

TI_GERICHTE 52.2019.585 vom 13. Februar 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-02-13, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2019.585

FR: TI_GERICHTE 52.2019.585 du 13 février 2020

IT: TI_GERICHTE 52.2019.585 del 13 febbraio 2020

Regeste

Commesse pubbliche. Valutazione del criterio delle referenze

Erwägungen

E. 1.1

la decisione del 24/30 ottobre 2019 del Municipio di CO 2, che ha deliberato alla CO 1 le opere da giardiniere occorrenti al risanamento dell'area giochi delle Scuole elementari _____, è annullata;

E. 1.2

gli atti sono rinviati al committente per nuova decisione ai sensi dei considerandi. 2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico del Comune di CO 2 e della CO 1 in ragione di 1/2 ciascuno. Alla ricorrente è restituito l'anticipo versato. Non si assegnano 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

E. 2.1

Giusta l'art. 32 cpv. 1 LCPubb, il committente aggiudica la commessa a favore dell'offerta più vantaggiosa determinata sulla scorta di diversi criteri, quali il termine, la qualità, il prezzo, l'economicità, i costi di servizio, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale e il valore tecnico. I criteri di aggiudicazione, soggiunge l'articolo (cpv. 2), devono essere indicati nei documenti del bando, in ordine di importanza. Riallacciandosi a questa norma di legge, l'art. 10 cpv. 2 lett. k 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), ribadisce che i documenti di gara devono contenere i criteri e/o sottocriteri di aggiudicazione in ordine di importanza, con la relativa ponderazione e la scala e/o il metodo di valutazione. L'esigenza di fissare preventivamente i criteri di aggiudicazione in ordine d'importanza discende soprattutto dal principio di trasparenza, che informa la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche (art. 1 lett. a LCPubb). I criteri di aggiudicazione, scelti in funzione della natura e delle caratteristiche della commessa, devono essere indicati già in sede di pubblicazione del bando, allo scopo di predeterminare, secondo tale principio, il quadro all'interno del quale il committente si impegna ad esercitare il proprio apprezzamento ai fini della delibera. Attraverso la predeterminazione di tali criteri viene invero limitata, se non esclusa, la libertà del committente di valutare le offerte pervenute gli secondo parametri elaborati a posteriori nell'ottica di giustificare una determinata scelta

(DTF 125 II 86 consid. 7c pag. 100 segg.). Sempre nel quadro della preventiva definizione dei criteri di aggiudicazione, il committente deve di principio indicare almeno sommariamente anche il metodo che intende applicare per valutare concretamente le offerte. Diversamente, lasciando al committente la più ampia libertà di scegliere il metodo di valutazione dei singoli criteri di aggiudicazione soltanto dopo l'apertura delle offerte, può essere disatteso il principio di trasparenza, che l'obbligo di predeterminare questi parametri assieme ai fattori di ponderazione intende invece salvaguardare (STA 52.2008.152 dell'11 luglio 2008 consid. 2.1). Il committente non deve tuttavia necessariamente prestabilire complesse griglie di valutazione. Esso può anche limitarsi a definire preventivamente soltanto una scala delle note, congruente per tutti i criteri d'aggiudicazione, che indichi sommariamente, anche mediante semplici predicati, come intende valutare le offerte sulla base delle informazioni concretamente richieste dal bando e fornitegli dai concorrenti. Dovrà poi, nella motivazione del provvedimento di delibera, fornire una giustificazione adeguata e sostenibile della nota che ha attribuito ai singoli concorrenti per ogni criterio d'aggiudicazione, dopo averne comparato in modo rispettoso della parità di trattamento gli aspetti, che secondo il bando si è impegnato a valutare (STA 52.2019.47 del 6 maggio 2019 consid. 2.1 con rinvii).

E. 2.2

In concreto, il committente ha preannunciato in modo dettagliato il metodo e/o le formule che avrebbe utilizzato per valutare ogni singolo criterio di aggiudicazione (pos. 224 e segg. del capitolato d'appalto). L'ente banditore ha quindi rispettato appieno l'obbligo sancito dagli art. 32 cpv. 1 LCPubb e 10 cpv. 2 lett. k RLCPubb/CIAP. Sotto questo aspetto la decisione impugnata non presta il fianco a critiche, tanto più che nessuna ditta ha impugnato le regole della gara, che sono quindi divenute vincolanti tanto per le partecipanti alla procedura, quanto per l'ente banditore, che deve rispettarle per non incorrere in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento e del principio della trasparenza (art. 1 lett. a e c LCPubb). Resta tuttavia da esaminare l'operato della stazione appaltante sotto il profilo delle valutazioni concretamente esperite e delle motivazioni adottate per giustificare le note attribuite alla ricorrente e all'aggiudicataria nel controverso criterio B. Le note relative agli altri criteri non sono infatti oggetto di contestazione.

