

TI_GERICHTE 52.2020.389 vom 3. August 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-08-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2020.389

FR: TI_GERICHTE 52.2020.389 du 3 août 2020

IT: TI_GERICHTE 52.2020.389 del 3 agosto 2020

Regeste

Commessa pubblica. Notificazione di una decisione in via edittale. Idoneità degli offerenti: la conformità di un impianto di compostaggio può essere attestata unicamente sulla scorta di una licenza edilizia

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 25 novembre 1994/15 marzo 2001 del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 730.510). In quanto partecipante al concorso, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare la sua estromissione dalla procedura (art. 15 cpv. 1bis lett. d CIAP e 65 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). La qualità per impugnare l'aggiudicazione della commessa alla CO 1 potrà esserle riconosciuta soltanto in caso di annullamento del provvedimento di esclusione (cfr. fra le tante, STA 52.2016.330 del 9 novembre 2016 consid. 1).

E. 1.2

Quanto alla tempestività il Tribunale considera quanto segue.

E. 1.2.1

Gli art. 17 a 19 LPAm disciplinano esaustivamente la forma delle notificazioni per iscritto (art. 17 LPAm), per via elettronica (art. 18 LPAm) e per via edittale (art. 19 LPAm). La notifica per via elettronica non è tuttavia possibile non essendo l'art. 18 LPAm ancora in vigore (cfr. art. 115 cpv. 2 LPAm; BU 58/2013 pag. 470). La regola rimane comunque quella dell'intimazione per mezzo della posta, disciplinata dalle condizioni generali "servizi postali" della Posta Svizzera, con facoltà di optare per un invio semplice o per un invio raccomandato con o senza ricevuta di ritorno (STA 52.2016.438/440 del 5 aprile 2018; cfr. messaggio n. 6645 del 23 maggio 2013 concernente la revisione totale della legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966, cap. 4.1, pag. 12). La notifica delle decisioni mediante pubblicazione sul FU deve invece costituire l'eccezione ed essere utilizzata in un certo senso come ultima ratio (cfr. messaggio n. 6645 citato, cap. 4.2, pag. 12). L'autorità può infatti ricorrere a questo tipo di notifica unicamente alle condizioni sancite dall'art. 19 LPAm, ovvero: se si tratta di una parte d'ignota dimora priva di un rappresentante raggiungibile (lett. a), se si tratta di una parte dimorante all'estero e non avente un rappresentante raggiungibile, qualora la parte, in violazione dell'art. 11 cpv. 3, non abbia designato un recapito in Svizzera (lett. b), in una causa con più di venti parti (lett. c), in una causa nella quale le parti non possono essere determinate tutte senza oneri particolarmente eccessivi (lett. d).

