

TI_GERICHTE 52.2021.424 vom 15. September 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-09-15, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.424

FR: TI_GERICHTE 52.2021.424 du 15 septembre 2021

IT: TI_GERICHTE 52.2021.424 del 15 settembre 2021

Regeste

Procedimento amministrativo per infrazione alla LCPubb: violazione del divieto di subappalto e ottenimento della commessa sulla scorta di false indicazioni

Erwägungen

E. 1.1

Alla presente fattispecie sono applicabili la LCPubb e il regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 (RLCPubb/CIAP; RL 730.110) nella versione in vigore sino al 31 dicembre 2019 (cfr. disposizione transitoria della modifica del 10 aprile 2017 della LCPubb; BU 2019, 211).

E. 1.2

L a decisione governativa avversata, anche laddove infligge una pena pecuniaria (DTF 140 I 252 consid. 1.1), prefigura una sanzione amministrativa fondata sull'art. 45 LCPubb, norma che non prevede alcun rimedio di diritto. Nel caso di specie la competenza del Tribunale cantonale amministrativo va nondimeno ammessa in forza dell'art. 84 lett. a della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013 (LPAm; RL 165.100; cfr. STA 52.2013.295 del 13 maggio 2014 consid. 1). La legittimazione attiva dell'insorgente, direttamente e personalmente toccata dal provvedimento censurato, è certa (art. 65 cpv. 1 LPAm). Il ricorso, tempestivo (art. 68 cpv. 1 LPAm), è dunque ricevibile in ordine.

E. 1.3

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm). I fatti decisivi sono noti. Non occorre pertanto procedere all'audizione del teste che la ricorrente ha sollecitato in quanto insuscettibile, come si vedrà nei seguenti considerandi, ad una sua valutazione anticipata, di apportare al Tribunale la conoscenza di ulteriori elementi rilevanti per il giudizio che è chiamato a rendere. Tanto più che agli atti è stata versata la sua dichiarazione scritta.

E. 2

Secondo l'art. 45 cpv. 1 LCPubb, in caso di gravi violazioni della LCPubb il Consiglio di Stato può infliggere al contravventore una congrua pena pecuniaria e/o escluderlo da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di cinque anni. Sono considerate gravi violazioni, soggiunge la norma (cpv. 2): a) la cessione parziale o totale del contratto senza l'accordo del committente; b) il subappalto senza l'accordo del committente; c) l'ottenimento dell'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni; d) condanne giudiziarie per cattiva condotta dei lavori o per infrazioni alle disposizioni legislative sulla protezione dei lavoratori o sui contratti collettivi di lavoro nei cinque anni precedenti l'aggiudicazione; e)

infrazioni alla Legge d'applicazione della Legge federale concernente condizioni lavorative e salariali minime per lavoratori distaccati in Svizzera e misure collaterali (LDist) e della Legge federale concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero (LLN); f) comportamenti tali da impedire un'effettiva e libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante; g) la corruzione attiva o passiva ai sensi del Codice penale svizzero. Come già accertato in passato da questo Tribunale l'elenco dei motivi d'esclusione di cui all'art. 45 cpv. 2 LCPubb è esaustivo (cfr. STA 52.2013.295 citata consid. 2 con riferimenti). Non sono pertanto ammessi altri, diversi motivi. Quanto alla pena pecuniaria, il cpv. 3 della norma prescrive che essa può raggiungere al massimo il 20% del valore della commessa.

E. 3.1

L'art. 24 LCPubb vieta il subappalto salvo se ammesso negli atti di gara. Dal momento che la nozione di appalto non si riferisce strettamente al contratto di diritto privato regolato agli art. 363 segg. del codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO; RS 220), ma all'insieme delle relazioni giuridiche concluse da un ente pubblico con concorrenti privati per l'acquisto di forniture, servizi e costruzioni, il divieto di subappalto è applicabile anche alle commesse di fornitura e servizio. Ai sensi della legislazione sulle commesse pubbliche, per subappalto occorre quindi intendere un incarico a terzi di eseguire una parte della commessa (STA 52.2014.282-283 del 10 ottobre 2014 consid. 2.2 con riferimenti). Il divieto di subappalto è essenzialmente volto a impedire che l'aggiudicatario, che è valutato quantomeno dal profilo della sua idoneità generale a partecipare alla gara, deleghi in tutto o in parte l'esecuzione effettiva della commessa a terzi, da lui scelti in modo autonomo, indipendentemente dal committente. Il divieto di subappalto si giustifica specialmente nell'ambito delle commesse edili e per prestazioni di servizio, nelle quali l'idoneità tecnica, le capacità e le attitudini dell'aggiudicatario assumono particolare rilevanza (STA 52.2008.76 del 12 marzo 2008). Il divieto non è tuttavia assoluto. L'art. 24 LCPubb, come detto, stabilisce infatti che gli atti di gara possono prevedere la possibilità di subappalto. In tale evenienza valgono le condizioni elencate parzialmente alle cifre a - d dell'art. 36 cpv. 1 RLCPubb/CIAP. Dal canto suo, in passato questo Tribunale ha già avuto modo di stabilire che se gli atti di gara ammettono il subappalto, gli offerenti possono affidare a terzi solo lavori speciali, d'importanza secondaria, mentre la prestazione principale e caratteristica della commessa deve di principio essere eseguita in proprio dall'offerente (STA 52.2015.314 del 26 ottobre 2015, 52.2010.133 del 24 giugno 2010, 52.2006.86 del 13 aprile 2006).

