso a titolo di anticipo delle spese processuali. La CO 3 verserà alla RI 1 l'importo di fr. 1'000.- a titolo di ripetibili. Le ripetibili tra la Fondazione CO 1 e la RI 1 sono compensate. 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. 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. 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.