E. 3.1

In materia di commesse pubbliche il ricorso al Tribunale cantonale amministrativo è proponibile contro la violazione del diritto, compreso l'abuso e l'eccesso del potere di apprezzamento, e l'accertamento errato o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (cfr. art. 38 cpv. 1 LCPubb). Il controllo dell'apprezzamento da parte di questo Tribunale non è quindi illimitato, ma circoscritto alla verifica che l'autorità decidente non abbia travalicato i limiti del potere discrezionale riservatole dalla legge o l'abbia esercitato in spregio dei principi generali del diritto. L'autorità di ricorso deve in particolare evitare di sostituire il proprio apprezzamento a quello della precedente istanza, limitandosi a censurare quelle decisioni che integrano gli estremi di una violazione del diritto sotto il profilo dell'eccesso o dell'abuso di potere. Ipotesi, quest'ultima, che si verifica unicamente nei casi in cui la decisione appare insostenibile, siccome priva di giustificazioni oggettive, fondata su considerazioni estranee o altrimenti lesiva dei principi fondamentali del diritto, segnatamente di quelli riferiti alla parità di trattamento o all'adeguatezza (cfr. DTF 104 Ia 206; R DAT I-1994 n. 34; STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019 consid. 7.2; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2d

ad art. 61; Adelio Scolari , *Diritto amministrativo, parte generale*, II ed., Bellinzona 2002, n. 407 segg.).

E. 3.2

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 II-2017 n. 13 consid. 4.2, I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 del 5 marzo 2018 consid. 2.2; cfr. inoltre Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/ Marc Steiner , *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, III ed., Zurigo 2013, n. 618 segg.; Martin Beyeler , *Ziele und Instrumente des Vergaberechts* , vol. 16, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008, n. 167, pag. 65).

E. 3.3

. Di regola, le referenze sono costituite da lavori analoghi, eseguiti dal concorrente con soddisfazione del committente, in epoca preferibilmente recente e per quanto possibile con il medesimo personale, soprattutto dirigente (quadri, specialisti; RtiD II-2017 n. 13 consid. 4.3, I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; RDAT II- 2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 citata consid. 2.3; cfr. inoltre sulla distinzione tra referenze aziendali e personali: STA 52.2012.386 del 6 dicembre 2012 consid. 2.1-2.3, massimati in Hubert Stöckli/Martin Beyeler , *Das Vergaberecht der Schweiz: Überblick - Erlasse - Rechtsprechung*, IX ed., Zurigo 2014, n. 89 segg., pag. 516) . La definizione di "lavori analoghi" va anzitutto ricercata nelle disposizioni di gara, che notoriamente costituiscono la *lex specialis* del procedimento concorsuale. In assenza di spiegazioni nelle regole fissate dal committente, questo Tribunale ha stabilito che per lavori analoghi o simili occorre intendere interventi che sia dal profilo qualitativo, sia dal profilo quantitativo presentano un adeguato grado di analogia con l'opera messa a concorso. Caratteristiche del lavoro messo a concorso e mezzi occorrenti per realizzarlo devono presentare sufficienti momenti di affinità con i lavori adottati come referenza, tali da giustificare il riconoscimento di una similitudine. Il significato del requisito "lavori analoghi" può essere dedotto soltanto dalle caratteristiche specifiche della commessa raffrontate con quelle dei lavori eseguiti (cfr. STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019 consid. 3.2, 52.2018.208 dell'8 agosto 2018 consid. 2.3, 52.2018.81 del 21 giugno 2018 consid. 3.3, 52.2015.60 del 30 aprile 2016 consid. 2.3, 52.2013.526 del 9 gennaio 2014 consid. 2.2, 52.2011.154 del 21 giugno 2011 consid. 2.2).