E. 3.2

La commessa in esame presenta connotazioni ambivalenti. Nella misura in cui comporta la realizzazione del bancone con piani in acciaio inossidabile secondo le dimensioni fissate dall'ente banditore è riconducibile ad una commessa edile (art. 4 cpv. 1 LCPubb). Nella misura in cui implica la fornitura e la posa di questi materiali è invece assimilabile ad una commessa di fornitura (art. 4 cpv. 2 LCPubb). Non potendo essere esclusivamente annoverata né fra le commesse edili, né fra le commesse di fornitura, la commessa va dunque considerata una commessa di servizio (art.

E. 3.3

Ora, è evidente che gli arredi di cui il Municipio ha chiesto la fornitura non sono reperibili già pronti, ma necessitano di una lavorazione ad hoc. Tali prodotti devono essere appositamente approntati per soddisfare i bisogni dell'Esecutivo comunale che li ha

commissionati impartendo istruzioni mirate, volte a definirne le specificità. Ne danno atto sia la ricorrente, laddove indica nella sua offerta che l'arredo è stato realizzato come da disegno allegato (cfr. doc. 9, allegato 1), sia il socio e gerente della ditta M_____, affermando che il prodotto è stato da noi costruito e di conseguenza installato (doc. 11). Se è vero quindi che i concorrenti erano liberi di proporre un arredo funzionale rispettoso delle normative, è dall'altro lato altrettanto evidente che essi dovevano rispettare le dimensioni degli spazi da arredare, di cui avevano potuto prendere visione in occasione di un sopralluogo e che risultavano dalla pianta che era stata consegnata loro dalla committenza (doc. 5, allegato 1). I concorrenti non potevano delegare a terzi la fabbricazione dell'arredo bar poiché così facendo non acquisirebbero per finire comune materiale da posare in cantiere, ma demanderebbero a ditte estranee alla procedura di concorso la prestazione principale e caratteristica della commessa, ovvero la realizzazione del bancone su misura appositamente predisposto per il lido di _____, disattendendo il divieto di subappalto previsto dalla legge. È il caso appunto della ricorrente, che per sua stessa ammissione non ha una produzione propria e per fornire i prodotti oggetto della commessa è stata dunque costretta a rifornirsi presso la ditta M_____, affidandole il compito di preparare il banco bar in acciaio inossidabile secondo le dimensioni richieste dall'ente banditore. Nemmeno l'insorgente, dal canto suo, pretende il contrario, affermando di poterlo reperire già pronto presso una qualsiasi ditta attiva nella lavorazione delle lamiere in acciaio, senza doverlo confezionare su misura. Da un esame degli elementi acquisiti agli atti emerge che la M_____ non si è limitata alla fabbricazione dei materiali, ma si è anche occupata del loro trasporto e della loro posa in cantiere. L'offerta della M_____ e le relative fatture emesse, come pure gli attestati di notifica di un'attività lucrativa per lavoratori indipendenti e i moduli A1 allegati al doc. 1, confermano la presenza costante sul cantiere della ditta estera. Ne segue che, nella misura in cui ha delegato alla M_____ l'esecuzione della (quasi) totalità della commessa, la ricorrente ha disatteso con ogni evidenza il divieto di subappalto chiaramente sancito dalla legge. Invano essa sostiene, rinviando alla dichiarazione dell'allora segretario comunale prodotta in questa sede che confermerebbe questa sua tesi (doc. B), che per il Municipio sarebbe stato perfettamente noto e chiaro che si tratta di un appalto dove manifestamente ogni singola componente viene acquistata all'estero e importata dalla ditta ticinese e che la ricorrente non si sarebbe occupata della posa e aggiustaggio, specialmente del bancone. Nelle offerte (del 22 febbraio 2018 [doc. 7] e del 2 marzo 2018 [doc. 5 allegato e , doc. 9 allegato 1]) inoltrate al Municipio, l'insorgente non ha infatti menzionato alcun subappaltatore e lo stesso Municipio ha dichiarato che almeno fino al giorno dell'ispezione, la fornitura per noi era fatta dalla ditta RI 1, il signor _____, persona di riferimento, era il nostro unico interlocutore (cfr. doc. 5). Tutto lascia quindi supporre che l'Esecutivo comunale non sia stato preventivamente informato dell'intervento di una ditta terza per la fabbricazione su misura e la posa in cantiere. Non porta a diversa conclusione il fatto che l'allora segretario comunale fosse presente all'ispezione del 30 luglio 2018, né il fatto, invero non documentato dal rapporto di ispezione, che lo sarebbe stato anche l'allora capo dicastero arch. _____ (ora deceduto). Decisiva resta la circostanza per cui il Municipio non ha concesso la sua autorizzazione scritta al subappalto delle opere di cui trattasi, né avrebbe potuto, già perché la fornitura e posa dell'arredo bar non costituiscono lavori speciali, d'importanza secondaria e pertanto suscettibili di essere affidati a terzi. Ne segue che in concreto il motivo di sanzione contemplato dall'art. 45 cpv. 2 lett. b (subappalto senza l'accordo del committente) LCPubb è senz'altro dato.

