

TI_GERICHTE 52.2020.201 vom 21. April 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-04-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2020.201

FR: TI_GERICHTE 52.2020.201 du 21 avril 2020

IT: TI_GERICHTE 52.2020.201 del 21 aprile 2020

Regeste

Commessa pubblica. Annullamento del concorso

Erwägungen

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 730.510). In quanto partecipante al concorso, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare l'annullamento dello stesso (art. 15 cpv. 1bis lett. e 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. 1.2

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere all'assunzione delle prove sollecitate dalla ricorrente, e meglio una perizia indipendente sui vari punti tecnici sollevati, insuscettibili di apportare al Tribunale la conoscenza di ulteriori elementi rilevanti per il giudizio (art. 25 cpv. 1 LPAm). Il carteggio completo concernente il concorso prodotto dal committente e la documentazione esibita dalle parti con le memorie scritte bastano per statuire sull'impugnativa con sufficiente cognizione di causa. Come meglio si vedrà in seguito, il Tribunale è in grado di determinarsi sull'esistenza di motivi atti a giustificare l'annullamento del concorso, senza che occorra pronunciarsi in dettaglio sulle questioni tecniche.

E. 1.3

Alla presente fattispecie è applicabile il RLCPubb/CIAP nella sua versione in vigore sino al 31 dicembre 2019 (cfr. disposizione transitoria della modifica del 10 aprile 2017 della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 [LCPubb; RL 730.100]; BU 2019, 211).

E. 2.1

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 RLCPubb/CIAP 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 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; RDAT 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; cfr. anche 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.). La liceità dell'interruzione della procedura è in altre parole indipendente dalla questione di sapere se il committente, quando ha indetto la gara, ha ommesso di considerare, accettato o provocato il motivo su cui fonda in seguito l'annullamento (Beyeler, op. cit., pag. 284). 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 (decisione del Tribunale amministrativo del Cantone di Friburgo n. 602 2008-123/125 del 14 gennaio 2009 pubblicata in *BR* 2009, S36, pag. 89; Stefan Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, Basel 2010, n. 182 segg.). In questo contesto, è considerato essenziale l'errore concernente un aspetto della gara che se fosse stato rilevato e valutato correttamente prima della sua instaurazione avrebbe indotto la stazione appaltante a predisporre il concorso in modo del tutto diverso (cfr. Martin Beyeler, op. cit., pag. 788).

E. 2.2

Dall'elenco esemplificativo dei motivi di interruzione citati all'art. 55 RLCPubb/CIAP discende dunque che solo a titolo eccezionale il committente può interrompere la procedura, misura che appare dunque come ultima ratio. Questo approccio restrittivo trova il suo fondamento nel fatto che quando mette in atto una procedura di concorso, la stazione appaltante deve assicurare a ogni concorrente una possibilità concreta di conseguire la commessa in funzione delle esigenze poste. Ciò che evidentemente viene a mancare se il committente interrompe o annulla la gara. Certo, nel caso in cui il committente intenda ripresentare il concorso, i concorrenti potranno nuovamente inoltrare la loro offerta, ma questo modo di procedere potrebbe apparire problematico nella misura in cui, a prescindere dai costi supplementari generati a tutte le parti coinvolte, le possibilità di attribuzione della commessa potrebbero, in determinate circostanze, diminuire se il numero dei concorrenti fosse più elevato o in presenza di accresciute esigenze di gara. Aggiungasi inoltre che la ripetizione della procedura potrebbe avverarsi contraria anche all'obiettivo della libera concorrenza, segnatamente perché i già concorrenti avranno potuto (perlomeno parzialmente) avere accesso alle prime offerte inoltrate dagli altri partecipanti al concorso. L'interruzione abusiva della procedura deve quindi essere evitata (DTF 141 II 353 consid. 6.1). Va inoltre osservato che la semplice aspettativa di offerte più vantaggiose non è di per

sé atta a giustificare l'annullamento e la ripetizione della gara. Un simile modo di procedere sarebbe contrario al principio della buona fede, poiché dopo l'apertura delle offerte qualsiasi ripetizione della procedura di aggiudicazione è quantomeno potenzialmente in grado di procurare al committente offerte più vantaggiose. Tale aspettativa potrebbe quindi giustificare la ripetizione della gara soltanto quando dipende da cambiamenti significativi delle circostanze (art. 55 lett. b prima parte RLCPubb/CIAP) o dall'eliminazione di distorsioni della libera concorrenza dovute ad illecite concertazioni dei concorrenti (art. 55 lett. b seconda parte RLCPubb/ CIAP; Clerc Evelyne , L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Friburgo 1997, pag. 491 seg.; RDAT II-2001 n. 41).