E. 3.4

Nella valutazione delle referenze, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale, il cui esercizio può essere censurato da parte dell'autorità di ricorso unicamente nella misura in cui integra gli estremi della violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso di potere (art. 38 cpv. 1 lett. a LCPubb; cfr. Borghi/Corti , op. cit., n. 2d ad art. 61). Presupposto irrinunciabile ai fini dell'esercizio di tale potere da parte del committente è un'adeguata conoscenza delle prestazioni fornite a terzi, che vengono addotte dai singoli concorrenti a titolo di referenza. Questa esigenza richiama, a sua volta: - la produzione, da

parte dei concorrenti, di un'esauriente documentazione, che le descriva in dettaglio, specificandone le caratteristiche, l'importanza e l'epoca in cui sono state effettuate; - una circostanziata verifica, da parte del committente, delle indicazioni fornite dai concorrenti, esperita secondo criteri uniformi ed eventualmente integrata dall'assunzione di informazioni supplementari, adeguatamente protocollate; - una congrua motivazione della valutazione operata dal committente, che permetta ai concorrenti di eventualmente esercitare i loro diritti di difesa e consenta nello stesso tempo all'autorità di ricorso di pronunciarsi con sufficiente cognizione di causa sulla correttezza dell'apprezzamento (RtiD I-2010 n. 25 consid. 4.3 con rinvii; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.568 del 25 settembre 2018 consid. 4.2, 52.2016.629 del 22 maggio 2017 consid. 3.4, 52.2012.386 citata consid. 2.2). Spesso, i committenti si accontentano di una generica e sommaria indicazione delle referenze, che valutano fondandosi sulle particolari conoscenze del settore interessato, di cui dispongono i loro consulenti. In questi casi, ove sorgano contestazioni sull'ammissibilità o sulla valutazione di singole referenze, spetta al committente, rispettivamente alla parte gravata dall'onere della prova, fornire all'autorità di ricorso le informazioni supplementari, necessarie per metterla in condizione di verificare la correttezza delle loro deduzioni. Non possono pretendere che il Tribunale cantonale amministrativo ponga rimedio alla mancanza d'informazioni accessibili a tutti gli interessati, sperando accertamenti sulle caratteristiche intrinseche dei lavori adottati a titolo di referenza (RtiD I-2010 n. 25 consid. 4.3; STA 52.2018.81 citata consid. 3.4).

E. 4.1

Nel caso che qui ci occupa, il capitolato chiedeva ai concorrenti di indicare a titolo di referenza (al massimo dieci) lavori analoghi (pos. 224.310, pag. 9) eseguiti negli ultimi 5 anni e precisava che per dieci opere sarebbe stata assegnata la nota 6, per otto la nota 5, per sei la nota 4, per quattro la nota 3, per due la nota 2 e per zero la nota 1. La ricorrente ha contestato in sostanza le valutazioni esperite dall'ente banditore. A suo parere il Municipio ha operato in maniera errata laddove ha riconosciuto come valide referenze i (3) lavori portati dalla deliberataria concernenti la realizzazione di impianti sportivi professionali come campi da calcio e altri impianti, e non già quelli da essa adottati relativi alla costruzione di parchi per anziani/disabili e aree didattiche per scuole elementari, decisamente più conformi ai lavori citati nel concorso. Anzitutto giova osservare che oggetto della commessa è il risanamento dell'area giochi esistente, comprensiva di uno spazio con attrezzature ludiche (torretta con scivolo, bilzo balzo, cavallo a dondolo, altalena, pavimentazione anti-trauma, ecc.) e di un campo da calcio, e la sistemazione dell'intera area verde, che include prato e piante di vario genere. Nel caso di specie il committente ha stabilito che avrebbe considerato lavori analoghi, computabili ai fini della valutazione delle referenze (d'aggiudicazione e non d'idoneità come assevera a torto la ricorrente), da una a dieci opere da giardiniere in costruzioni di aree giochi con importo superiore a fr. 75'000.- (IVA esclusa, importo lordo esclusi ulteriori sconti e ribassi definiti in sede di liquidazione) eseguite dal 2015 al 2019. Orbene è più che evidente che i lavori eseguiti per la Residenza _____ (referenze n. 1 e 2) e per il complesso del _____ (referenza n. 8) non presentano sufficienti analogie con quelli messi a concorso dal Municipio di CO 2. A livello di caratteristiche, la differenza tra le opere da aggiudicare e quelle che la ricorrente pretende di portare come referenza è in effetti palese. Le opere di sistemazione del giardino e di un'area destinata agli anziani, così come pure quelle da giardiniere con piantagione, semina, realizzazione di percorsi pedonali e dell'impianto di irrigazione eseguite nel complesso del _____ non hanno invero granché da spartire

