

TI_GERICHTE 52.2021.170 vom 16. Juli 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-07-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.170

FR: TI_GERICHTE 52.2021.170 du 16 juillet 2021

IT: TI_GERICHTE 52.2021.170 del 16 luglio 2021

Regeste

Commesse pubbliche. Bando di concorso per prestazioni di progettazione. Legittimazione a impugnare il bando. Atti impugnabili. Prescrizione poco chiara e lesiva della parità di trattamento

Erwägungen

E. 17

luglio 2008 consid. 1.3.2.2 e rinvii; Martin Beyeler , Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo, Basilea/Ginevra 2012, n. 1579 pag. 832 e seg.). Ciò basta per legittimare le ricorrenti a impugnare il bando di concorso, anche da sole. 1.4. Il committente mette in dubbio anche l'impugnabilità degli atti dedotti in giudizio. 1.4.1. Secondo l'art. 15 cpv. 1bis CIAP per decisioni impugnabili autonomamente mediante ricorso s'intendono: a) il bando di concorso della commessa; b) la decisione sull'inserimento di un offerente in una lista permanente secondo l'articolo 13 lett. e; c) la decisione sulla scelta dei partecipanti nella procedura selettiva; d) l'esclusione dalla procedura; e) l'attribuzione dell'appalto, la relativa revoca o l'interruzione della procedura d'aggiudicazione. Analoga disciplina è contemplata dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 7.1.4.1) che configura alla stregua di decisioni impugnabili unicamente gli elementi del bando, l'esclusione dell'offerente, la scelta dei partecipanti nell'ambito della procedura selettiva, così come l'aggiudicazione, l'interruzione o l'annullamento della procedura (vedi art. 37 LCPubb). Il puntuale elenco degli atti soggetti a ricorso contenuto nella legge permette di individuare le tappe salienti che caratterizzano la gara di appalto, dando nel contempo dei precisi punti di riferimento circa lo svolgimento della procedura concorsuale sia ai concorrenti che al committente. Fissando chiaramente quali decisioni sono impugnabili, si evitano continui e disordinati interventi di ricorso suscettibili di paralizzare ripetutamente il procedimento, da un lato, e si garantisce ai concorrenti la facoltà di far valere le proprie contestazioni nel contesto di un unico gravame rivolto contro la decisione cronologicamente più vicina alla violazione eccepita, dall'altro. Per evitare continui arresti della procedura concorsuale la dottrina maggioritaria suggerisce di considerare decisioni autonomamente impugnabili solo quelle puntualmente indicate nella legge, dando modo ai concorrenti di far valere le proprie contestazioni contro violazioni ravvisate posteriormente alla scadenza dei termini di impugnazione del bando nel contesto di un gravame rivolto contro l'esclusione dell'offerente o l'aggiudicazione, rispettivamente l'interruzione o l'annullamento della procedura (STA 52.2019.604 del 27 novembre 2019, 52.2012.178 dell'8 maggio 2012, 52.2013.553 del 25 febbraio 2014; Vincent Carron/ Jacques Fournier , La protection juridique dans la passation des marchés publics, Friburgo 2002, pag. 56 segg.). 1.4.2. Con il primo gravame (inc. 52.2021.170) la ricorrente RI 1 deduce in giudizio gli atti con cui la stazione appaltante ha risposto alle quasi trecento domande poste da vari

