

TI_GERICHTE 52.2021.91 vom 16. Februar 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-02-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.91

FR: TI_GERICHTE 52.2021.91 du 16 février 2021

IT: TI_GERICHTE 52.2021.91 del 16 febbraio 2021

Regeste

Esclusione dalla gara e annullamento del concorso. Il subappalto non era ammesso per le opere di segnaletica stradale. Confermata dalla STF 2C_447/2021 del 15 novembre 2021

Erwägungen

E. 1.1

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. In quanto partecipante alla gara d'appalto, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare la sua estromissione dalla procedura (art. 37 lett. b LCPubb e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). La potestà ricorsuale per impugnare l'annullamento del concorso potrà esserle invece riconosciuta solo in caso di accoglimento del ricorso rivolto contro la decisione di esclusione e conseguente riammissione in gara (STA 52.2016.400 del 24 gennaio 2017 consid. 1). Con questa precisazione il gravame, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è dunque ricevibile in ordine.

E. 1.2

Il giudizio può essere emanato sulla base delle tavole processuali, senza istruttoria. Per le ragioni che saranno meglio esposte nel seguito non occorre richiamare dal Comune di _____ l'incarto relativo alla procedura di appalto concernente le opere da capomastro inerenti alla costruzione del nuovo autosilo sul mapp. _____ di _____, come postulato dall'insorgente .

E. 2

Notoriamente, soltanto offerte conformi alle prescrizioni di gara entrano in considerazione per l'aggiudicazione. Le prescrizioni di gara costituiscono in effetti la legge stessa del concorso e vincolano tanto i concorrenti, quanto il committente, che deve rispettarle per non incorrere in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento e del principio della trasparenza (cfr. art. 1 lett. a e c LCPubb, art. 5 lett. a LCPubb). Al momento della loro apertura le offerte devono quindi risultare complete, corrette, nonché compilate nel rispetto delle condizioni stabilite dal bando di concorso e della relativa documentazione di gara (cfr. art. 26 cpv. 1 LCPubb e 40 cpv. 1 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). Questo, in particolare, per permettere al committente di effettivamente raffrontare tra loro le varie proposte ricevute e di scegliere quella oggettivamente più vantaggiosa. Le offerte devono in altri termini essere formulate in modo tale da permettere al committente di procedere direttamente all'aggiudicazione, senza dover sollecitare il singolo concorrente a fornire aggiunte, chiarimenti o precisazioni in merito all'offerta inoltrata (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel , Droit des marchés publics, Friburgo 2002, pag. 108-109). Offerte difformi vanno per

principio escluse dalla gara; la difformità può consistere sia nella disattenzione di esigenze imposte dalla legge o dalle regole del concorso, sia nella mancata compilazione di posizioni del capitolato d'appalto, sia nell'offerta di prestazioni che non rispondono alle prescrizioni fissate dagli atti di gara. Resta in ogni caso riservato il principio di proporzionalità, in particolare nell'ottica del divieto di formalismo eccessivo; difformità irrilevanti vanno tollerate (cfr. STF 2D_45/2016 del 10 luglio 2017 consid. 5.1, 2C_458/2008 del 15 dicembre 2008 consid. 3.1, 2P.339/2001 del 12 aprile 2002 consid. 5 c/cc in: RDAT II-2002 n. 47 pag. 158 segg.; RtiD I-2014 n. 12 consid. 3.1, STA 52.2019.222 del 24 ottobre 2019 consid. 3.2; Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, Lugano 2008, pag. 34).

E. 3.1

Il divieto di subappalto sancito dall'art. 24 LCPubb è essenzialmente volto ad 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. Il divieto non è tuttavia assoluto. In applicazione dell'art. 24 cpv. 3 LCPubb, gli atti di gara possono prevedere la possibilità di subappalto. In tale evenienza, la parte preponderante o determinante delle prestazioni deve essere eseguita direttamente dall'offerente (lett. b). Secondo giurisprudenza costante, gli offerenti possono infatti 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 (art. 37 cpv. 1 RLCPubb/CIAP in vigore fino al 31 dicembre 2019; RtiD I-2016 n. 13; STA 52.2019.595 del 20 febbraio 2020 consid. 4.2, 52.2017.316 del 14 febbraio 2018 consid. 2.3, 52.2016.442 del 22 dicembre 2016 consid. 3.1).