E. 1.2.2

In concreto, la decisione del 3 agosto 2020 del Municipio CO 2 è stata inviata per posta raccomandata il giorno stesso ed è stata recapitata alla RI 1 il 5 agosto 2020 (cfr. estratto track and trace, agli atti) . Il termine per impugnarla ha iniziato a decorrere il 6 ed è giunto a scadenza il 15 agosto 2020. Trattandosi di un sabato la scadenza è stata prorogata al lunedì successivo, 17 agosto 2020 (art. 13 cpv. 3 LPAmM). Il gravame, inoltrato quel giorno a questo Tribunale, è quindi tempestivo. Invano il committente sostiene il contrario, richiamando le notifiche della decisione di aggiudicazione mediante pubblicazione sul FU n. 62/2020 (pag. 6234) e sul sito www.simap.ch del 4 agosto 2020, peraltro limitate al solo dispositivo della risoluzione municipale (la delibera alla CO 1 per l'importo di fr. 598'537.35 IVA inclusa; doc. 6), senza alcuna motivazione e accenno all'esclusione della RI 1, come pure dell'indicazione dei mezzi e dei termini di ricorso. Come detto (cfr. supra, consid. 1.2.1), la pubblicazione di una decisione sul FU rappresenta un sistema alternativo di notificazione che può essere impiegato unicamente alle condizioni sancite dall'art. 19 LPAmM (cfr. a livello federale l'art. 36 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968; PA; RS 172.021; STA 90.2015.16-18/20-24 del 13 luglio 2015 consid. 3.3; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berna 2015, pag. 378). Non occorre approfondire i motivi che hanno indotto il Municipio - che aveva (già) proceduto alla notifica (personale) scritta alla ricorrente della propria decisione a tenore dell'art. 17 cpv. 1 LPAmM - a ricorrere (anche) a quella in via edittale dato che, in concreto, non vi erano comunque i presupposti per procedere in tal modo. Nessuna delle condizioni previste dall'art. 19 LPAmM risulta adempiuta, né il committente sostiene il contrario. Quanto alla pubblicazione della decisione sul sito www.simap.ch, occorre rilevare che la stessa non è neppure contemplata dalla legge, per cui inutilmente la stazione appaltante tenta di far risalire la decorrenza del termine (anche) alla data di questa pubblicazione. A titolo di complemento vale la pena osservare che il ricorso sarebbe stato tempestivo anche nell'ipotesi in cui la notificazione della decisione fosse avvenuta regolarmente per via edittale. Secondo la giurisprudenza di questo Tribunale, resa sotto l'egida della LPAmM nella sua versione anteriore ma tuttora applicabile posto che anche secondo il vigente art. 19 cpv. 3 LPAmM fa stato il giorno della pubblicazione, i termini per impugnare eventuali atti del committente notificati in via edittale attraverso la pubblicazione sul FU iniziano a decorrere di giovedì, rispettivamente di domenica (STA 52.2005.291 del 28 settembre 2005 consid. 1.3; cfr. inoltre Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, Lugano 2008, pag. 61). Nel caso concreto, la querelata decisione è apparsa sul FU n. 62 di martedì 4 agosto 2020. Essa è stata dunque pubblicata il 5, per cui il termine di ricorso ha iniziato a decorrere il 6. Il ricorso, inoltrato il 17 agosto 2020, rispetterebbe quindi il termine di 10 giorni prescritto dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb.

E. 1.3

Con le precisazioni di cui al considerando 1.1, il gravame è pertanto ricevibile in ordine e può essere evaso sulla base degli atti, senza procedere all'assunzione di prove (art. 25 cpv. 2 LPAmM). 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.

E. 2.1

Secondo l'art. 13 lett. d CIAP, le disposizioni cantonali di esecuzione garantiscono una procedura di verifica dell'idoneità degli offerenti secondo criteri oggettivi e verificabili. Dal

canto suo, l'art. 8 cpv. 3 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) prevede che l'avviso di gara deve contenere i criteri di idoneità. Nella misura in cui non figurino già nell'avviso di gara, soggiunge l'art. 10 cpv. 1 lett. c, la documentazione di gara deve fornire indicazioni sulle prove relative ai criteri d'idoneità. Queste norme impongono al committente di predeterminare tanto i requisiti che i concorrenti devono soddisfare per entrare in considerazione ai fini di un'aggiudicazione, quanto le prove che devono produrre per dimostrarne l'adempimento. I criteri di idoneità devono essere stabiliti in modo chiaro e preciso già al momento in cui viene aperto il concorso e non soltanto al momento in cui il committente si pronuncia mediante delibera sulle offerte pervenute. I criteri di idoneità vanno chiaramente distinti dai criteri di aggiudicazione. I primi servono soltanto ad accertare se i concorrenti sono in grado di eseguire l'opera messa a concorso o di fornire la prestazione richiesta. I secondi servono invece ad individuare l'offerta più vantaggiosa fra quelle presentate. Scopo dei criteri di idoneità è unicamente quello di permettere al committente di verificare preventivamente la bontà dei concorrenti per rapporto all'oggetto del concorso. Accertamento, questo, che deve precedere la scelta dell'offerta più vantaggiosa e che si conclude con l'esclusione dei concorrenti ritenuti inadeguati. 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 che non soddisfano questi criteri, il committente procede poi alla scelta dell'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati dal bando (STA 52.2017.302 del 3 ottobre 2017 consid. 3.1, 52.2015.369 del 23 ottobre 2015 e 52.2010.267 del 23 agosto 2010).