potenziali concorrenti il 22 aprile 2021. Ritiene che vi sia stata una modifica degli atti di gara e che pertanto tali documenti siano impugnabili già a questo stadio della procedura, al pari degli elementi del bando. Inoltre, per quelle che definisce le non risposte del committente, sostiene che con il rifiuto del committente a rispondere compiutamente e a riesaminare (e modificare) nel senso da essa auspicato le prescrizioni di gara, sia stato commesso un diniego di giustizia. A torto. Anzitutto si osserva che la facoltà dei partecipanti di porre domande al committente prima del deposito delle offerte non comporta automaticamente un diritto a vedersi modificare le condizioni di gara come desiderato. Lo scopo della fase di delucidazione è quello di fare chiarezza su punti della gara che suscitano dubbi interpretativi. All'occorrenza l'ente banditore può modificare le condizioni, qualora fosse palese già a questo momento l'insostenibilità di alcune iniziali prescrizioni. In quest'ultimo caso è dato ricorso contro i nuovi elementi del bando, nella misura in cui modificano quelli precedenti. In concreto gli atti di gara prevedevano la possibilità di richiedere informazioni sul concorso. Conformemente ai principi testé descritti, recepiti all'art. 12 RLCPubb/CIAP, gli atti di gara disponevano che durante la fase delle domande e risposte, sono considerate decisioni unicamente le informazioni scritte che cambiano sostanzialmente le condizioni del concorso; spiegazioni e chiarimenti di interpretazione, così come comunicazioni di servizio e richieste formali relative al riempimento dei fascicoli d'offerta, non sono soggette a ricorso (Condizioni d'appalto, punto n. 5.5 pag. 22). Ora, risulta dagli atti che il committente ha risposto a tutte le quasi trecento domande dei partecipanti. Le risposte, che la RI 1 nel dispositivo chiede di rivedere, alle domande 4 e 72 (validità delle referenze non firmate dal committente), 74 (richiesta di posticipo del termine di inoltro delle offerte) e 178A (referenze scritte precedenti, di cui la ricorrente chiede la modifica, non cambiano le condizioni di gara: basta una semplice lettura del testo. Non mette invece conto di esprimersi sulla risposta data alla domanda 75 di cui, seppur criticata, non è chiesto l'annullamento. In ogni caso nemmeno questa precisazione parrebbe modificare le prescrizioni concorsuali. Gli atti di risposta del committente risultano pertanto inimpugnabili. Vero è che parecchie risposte sono caratterizzate da una certa invero incomprensibile sufficienza e indisponenza da parte del committente nei confronti di chi le ha poste. Ciò non integra tuttavia ancora un diniego di giustizia come asserito dalla ricorrente. Che le risposte non siano state gradite da quest'ultima non muta la sostanza delle cose. Visto quanto precede questo Tribunale non può nemmeno accedere alla richiesta di ordinare al committente di nuovamente rispondere alle domande da essa formulate. Per concludere, dunque, il ricorso del 28 aprile 2021 della RI 1 è irricevibile per cui ci si può esimere dal verificare se la successiva rettifica delle prescrizioni di gara ha fatto venire meno, perlomeno parzialmente, l'oggetto della prima procedura ricorsuale. 1.4.3. Diversa è invece la conclusione per quanto riguarda il gravame del 10 maggio 2021, inoltrato contro la rettifica delle regole disposte sulla certificazione delle referenze per l'ente di trasporto interpellato dai concorrenti. Le nuove disposizioni modificano senza ombra di dubbio le prescrizioni inizialmente previste a questo proposito, permettendo una incompleta e difforme compilazione delle schede delle referenze rispetto a quanto previsto nei documenti di gara. Lo stesso committente, del resto, nell'avviso pubblico aveva indicato (giustamente) i rimedi di diritto contro la rettifica, considerando dunque impugnabili le nuove prescrizioni. Stupiscono pertanto le affermazioni fatte ora in questa sede nella misura in cui sostiene l'irricevibilità del gravame poiché il bando sarebbe rimasto immutato e la certificazione delle referenze sarebbe solo facilitata. Affermazioni e conclusioni che si contraddicono da sole. L'impugnativa di cui all'inc. 52.2021.192 deve quindi essere

considerata ricevibile, poiché inoltrata contro una modifica delle condizioni di gara e pertanto contro un atto che la legge dichiara impugnabile (art. 15 cpv. 1bis lett. a CIAP).

1.5. Il gravame del 10 maggio 2021, tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP), è pertanto ricevibile in ordine. 1.6. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAmM).

2. 2.1. 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 offerte, rispettivamente 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 e modulo d'offerta - 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 e 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 seg.; RDAT II-1997 n. 47; II-1994 n. 5; 1982 n. 14).

2.2. 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. 16 cpv. 1 lett. a CIAP). 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 (cfr. RtiD II-2011 n. 8 consid. 2; STA 52.2017.42 del 24 aprile 2017 consid. 2, 52.2014.199 dell'8 settembre 2014 consid. 2).