con i lavori da giardiniere in costruzioni di aree giochi per bambini. Non può di conseguenza essere considerata lesiva del diritto la decisione del committente di scartare queste (tre) referenze. Al contrario, le censure sollevate dalla ricorrente per quanto riguarda l'esclusione della referenza (n. 6) centro scolastico _____ non si avverano di primo acchito prive di pertinenza. Stando alle affermazioni del progettista parrebbe infatti che l'insorgente non si fosse limitata a svolgere unicamente lavori da giardiniere, ma che avesse realizzato anche delle pavimentazioni per aree gioco di tipo erboso o calcestre (cfr. doc. 14A). L'ente banditore non poteva quindi scartare a priori tale referenza che, come visto, perlomeno da un punto di vista delle sue peculiarità, sembra presentare sufficienti affinità con le opere previste alle scuole elementari _____. Le generiche contestazioni della ricorrente con riferimento alle referenze 1, 2, 3 e 4 addotte dall'aggiudicataria non meritano invece accoglimento. Vuoi perché i tre interventi di risanamento di aree sportive comprensive di campi da calcio con pavimentazione sportiva (referenze n. 1, 2 e 3), dal profilo prettamente qualitativo, hanno un adeguato grado di analogia con i lavori messi a concorso. Vuoi perché la validità della referenza (n. 4) Residenza _____ non può essere messa in dubbio (unicamente) per il fatto che anch'essa (al pari della commessa oggetto dell'odierno contendere) ha (avuto) per progettista l'_____. Si tratta di un semplice dato di fatto, che non può assurgere a indizio di preimplicazione già solo per mancanza di elementi che la suffraghino e che non è quindi atto, da solo, a giustificare l'esclusione della referenza in oggetto. Ben altre sono le inosservanze nelle quali è incorsa la stazione appaltante, come si avrà modo di constatare nel seguito.

E. 4.2

Nella tabella a pag. 9 del capitolato d'appalto, riportata anche in narrativa (consid. A), ricorrente e deliberataria hanno presentato dieci referenze, segnalando in modo forzatamente succinto l'opera oggetto dei lavori, l'importo di liquidazione, l'anno di realizzazione ed il nome del progettista, di ogni singolo mandato. Giustamente la stazione appaltante ha chiesto informazioni ai progettisti indicati dagli offerenti nella lista delle referenze per verificare l'esecuzione dei lavori vantati. Ad eccezione delle fatture con bollettini di lavoro concernenti gli interventi effettuati dalla deliberataria presso il cantiere _____ (prodotte con la duplica sub doc. D), nell'incarto trasmesso al Tribunale non figura tuttavia alcuna documentazione atta a chiarire con precisione le caratteristiche, l'importanza e l'accuratezza delle opere che la ricorrente e la deliberataria hanno portato come referenze. Gli atti, segnatamente le tabelle di valutazione (cfr. rapporto di valutazione, pag. 8), non contengono peraltro alcuna motivazione circa gli apprezzamenti operati dal committente sulle singole referenze addotte dalle due concorrenti in discussione. Con la risposta la committenza ha invero spiegato di aver ritenuto valide 9 delle (10) referenze della deliberataria con la seguente motivazione: (...) nei tre casi in cui il committente era il Comune di CO 2 (_____, SI _____ e SI _____) la situazione era nota al presente committente, sia a livello qualitativo che quantitativo (...). Il lavoro svolto per la Città di B_____ a (Stadio _____) così come quello effettuato a favore del Comune di C_____ sono stati verificati, oltre ad essere noti dal momento in cui sono frutto di pubblici concorsi, così come sono stati puntualmente esaminati - contattando le persone indicate quale contatto - i tre lavori svolti a favore di committenti privati e il risanamento del capo di calcio della caserma di Isonne. Per quanto attiene la Residenza _____ (...) va precisato che progettista era l'_____ e quindi la situazione relativa agli interventi svolta da CO 1 chiara al progettista. Relativamente a quelle addotte dalla ricorrente ha poi specificato quanto segue: (...) Delle quattro referenze indicate per