E. 2.2

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. 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 o dal committente mediante il capitolato a dipendenza di sue specifiche esigenze.

E. 2.3

. Notoriamente, soltanto offerte conformi alle prescrizioni di gara possono conseguire l'aggiudicazione. Una diversa conclusione sarebbe contraria, oltre che al principio di legalità, anche ai principi della parità di trattamento e di trasparenza (art. 1 cpv. 3 lett. b e c CIAP), che governano l'intero ordinamento delle commesse pubbliche. La conformità deve essere data sia per quanto riguarda il concorrente, che deve adempiere i criteri d'idoneità, sia per quanto concerne l'offerta stessa, che deve soddisfare le prescrizioni di gara e, più in generale, le norme di legge regolanti il campo di attività nel quale si inserisce la commessa. In applicazione dell'art. 25 lett. a della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100), applicabile alle procedure CIAP in forza del rinvio dato

dall'art. 4 cpv. 4 della stessa legge, l'offerente che non adempie ai criteri di idoneità deve essere escluso dalla procedura (prima del 2020 tale eventualità era prevista all'art. 38 cpv. 1 lett. e RLCPubb/CIAP).

E. 3.1

Nel caso concreto, come illustrato in narrativa, il committente ha fissato un criterio di idoneità di natura particolare che imponeva ai concorrenti di dimostrare di disporre di un impianto di compostaggio centralizzato o a bordo campo autorizzato dalle autorità competenti e di una piazza di lavorazione autorizzata dalle autorità competenti e conforme dal profilo tecnico e ambientale (cfr. pos. 223.100 lett. g). Come rettamente sostenuto dall'ente banditore e dalla deliberataria, la conformità di un impianto poteva essere attestata unicamente sulla scorta di una licenza edilizia che notoriamente è l'autorizzazione che accerta la conformità, segnatamente alle normative pianificatorie e edilizie, di un impianto (cfr. anche art. 1 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge edilizia del 9 dicembre 1992; RLE; RL 705.110). Inutilmente la ricorrente sostiene quindi che la necessità di una licenza edilizia come tale non era mai stata evocata nelle condizioni del bando di concorso. A maggior ragione se si considera che alla pos. 252.310 il committente si era espressamente riservato il diritto di chiedere la produzione proprio di un tale documento. Lo stesso Tribunale federale, nell'ambito di una fattispecie analoga, ha oltretutto confermato che oggetto di procedure di aggiudicazione possono essere solo beni rispettivamente prestazioni forniti nel rispetto dell'ordinamento giuridico e che, di principio, ciò non necessita neppure di essere indicato nel bando, poiché risulta dall'art. 5 cpv. 1 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), che pone il diritto a fondamento e limite dell'attività dello Stato (cfr. STF 2C_498/2017 del 5 ottobre 2017 consid. 4.2.1 con rinvii). Nulla muterebbe quindi anche se le regole di gara non avessero (espressamente) richiesto di attestare la conformità dell'impianto necessario per adempiere al processo di smaltimento oggetto della commessa sulla scorta di una licenza edilizia rilasciata dal Municipio. Non essendosi oltretutto avvalsa della facoltà di richiedere informazioni o porre domande al committente, la ricorrente non può ora pretendere che le prescrizioni vengano interpretate a suo piacimento. Ne deriva che le doglianze sollevate al proposito dalla ricorrente devono essere respinte, già solo perché irrimediabilmente tardive, oltre che infondate. Poste queste premesse, resta ora da esaminare se essa rispettava il criterio di idoneità in questione.

E. 3.2

Nella sua offerta (punto n. 4.2, pag. 19), la RI 1 ha indicato di voler utilizzare la piazza di lavorazione situata sui mapp. 913 e 914 del Comune di _____. In questa sede ha precisato che l'impianto di compostaggio centralizzato è (invero) situato non solo sul territorio del Comune di _____ ma anche su quello di _____ e che tale circostanza era perfettamente nota al committente. La questione di sapere se la ricorrente abbia modificato la sua offerta in modo inammissibile può rimanere irrisolta, siccome il ricorso deve in ogni caso essere respinto.