E. 2.3

Come l'art. 34 della legge sulle commesse pubbliche del 20 gennaio 2001 (LCPubb; RL 730.100), l'art. 55 RLCPubb/CIAP limita il potere d'apprezzamento riservato all'ente banditore in ordine alla libertà di prescindere da un'aggiudicazione sulla base delle offerte inoltrate, permettendogli di rinunciare soltanto nel caso in cui sussistano motivi sufficientemente importanti da svincolarlo dagli obblighi derivanti dal principio della buona fede, che l'apertura di un pubblico concorso pone a suo carico nell'ambito dei rapporti precontrattuali, così come dai principi generali applicabili alle commesse pubbliche, in particolare il divieto di discriminazione dei concorrenti (DTF 141 II 353 consid. 6.4 e rinvii; 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).

E. 3

Nel caso concreto, il committente ha pubblicato un bando di concorso cosiddetto funzionale. La particolarità di questa procedura risiede nel fatto che il committente si limita a descrivere lo scopo della commessa, indicando i requisiti imprescindibili della prestazione (cfr. quanto prevede a livello federale l'art. 16a cpv. 2 e 3 dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 [OAPub; RS 172.056.11]; cfr. pure art. 10 RLCPubb/CIAP sulle informazioni che devono contenere i documenti di gara). L'ente banditore rinuncia per contro a stabilire un capitolato dettagliato, limitandosi a formulare le sue necessità sotto forma di un programma di obiettivi. Spetta quindi ai concorrenti concretizzare questa descrizione aperta dell'oggetto della commessa determinando precisamente il contenuto delle prestazioni.

E. 4.1

Come esposto in narrativa, il committente ha annullato il concorso ritenendo non raggiunti gli obiettivi fissati a causa di tre aspetti, di cui la ricorrente contesta il buon fondamento. Il primo motivo addotto dal committente concerne le catene di trattamento dell'acqua proposte, che presenterebbero limiti in relazione alla sicurezza alimentare. A questo proposito, il capitolato prevedeva che il processo di trattamento avrebbe dovuto comprendere una fase di ultrafiltrazione, una fase di ozonizzazione e una fase di filtrazione biologica su carbone attivo granulare. Il committente ha precisato inoltre che nel caso di filtrazione su granuli di carbone attivo posta alla fine della catena di trattamento, sarebbe stata obbligatoria una fase di disinfezione mediante irradiazione UV, prima della vasca con acqua trattata. L'ordine di esecuzione delle diverse tappe era invece lasciato a discrezione dell'offerente (documento 3, pag. 10, punto 3.6).

E. 4.2

Le catene di trattamento proposte dai concorrenti sono state analizzate dal profilo dei rischi dal responsabile e dal gestore della sicurezza alimentare del committente. In relazione alla catena di trattamento dell'insorgente, l'analisi esprime un giudizio nel complesso negativo, evidenziando gli aspetti di seguito riportati (cfr. rapporto del 23 gennaio 2020; plico 7).

Vantaggi: - avendo posizionato l'ultrafiltrazione come ultimo trattamento prima dello stoccaggio, si presuppone che i filtri saranno meno soggetti ad intasamento e di conseguenza il numero di lavaggi sarà minore (riduzione del quantitativo di prodotti chimici da impiegare). Svantaggi: - possibile contaminazione microbiologica dopo il trattamento di disinfezione senza la possibilità di agire proattivamente. - essendo l'ultrafiltrazione l'ultimo stadio della catena, la probabilità che l'intero impianto si sporchi a causa delle variazioni dell'acqua greggia è maggiore com'è maggiore il dispendio di risorse da impiegare poi per la pulizia e la manutenzione. - l'ozonizzazione quale prima tappa per l'eliminazione della materia organica disciolta e dei microinquinanti implica un quantitativo di ozono sicuramente maggiore rispetto alla variante del fornitore 2. Questo comporta anche una maggior formazione di sottoprodotti da eliminare prima della messa in rete dell'acqua. Rileva inoltre che Qualora si verificasse una contaminazione microbiologica del prodotto dopo la fase di ozonizzazione (cosa prevedibile vista l'attività biologica, ossia la decomposizione delle sostanze biologiche assimilabili nei filtri a carbone attivo) non vi è alcun modo di identificarla proattivamente e applicare le dovute correzioni al fine di prevenire la distribuzione in rete di acqua non conforme.