lavori svolti a favore della Città di CO 2 (due per Casa _____, Parco giochi _____ e parco del _____), solo una ha potuto essere validata poiché rispettosa delle condizioni poste dal capitolato di concorso. Infatti nel parco del _____ di _____ non c'è nessuna area giochi né pavimento anti-trauma o campi da giochi di alcun tipo, così come i lavori svolti a Casa _____ non hanno visto la realizzazione da parte dell'insorgente di nessuno spazio simile, bensì unicamente lavori di sistemazione del giardino e di un'area destinata agli anziani. La documentazione fotografica - dalla quale si può vedere l'assenza di qualsiasi area giochi - è acclusa al presente allegato (doc. 14A). I lavori eseguiti dalla ditta RI 1 nel complesso del _____ sono stati limitati alle classiche opere da giardiniere con piantagione, semina, realizzazione di percorsi pedonali e dell'impianto di irrigazione. Per quanto attiene la referenza relativa al Centro scolastico _____, il progettista ha inviato il piano sinottico delle zone d'intervento, confermando nel contempo che la ricorrente ha svolto unicamente lavori da giardiniere, senza realizzazione di aree da gioco, la quale invece è stata creata da altre ditte (cfr. doc. 14) (...). Tutte le altre referenze riferite a complessi residenziali privati ubicati a _____, _____, _____, _____ e _____ sono state verificate con i progettisti e ritenute valide. In realtà, negli atti di concorso non v'è traccia alcuna dei risultati delle verifiche esperite in merito dalla committenza. Non possono evidentemente essere reputati tali gli atti contenuti nella Documentazione relativa alle prove delle referenze prodotta dall'ente banditore sub doc. 14A e 14B, che si limitano ad attestare alcune fotografie (parco _____, Casa _____), il piano sinottico degli interventi eseguiti presso il centro _____ con una breve descrizione e rappresentazione fotografica degli stessi, la conferma scritta dell'esecuzione di aree giochi per i (soli) cantieri di _____ (Residenza _____) e _____ (Parco _____), nonché due liquidazioni finali (referenze Residenza _____ e Risanamento dell'area sportiva comprensiva di campo di calcio a _____), senza tuttavia provare in alcun modo che i mandati considerati alla stregua di valide referenze abbiano effettivamente l'attinenza - sia dal profilo qualitativo, sia dal profilo quantitativo - con la realizzazione di aree da gioco richieste dal concorso. Non è evidentemente bastevole limitarsi a sostenere di averle verificate direttamente con i progettisti (contattati per telefono o per mail) e che in alcuni casi i lavori svolti erano comunque noti dal momento in cui sono frutto di pubblici concorsi. Né tanto meno è sufficiente affermare che laddove il committente era il Comune di CO 2, rispettivamente l'_____, la situazione era nota al presente committente, sia a livello qualitativo che quantitativo, rispettivamente chiara al progettista. Sta di fatto che per il Tribunale, la situazione relativa agli interventi svolti dalle due concorrenti nelle opere da giardiniere portate come referenza è invero, tuttora sconosciuta. In simili condizioni, questa Corte non è assolutamente in grado di verificare se la committenza ha acquisito una cognizione adeguata delle prestazioni che i concorrenti hanno addotto a titolo di referenza e soprattutto se nella loro valutazione ha esercitato correttamente il potere discrezionale riservatole dalla legge. Il che impone l'annullamento della controversa delibera e la retrocessione della pratica alla stazione appaltante affinché si pronunci nuovamente ed emani una decisione debitamente motivata, dopo aver assunto le prove che riterrà necessarie per una diligente verifica delle referenze apportate dalle parti.

E. 5

Sulla scorta delle considerazioni che precedono il ricorso va dunque accolto, annullando l'avversata aggiudicazione e rinviando gli atti al committente affinché renda una nuova decisione ai sensi dei considerandi.

E. 6

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo al gravame.

E. 7

Secondo giurisprudenza, il rinvio dell'incarto all'istanza precedente per procedere a complementi istruttori, con esito aperto, comporta che chi ricorre sia considerato come vincente (STF 2C_1185/2016 del 7 giugno 2018 consid. 6.2 con riferimenti). La tassa di giustizia è pertanto posta a carico del committente e della deliberataria secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). L'assenza di parti vittoriose patrocinata permette di prescindere dall'assegnazione di ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è accolto. §. Di conseguenza:

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