E. 3.3

Come esposto in narrativa, in applicazione dell'art. 43 cpv. 1 RLCPubb/CIAP e della pos. 252.310 del capitolato, il 13 luglio 2020 la committenza ha ingiunto alla RI 1 di presentare entro il 20 luglio 2020 diversa documentazione, pena l'esclusione dalla gara. Per quanto qui interessa, nel termine impartito la ricorrente ha trasmesso i seguenti documenti (agli atti sub

doc. 12-15): - licenza edilizia per la formazione di un capannone per macchine d'insacchettamento dei terricci finiti, sul mapp. 914 RFD _____ e relativo avviso cantonale; - autocertificazione concernente la capacità massima di scarti vegetali lavorabili dall'impianto; - analisi di laboratorio (Prüfbericht); - rapporto d'impatto ambientale di 1° fase del giugno 2019 che accompagna la procedura di adozione del piano di utilizzazione cantonale (PUC) dell'impianto di compostaggio d'importanza sovracomunale per il comprensorio del _____. I documenti prodotti dalla ricorrente sono chiaramente insuscettibili di sostituire la licenza edilizia richiesta dall'ente banditore. La sua offerta, con ogni evidenza, non era pertanto conforme alle esigenze di gara ed a nulla giovano le argomentazioni addotte con il ricorso e la replica per confutare questa conclusione. Inutilmente la ricorrente, richiamandosi al fatto che negli atti di gara il committente non avrebbe esatto la produzione della licenza edilizia relativa all'impianto di compostaggio centralizzato citato alla pos. 223.100 lett. g, sostiene che la richiesta di produrre la licenza edilizia " dell'impianto di lavorazione del materiale " contenuta nello scritto del 13 luglio 2020 poteva legittimamente essere intesa come riferita unicamente al capannone dove avviene l'insacchettamento del materiale derivante dal compostaggio prodotto dalla piazza di deposito/lavorazione. Anzitutto, avuto anche riguardo alla prescrizione di gara (pos. 252.310) richiamata nello scritto del 13 luglio 2020, è evidente che non poteva esservi alcun dubbio sul fatto che il Municipio le avesse richiesto di produrre la licenza edilizia per l'impianto di compostaggio (centralizzato), ovvero per la piazza destinata alla lavorazione e maturazione degli scarti vegetali, e non già per il (solo) capannone in cui avviene l'insacchettamento dei terricci finiti (cfr. licenza edilizia del 9 agosto 2012) , ovvero del compost. Come ben si deduce anche dal suo ricorso (cfr. pag. 6), è del resto evidente che l'insacchettamento del compost non comporta una lavorazione del materiale (scarti vegetali), ma consiste essenzialmente nel processo finale volto alla commercializzazione del prodotto proveniente della piazza di deposito/lavorazione. Sta di fatto che l'insorgente, non solo non ha prodotto la licenza edilizia richiestale, ma - per sua stessa ammissione (ricorso pag. 7) - nemmeno la possiede. A torto essa pretende di dedurre dal permesso esibito per il capannone, dal fatto che il compost sarebbe trattato e lavorato secondo le regole dell'arte (cfr. analisi di laboratorio sulla qualità del compost prodotto di cui al doc. 14 e dichiarazioni di cui ai docc. D e E), dalle precedenti autorizzazioni cantonali come discarica (citate nella lettera del 1974 di cui al doc. F, ma di cui agli atti non v'è traccia), dall'iscrizione nel catasto delle discariche e siti inquinati (doc. G), come pure dagli accordi di collaborazione del 28 gennaio 2009 con il Comune di _____ e del 6 settembre 2017 con il Consiglio di Stato per la messa a disposizione del proprio deposito di compostaggio (doc. H e I), che l'impianto fosse implicitamente autorizzato. Contrariamente a quanto crede, nessuno di questi atti è all'evidenza in grado di sostituire la licenza edilizia che non detiene per l'impianto (situato fuori della zona edificabile, cfr. pure progetto per l'informazione e partecipazione pubblica del PUC dell'impianto di compostaggio d'importanza sovracomunale del _____, doc. O, pag. 12 seg.). Nulla muta al riguardo il fatto che la ricorrente svolga da anni siffatta attività e che il suo impianto di compostaggio sia stato identificato come uno dei cinque di valenza sovracomunale (cfr. doc. 15; cfr. inoltre docc. L, M e N). Se da un lato è vero che l'impianto è già esistente, è dall'altro lato altrettanto pacifico che lo stesso necessita di essere regolarizzato dal punto di vista pianificatorio ed edilizio. Ciò che non potrà di tutta evidenza accadere fintanto che non saranno (anzitutto) state create le necessarie basi pianificatorie (ciò che potrebbe avvenire qualora il Gran Consiglio approvasse il citato PUC, la cui procedura è però tuttora in corso,