E. 4.3

Nel rapporto, gli analisti di CO 1 hanno motivato le proprie conclusioni descrivendo nel dettaglio i punti critici riscontrati nelle catene di trattamento della ricorrente. Tali riflessioni appaiono sorrette dalle ragioni tecniche diffusamente illustrate e sulle quali l'insorgente non ha nemmeno preso posizione, limitandosi a una generica contestazione. Non vi è quindi motivo di credere che tali considerazioni siano prive di fondamento scientifico o dettate da ragioni estranee alla materia. Il fatto che la soluzione sia stata ritenuta inadeguata, malgrado rispettasse le esigenze poste dal capitolato, porta necessariamente a concludere che il committente non aveva previsto una simile conseguenza e ha quindi impostato il bando di concorso in maniera eccessivamente permissiva su questo aspetto, che rilevando della sicurezza alimentare, non può essere ritenuto di secondaria importanza.

E. 5.1

La seconda motivazione su cui il committente ha fondato l'annullamento della procedura riguarda le soluzioni transitorie proposte, volte a garantire la continuità di approvvigionamento in acqua potabile durante i lavori, le quali presenterebbero criticità in relazione alla gestione della qualità e della sicurezza del servizio erogato.

E. 5.2

In merito a questo tema, oggetto anche di valutazione (cfr. CA3.2, supra consid. A), le condizioni d'appalto prevedevano che gli offerenti avrebbero dovuto descrivere e rappresentare in maniera dettagliata come avrebbero assicurato la produzione di acqua potabile durante l'esecuzione dei lavori. Essi erano in particolare tenuti a indicare il quantitativo e le garanzie di continuità di produzione, così come a presentare un concetto di gestione dei rischi (documento 1, pag. 34, punto 8.3.7). Le informazioni sul progetto di cui al documento 3 precisavano che durante l'esecuzione dei lavori dev'essere garantito il mantenimento della produzione di acqua potabile/trattata pari a 15'000.- m3/giorno (pag. 8,

punto 3.3.2). Il committente ha quindi previsto la seguente possibilità operativa per poter assicurare continuità al trattamento delle acque durante l'esecuzione dei lavori: - attualmente le pompe principali di immissione in rete delle acque trattate sono ubicate nell'edificio secondario; - visto il limitato spazio attorno all'edificio principale esistente, risulta possibile: · posare delle pompe provvisorie, con la stessa funzione, nel locale interrato posto nell'edificio adiacente; · successivamente demolire l'edificio secondario e smantellare gli aggregati idraulici, ecc.. Così facendo tutto l'edificio principale esistente risulta autonomo e funzionale per le capacità di trattamento attuale; - di riflesso, poter poi dare avvio alla realizzazione dell'ampliamento ed inserire una nuova prima linea di trattamento da allacciare al sistema di pescaggio/pompaggio della rete di acqua tratta (con una capacità di almeno 15'000.- m3/giorno). - successivamente è possibile mettere fuori servizio l'installazione dell'edificio principale e intervenire con l'adeguamento di tutte le parti oggetto di rinnovo.

E. 5.3

Il committente ritiene ora che le attività di cantiere svolte in prossimità dell'attuale impianto di trattamento comportino un elevato rischio di inquinamento e sabotaggio. Un nuovo concorso dovrebbe perciò prevedere di spostare la produzione di acqua all'esterno dell'edificio tramite un impianto provvisorio indipendente. Il committente, in seguito all'apertura delle offerte, ha quindi deciso di modificare il progetto su un punto di un certo rilievo. Già dalle argomentazioni dell'insorgente si deduce che la modifica comporta per gli offerenti lo studio di una soluzione completamente diversa, che necessita valutazioni sulle modalità di esercizio, sul rischio di sabotaggio e sulla gestione degli spazi e la cui attuazione è ipotizzata dalla stessa per mezzo di impianti provvisori multi-barriera di dimensioni importanti, come svariati container da 40" (cfr. replica, pag. 9). Un simile cambiamento incide inoltre inevitabilmente sul programma lavori e sul prezzo. Non è questione che merita di essere risolta in questa sede quella di sapere se tale variante sia l'unica praticabile né se la soluzione proposta dall'insorgente sia valida o addirittura preferibile. Ciò che qui conta è che il committente intende apportare una modifica sostanziale al progetto, sulla base di considerazioni inerenti ai rischi per la sicurezza che non appaiono prive di pertinenza.