E. 3.2

Per l'art. 40 cpv. 2 RLCPubb/CIAP, la partecipazione alla gara, con l'inoltro dell'offerta, implica l'accettazione di tutte le condizioni contenute nella documentazione del concorso. La norma scaturisce direttamente dal principio della buona fede (cfr. art. 5 cpv. 3 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999; Cost.; RS 101). È inoltre riconducibile al principio della sicurezza del diritto. Sarebbe invero contrario a tali principi concedere ai concorrenti la possibilità di rimettere in discussione le regole della gara ancora nell'ambito di ricorsi proposti contro le decisioni adottate successivamente dal committente. La rinuncia ad agire dei concorrenti esplica in linea di massima effetti preclusivi (RDAT I-2002 n. 24). Il principio della buona fede e della sicurezza giuridica impongono ai concorrenti anche l'obbligo di segnalare tempestivamente al committente errori manifesti o comunque facilmente riconoscibili compiuti durante lo svolgimento della competizione, pena l'impossibilità di avvalersene al momento dell'aggiudicazione (DTF 130 I 241 consid. 4.3). Eccezioni a questa regola sono ammissibili soltanto nel caso di contestazioni rivolte contro prescrizioni di gara che ledono in modo particolarmente grave l'ordinamento sulle commesse pubbliche, oppure contro prescrizioni di cui i concorrenti non potevano prevedere compiutamente la portata (STA 52.2019.209 del 2 ottobre 2019 del 2 ottobre 2019 consid. 2.2, 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 2.1, 52.2018.66 del 7 maggio 2018 consid. 3.1.1).