cfr. doc. O). Invano la ricorrente sembra pretendere che il suo impianto potrebbe in ogni caso avvalersi della tutela delle situazioni acquisite, poiché, nella forma di una discarica, era preesistente al 1972 (ovvero all'anno in cui è entrata in vigore la legge federale contro l'inquinamento delle acque dell'8 ottobre 1971[LIA; RU 1972, 1120], che notoriamente ha introdotto la distinzione tra territorio edificabile e non; cfr. replica pag. 11 seg.). Premesso che una tale preesistenza non risulta comprovata, già solo da una semplice scorsa alle vedute aeree pubblicate sul geoportale dell'Ufficio federale della topografia swisstopo appare comunque piuttosto evidente come una simile discarica ben si distingueva - già solo per estensione - dall'attuale diverso impianto di compostaggio, che la ricorrente ha avviato attorno agli anni '90, occupando nel corso del tempo un'area di gran lunga superiore, ricoperta da bosco (cfr. map.geo.admin.ch, immagini aeree del 1977 e 1983 e viste tra il 1990 e il 2020 "SWISSIMAGE Viaggio nel tempo"; cfr. sulla notorietà di queste informazioni, ad es. STF 2C_201/2020 del 18 settembre 2020). Decisivo per l'esito della presente controversia resta comunque il fatto che la RI 1 non possiede e non ha prodotto nel termine perentorio impartitole la licenza edilizia dell'impianto di compostaggio richiesta dall'ente banditore. La sua offerta è stata quindi rettamente esclusa dalla gara in applicazione dell'art. 25 lett. a LCPubb, atteso che l'estromissione di un concorrente per inidoneità è decretata direttamente dalla legge. Già solo per questo motivo, il ricorso va dunque respinto.

E. 3.4

Resistendo la decisione di esclusione alle censure della ricorrente, quest'ultima non può aggravarsi contro la decisione di aggiudicazione, in mancanza della necessaria legittimazione ricorsuale (cfr. supra, consid. 1.1). Va comunque puntualizzato che nella misura in cui risulta essere al beneficio di una regolare licenza edilizia (cfr. doc. 18), la ricorrente non potrebbe in ogni caso contestare che anche l'offerta della deliberataria avrebbe dovuto essere esclusa (cfr. fra le tante, STA 52.2018.600 del 17 maggio 2019 consid. 6.1). L'accenno che muove in tal senso l'insorgente con la replica va quindi in ogni caso respinto.

E. 4

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque respinto nella misura in cui è ricevibile.

E. 5

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

E. 6

La tassa di giustizia, commisurata al lavoro occasionato dal ricorso ed ai valori in discussione, è posta a carico della ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Essa rifonderà inoltre alla deliberataria, patrocinata da un legale, un'indennità per ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmM). Per questi motivi, decide: 1. Nella misura in cui è ricevibile, il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 4'000.-, già anticipata dalla ricorrente, rimane a suo carico. La ricorrente verserà alla deliberataria fr. 3'000.- 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 vicepresidente

La vicecancelliera

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