3. Le ricorrenti contestano le nuove modalità di certificazione delle referenze per le F_____, che formulate in modo nebuloso , violerebbero il principio della trasparenza. Sarebbero inoltre lesive del principio della parità di trattamento, poiché favorirebbero gli offerenti che presentano referenze per lavori commissionati da questo ente, che potrebbe limitarsi ad attestare con un semplice giudizio di sufficiente nei contenuti l'esecuzione delle opere che altri committenti invece devono certificare anche nei termini e nei costi, così come previsto nelle schede del fascicolo delle Dichiarazioni dell'offerente (pag. 16 e segg.).

3.1. Le cosiddette referenze servono essenzialmente ad attestare la capacità tecnica del concorrente di realizzare l'opera messa a concorso, rispettivamente di eseguire la prestazione oggetto della commessa. Forniscono quindi anzitutto informazioni sull'idoneità del concorrente e non sulla bontà dell'offerta (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; 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.). 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; R DAT II- 2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 del 5 marzo 2018 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, 9. ed., Zurigo 2014, pag. 516 n. 89 segg.).

3.2. Alcuni potenziali concorrenti prima della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte hanno interpellato le F_____ per farsi accertare le referenze dei lavori svolti per questo ente. Essi si sono tuttavia visti opporre un rifiuto a procedere alle attestazioni richieste. Hanno precisato che avrebbero confermato la veridicità o no delle asserzioni rilasciate unilateralmente dai concorrenti solo su richiesta del committente, una volta depositate le offerte. Informato dell'oggettivo problema venutosi a creare con uno dei maggiori enti che ha gestito e gestisce numerosi progetti ferroviari analoghi a quello oggetto della commessa, come ricordato in narrativa il committente ha in seguito trovato un accomodamento con le F_____ nel senso che queste avrebbero compilato la scheda apponendo la frase " Per scelta aziendale, si rinuncia a rilasciare valutazioni nel merito ai vari richiedenti " e apponendo una crocetta solo sulla casella sufficiente relativa ai contenuti della prestazione fornita. Nessun giudizio sarebbe stato espresso riguardo all'esecuzione per i termini e i costi (cfr. doc. H-L inc. 52.2021.192). L'accordo è poi sfociato nella rettifica delle condizioni di gara pubblicate il 29 aprile 2021 e oggetto qui di giudizio (cfr. supra , in fatto, ad D). Orbene, a ragione le ricorrenti lamentano una violazione dei principi della trasparenza e della parità di trattamento tra concorrenti a seguito di questa modifica degli atti di gara.

3.3. A prescindere dal fatto che le ragioni per le quali le F_____ si rifiutano di attestare direttamente ai concorrenti la qualità delle prestazioni fornite, dichiarandosi disposte, se così richieste, a fornire le attestazioni necessarie direttamente al committente, risultano tanto incomprensibili quanto inconcepibili, si osserva dapprima che il committente ha disposto una modifica che pecca di chiarezza: quale sia l'ente di trasporto interpellato dai concorrenti non risulta dalla disposizione rettificata, dalla quale nemmeno emerge in cosa consista il nullaosta , ossia come viene certificata la referenza. Lo sanno certamente le qui ricorrenti, dato che la stessa RI 1 ha denunciato questo problema al committente, ma non necessariamente altri potenziali concorrenti. Non occorre dimenticare che il concorso è di stampo internazionale, per cui potrebbero essere interessati anche altri gruppi esteri e non solo quelli locali o svizzeri. Il principio della trasparenza di cui all'art. 1 cpv. 3 lett. c CIAP e 1 cpv. 1 lett. c LCPubb impone al banditore di illustrare in modo inequivocabile le prestazioni che si attende dai concorrenti e requisiti che esse devono dimostrare per poter partecipare alla gara (Étienne Poltier , Droit des marchés publics, Berna 2014, n. 259 e segg.). Principio che in concreto è venuto meno.