E. 4.1

e pos. 226.100 CPN 102), l'ente banditore ha fissato in modo chiaro i diversi lavori che potevano essere subappaltati. Non essendosi nemmeno avvalsa della facoltà di richiedere informazioni o porre domande al committente, l'insorgente non può ora pretendere che le prescrizioni vengano interpretate a suo piacimento. La circostanza per cui gli altri concorrenti si siano attenuti alle disposizioni concorsuali (subappaltando a terzi solo le opere esaustivamente enumerate dal committente) rende la sua argomentazione ancor meno plausibile. A differenza della ricorrente, la P _____, la E _____ e la C _____ - rispondendo ad una precisa domanda posta loro dal committente in sede di verifica delle offerte - hanno infatti confermato che avrebbero eseguito le opere di segnaletica stradale con il proprio personale (cfr. richiesta di precisazione del 2 dicembre 2020 del committente e relative risposte del 2/9 dicembre 2020, agli atti). Invano sostiene l'insorgente che la questione della legittimità del subappalto di questa specifica prestazione se la sarebbe posta anche la committenza interpellando persino (!?) le ditte concorrenti. La stazione appaltante si è infatti rivolta loro, facendo uso della facoltà d'indagine riservata dall'art. 43 RLCPubb/CIAP, per chiarire un aspetto dell'offerta (l'eventuale subappalto delle prestazioni descritte nel CPN 113 Impianto cantiere, alla posizione 230). Non v'era alcuna necessità di interpellare (anche) la ricorrente, visto il chiaro tenore delle indicazioni che essa aveva fornito al riguardo, né di informarla della richiesta effettuata, dato che il citato disposto non lo prevede. Va inoltre evidenziato che la pos. 235.100 CPN 113, a dispetto di quanto afferma la ricorrente, non fa alcun riferimento a personale esterno alla ditta specializzato. Se la volontà dell'ente banditore fosse stata, sin dall'inizio, quella di far eseguire le prestazioni di segnaletica e delimitazioni stradale da personale formato estraneo alla ditta, allora esso non avrebbe dovuto fare altro che prevederlo espressamente nelle condizioni di gara. Tale intento non può certo essere dedotto dalla semplice formulazione della pos. 235.100 CPN 113, né dal fatto che il CPN 113 modello standard 2014 prevederebbe esplicitamente la regolazione manuale del traffico da parte dell'imprenditore alla pos. 235.200 (cfr. doc. D), come afferma a torto l'insorgente. Parimenti, dalla circostanza che alla pos. 226.300 CPN 102 il committente abbia previsto la possibilità di assumere un subappaltatore estraneo alla lista approvata dal COM o per affidargli lavori non previsti in essa non si può certo desumere che ciò permette quindi già di fatto di derogare alla lista di cui al CPN n. 226.100. Per fare ciò, occorre infatti chiedere per iscritto la preventiva approvazione del committente: richiesta che neppure la ricorrente pretende di avere mai inoltrato. Merita tutela la tesi della stazione appaltante secondo cui la pos. 226.100 CPN 102 va ritenuta preminente rispetto a quella invocata dalla ricorrente siccome inserita nelle disposizioni particolari CPN 102 di cui al capitolato d'appalto. Lo si deduce dalla posizione privilegiata in cui questo atto è menzionato alla pos. 219.100 CPN 102 (Ordine di priorità). Del tutto ininfluenza è infine il fatto che la differenza tra l'importo delle opere eseguite con personale proprio e con personale specializzato sia di poco conto (fr. 640.-; cfr. doc. I) e che anche l'entità della prestazione subappaltata (fr. 6'080.-) sia del tutto irrisoria per rapporto al valore complessivo della commessa (vedi STA 52.2013.279 del 28 agosto 2013; offerta scarta per una differenza di lunghezza del manico di una scopa dell'ordine di 0.5 cm). Ne segue che, nella misura in cui la ricorrente ha delegato alla V _____ SA le opere di segnaletica stradale, la sua offerta disattende con ogni evidenza il divieto di subappalto sancito dalla legge e ammesso dalle regole concorsuali unicamente per il taglio di alberi, le opere di sostegno della fossa, gli ancoraggi e le pareti chiodate, nonché per i trasporti di materiale. A giusta ragione la stazione appaltante l'ha

dunque esclusa dalla gara. Contrariamente a quanto assume la ricorrente, il committente non doveva affatto tenere in considerazione quanto avvenuto nell'ambito del concorso parallelo concernente le opere da capomastro. Doveva semplicemente verificare che l'offerta presentata nel contesto del concorso per le opere di demolizione, scavo e sicurezza di scavo rispettasse puntualmente le condizioni di gara. Motivo per cui non occorre assumere prove al riguardo.

E. 4.2

Nella sua offerta la ricorrente ha dichiarato di subappaltare le opere di segnaletica stradale alla V_____ SA (cfr. dichiarazioni dell'offerente pag. 13 e allegato 3). Ora, come sopra ricordato, le regole di gara stabilivano che il subappalto era ammesso unicamente per le opere specialistiche menzionate alla pos. 226.100 CPN 102 e non già per la segnaletica stradale, il committente non avendolo esplicitamente contemplato negli atti di gara. Ne consegue che i concorrenti non potevano affidare a terzi questi interventi. Inutilmente la ricorrente afferma di aver commissionato le opere in discussione, poiché la pos. 235.100 CPN 113 del modulo d'offerta prevedeva la regolazione manuale del traffico da parte di personale specializzato che, secondo quanto stabilito in modo inequivocabile da questa stessa prescrizione, non può essere personale della ditta edile. Come visto (supra, consid.

E. 5

Estromessa a ragione dalla gara, la ricorrente non è dunque legittimata a contestare l'annullamento del concorso. Il ricorso va dunque respinto nella misura della sua ricevibilità.

E. 6

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

E. 7

La tassa di giustizia è posta a carico della ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Non si assegnano ripetibili al committente (art. 49 cpv. 1 LPAm). Per questi motivi, decide: 1. Nella misura in cui è ricevibile, il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 4'500.-, già anticipata dalla ricorrente, rimane a suo carico. 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

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