E. 5.4

Oltre a questo aspetto, il committente ha ritenuto insoddisfacente dal profilo della sicurezza alimentare la catena di trattamento provvisoria, ossia da attuare a titolo transitorio durante i lavori, proposta dall'insorgente. L'analisi svolta dagli addetti di CO 1 e riassunta nel predetto rapporto del 23 gennaio 2020 (plico 7) evidenzia criticità nella proposta elaborata, siccome non presenta il processo di ozonizzazione, mentre l'ultrafiltrazione non è ritenuta sufficiente per gestire il rischio, in presenza di pericoli significativi e senza un punto critico di controllo. Anche in relazione a questo tema non è determinante la questione di sapere se la conclusione della stazione appaltante sia condivisibile o se, come sostiene l'insorgente, la catena provvisoria da essa progettata sia tecnicamente adeguata. Resta il fatto che la committenza non accetta di deliberare la commessa a queste condizioni, ma intende rivedere l'impostazione del concorso apponendo maggiori vincoli ai concorrenti sulla gestione provvisoria dell'impianto di trattamento dell'acqua.

E. 6

Il terzo motivo invocato dalla stazione appaltante a sostegno della propria decisione è la mancata presa in considerazione delle conseguenze tecniche e finanziarie indotte dalla tipologia d'impianti proposti sulle altre parti d'opera, non oggetto del concorso (opere edili e genio civile) e relative ai lavori di ultimazione della stazione di trattamento, che potrebbero incidere in modo differenziato e sostanziale. I concorrenti non erano infatti tenuti a quantificare i costi delle opere edili e di genio civile necessarie all'inserimento del proprio impianto nell'edificio esistente. Una lacuna del bando di concorso che il committente intende colmare in una futura gara, prevedendo la possibilità di determinare anche queste spese e prenderle in considerazione ai fini della valutazione delle offerte. La tesi dell'insorgente secondo cui tali costi siano piuttosto marginali sull'insieme della commessa è verosimile. Questo motivo, da solo, non giustificerebbe quindi l'interruzione della procedura. L'intenzione della committenza di includere nella valutazione l'impatto economico del progetto sui predetti costi non appare tuttavia scriteriata. Tale aspetto, valutato nell'insieme delle circostanze, configura quindi un ulteriore elemento che porta a concludere in favore della necessità del committente di rivedere l'intera impostazione della gara.

E. 7

Da quanto sopra esposto si deduce che il committente ha ravvisato punti critici in relazione all'impostazione del concorso che valutati nell'insieme non sono affatto trascurabili. Emerge infatti che la stazione appaltante intende indire una nuova gara, da un lato stabilendo condizioni più precise su alcuni aspetti che non erano stati definiti con il bando di concorso, ma che si sono rilevati importanti, dall'altro modificando il progetto su un punto rilevante. Occorre dunque riconoscere l'esistenza di un motivo sufficiente per annullare la gara ai sensi dell'art. 55 RLCPubb/CIAP e della giurisprudenza sopra evocata. Benché tali questioni derivino sostanzialmente da lacune del capitolato, ancora non si intravede nell'odierno atteggiamento del committente un agire contrario al principio della buona fede né altrimenti contrario al diritto. Considerate l'entità e la complessità della commessa, appare invece degno di tutela l'interesse della stazione appaltante di interrompere la procedura, a fronte di esigenze che il bando di concorso non permette di soddisfare in modo ottimale.

E. 8

Visto quanto precede, il ricorso va respinto senza che si renda necessario esaminare gli ulteriori aspetti messi in discussione dalle parti. La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Non si assegnano ripetibili al committente che non si è avvalso dell'assistenza di un legale (art. 49 cpv. 1 LPAmM).

E. 9

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda cautelare tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al gravame. Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 5'000.-, già anticipata dall'insorgente, resta 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 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.