3.4. Con le ricorrenti occorre poi considerare che la modifica disposta viola la parità di trattamento tra concorrenti (art. 1 cpv. 3 lett. b CIAP e art. 1 cpv. 1 lett. a LCPubb), avvantaggiando quelli che possono, grazie alle nuove norme di certificazione, far riferimento a referenze che saranno vidimate solo parzialmente, ossia solo nei contenuti e con un giudizio di sufficiente . Con le referenze dei lavori svolti per le F_____ i concorrenti non esibiscono un giudizio di merito sui termini e sui costi delle opere indicate (cfr. Condizioni d'appalto, punti 3 segg., pag. 8 e segg.). Saranno quindi coloro che hanno già fornito prestazioni alle F_____ a trarne concretamente beneficio, visto che potranno vedersi riconoscere la validità di una referenza anche se, ad

esempio, la valutazione su termini e costi fosse negativa. Altri committenti devono invece esprimere un giudizio completo, pena la difformità dell'offerta alle condizioni di gara, che sono vincolanti non solo per i concorrenti ma anche per l'ente banditore. Di fronte al diniego delle F_____ a sottoscrivere le schede di referenze così come approntate dalla stazione appaltante, e riconosciuto un oggettivo problema a questo proposito, quest'ultima avrebbe quindi dovuto e potuto modificare le condizioni di gara in modo tale da garantire il rispetto della parità di trattamento tra tutti i potenziali concorrenti, ad esempio cancellando ogni giudizio di valore circa la referenza addotta, o non esigendo del tutto la controfirma del committente, come suggerito anche dalle insorgenti e come avviene peraltro normalmente in altri concorsi. La successiva verifica della bontà della referenza, e di riflesso dell'idoneità del concorrente a fornire la prestazione richiesta, è del resto ammissibile da parte dell'ente banditore, che può assumere informazioni presso il committente indicato qualora dovessero sorgere dubbi. Nulla muta il fatto che le F_____ hanno dichiarato di certificare con la sufficienza i contenuti delle referenze indicate da tutti i concorrenti, ciò che il committente considera bastevole per la validità della referenza. La disparità di trattamento rimane per rapporto ad altri committenti ai quali invece non è dato di limitare la loro attestazione ma dovranno compilare integralmente la relativa scheda. La modifica delle prescrizioni di gara è quindi lesiva dei principi che informano le commesse pubbliche e non può che essere annullata.

4. 4.1. Per le considerazioni che precedono, il ricorso del 10 maggio 2021 (inc. 52.2021.192) va accolto. Considerato che con separata sentenza odierna il bando è stato annullato anche per altri gravi vizi di cui soffre (inc. 52.2021.127), anche in questa procedura questo Tribunale non può far altro che annullare l'intera gara. Non è infatti compito di questo Tribunale porre rimedio alle carenze degli atti di gara. Anzi, come visto, l'Autorità giudiziaria deve rispettare il margine di apprezzamento del committente nella definizione delle prescrizioni di concorso. Il committente provvederà a rinviare ai concorrenti le offerte eventualmente pervenutegli, senza aprirle.

4.2. La tassa di giustizia di cui alla procedura 52.2021.170 è posta a carico della RI 1, secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmM).

4.3. La tassa di giustizia di cui alla procedura 52.2021.192 è invece posta a carico del committente, secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Quest'ultimo rifonderà alle ricorrenti, patrocinate da un legale, un'indennità a titolo di ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmM). Per questi motivi, decide:

1. 1.1. Il ricorso del 28 aprile 2021 (a) è irricevibile.

1.2. La tassa di giustizia di fr. 1'500.- è posta a carico della ricorrente RI 1, a cui è restituito l'anticipo versato in eccesso.

2. 2.1. Il ricorso del 10 maggio 2021 (b) è accolto. Di conseguenza:

2.1.1. il bando e la documentazione di gara del concorso indetto il 16 marzo 2021/29 aprile 2021 dalla Repubblica e Cantone Ticino per aggiudicare le prestazioni di progettazione per gruppo mandatario nell'ambito del progetto rete tram-treno del Luganese, tappa prioritaria, sono annullati;

2.1.2. l'ente banditore rinvierà ai concorrenti le offerte eventualmente pervenutegli senza aprirle.

2.2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico del committente. Alle ricorrenti è restituito l'importo versato a titolo di anticipo. Il committente verserà a queste ultime un importo complessivo di 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).

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.