E. 4

cpv. 3 LCPubb), soggetta, in ogni caso, al divieto di subappalto sancito dall'art. 24 LCPubb.

E. 4.1

False, secondo il significato comunemente attribuito al termine, sono per principio le indicazioni contrarie al vero. La falsità, ovvero la difformità dell'indicazione per rapporto alla verità oggettiva, può essere deliberata o scaturire da un errore involontario .

Considerato lo spazio che le procedure per l'aggiudicazione di commesse pubbliche riservano all'autocertificazione, il tradimento della fiducia riposta dal committente nella correttezza della controparte va sanzionato con rigore, indipendentemente dal ruolo che l'informazione inveritiera può avere effettivamente svolto nel quadro delle valutazioni in base alle quali viene decisa l'aggiudicazione (STA 52.2016.538 del 18 maggio 2017 consid. 4 in fine) .

E. 4.2

Come già detto in precedenza (supra, consid. 3.3), nelle offerte inoltrate al Municipio (offerta base del 22 febbraio 2018 e successivo aggiornamento del 2 marzo 2018), l'insorgente non ha previsto alcun subappaltatore. Indicando espressamente che la fornitura comprendeva il trasporto e il montaggio, essa ha lasciato chiaramente intendere che avrebbe eseguito l'intera commessa in proprio. È evidente che a l riguardo, all'ente banditore sono state fornite false indicazioni. Quando la ricorrente ha allestito le sue offerte sapeva perfettamente di non disporre di una produzione propria e di dover fare capo a una ditta terza per la realizzazione del bancone su misura occorrente al lido di _____. Tant'è che alla ditta M_____ aveva già commissionato il prodotto con preventivo e successivo contratto di fornitura e posa come da documento allegato (vedi offerta del 16 febbraio 2018 controfirmata per accettazione dall'insorgente il 21 febbraio 2018 concernente la fornitura dell'arredo bar del lido di _____ per complessivi euro 20'000.-, trasporto e montaggio compresi, doc. 11). Le indicazioni, inveritiere, che la ditta aggiudicataria ha fornito al committente - con cognizione - non possono essere ricondotte ad un semplice errore involontario. A ragione il Consiglio di Stato ha ritenuto dato anche il motivo di sanzione di cui all'art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb (ottenimento della commessa sulla scorta di false indicazioni).

E. 5

Resta da verificare la proporzionalità della sanzione inflitta all'insorgente tenendo presente che, come ogni sanzione amministrativa, anche quella fondata sull'art. 45 LCPubb va commisurata tenendo conto soprattutto della gravità oggettiva dell'infrazione commessa e della colpa del trasgressore, nonché di suoi eventuali precedenti.

E. 5.1

Dal profilo oggettivo occorre considerare che la violazione del divieto di subappalto, come pure l'ottenimento della commessa sulla scorta di false indicazioni, sono da considerarsi gravi, già solo perché presenti nell'elenco esaustivo dell'art. 45 cpv. 2 LCPubb. La ricorrente ha permesso l'intervento di una ditta terza non annunciata al committente per la realizzazione di opere per le quali la legge non ammetteva il subappalto. Tali prestazioni si sono rivelate di importanza tutt'altro che marginale. Le stesse, per complessivi euro 21'000.- (IVA esclusa, equivalenti a fr. 25'324.75), rappresentano infatti la quasi totalità del valore dell'intera commessa pari a fr. 27'855.15.- (IVA esclusa).

E. 5.2

Dal profilo soggettivo, bisogna tener conto dell'esperienza certa di cui fruisce la ricorrente in materia di appalti pubblici. Non siamo quindi di fronte ad un'azienda familiare, sprovvista o poco cognita della materia, bensì ad una persona giuridica che conosce tutte le regole basilari governanti l'aggiudicazione e l'esecuzione delle commesse pubbliche ed alla quale non poteva sfuggire il carattere irregolare delle informazioni fornite al committente e dell'intervento della M_____ sul cantiere del lido di _____. Occorre ancora sottolineare che l'insorgente non è mai incorsa in altre violazioni della LCPubb e si è dimostrata collaborativa dando seguito alle richieste dell'UVCP e trasmettendo la necessaria documentazione.

E. 5.3

Ponderati tutti questi elementi, la decisione con cui il Consiglio di Stato ha inflitto alla ricorrente una pena pecuniaria di fr. 1'500.- resiste con certezza alle critiche di sproporzionalità sollevate nell'impugnativa. La stessa si situa abbondantemente al di sotto della soglia massima fissata all'art. 45 cpv. 3 LCPubb.

E. 6

Visto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

E. 7

La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 1'500.-, già anticipata dalla ricorrente, rimane interamente 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 enunciate dall'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.