

# **TI\_GERICHTE 52.2023.108 vom 7. August 2023**

TI Tribunale d'appello, 2023-08-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2023.108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2023.108)

FR: TI\_GERICHTE 52.2023.108 du 7 août 2023

IT: TI\_GERICHTE 52.2023.108 del 7 agosto 2023

## **Regeste**

Commessa pubblica. Concorso di architettura indetto da una società cooperativa in casu assoggettato alla LCPubb

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Prima di entrare nel merito di un ricorso, il Tribunale esamina d'ufficio la propria competenza (art. 5 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). Come esposto in narrativa, la Cooperativa ritiene che il concorso oggetto della vertenza non sia sottoposto alla legislazione sulle commesse pubbliche.

### **E. 1.2**

Il concorso di architettura concerne una commessa di servizio. Il valore delle prestazioni non è definito ma non si può escludere che superi la soglia di fr. 350'000.- che impone, a talune condizioni, l'apertura degli appalti al mercato internazionale conformemente all'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994 (RS 0.632.231.422) e all'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici del 21 giugno 1999 (RS 0.172.052.68; cfr. allegato 1 del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 (CIAP; RL 730.500)). Occorre pertanto esaminare se la Cooperativa sia assoggettata all'ordinamento delle commesse pubbliche dapprima secondo le prescrizioni del CIAP, che traspone nel diritto cantonale gli impegni derivanti dai trattati internazionali.

### **E. 1.3**

Nel settore dei trattati internazionali, il CIAP è applicabile alle commesse definite nei trattati internazionali, in particolare, per quanto qui interessa, alle commesse di prestazioni di servizio quali quelle di architettura (art. 6 cpv. 1 lett. c CIAP; cfr. appendice 4 dell'allegato I dell' Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994; AAP ; RS 0.632.231.422 ). Sottostanno al CIAP, segnatamente, i cantoni, i comuni nonché le istituzioni di diritto pubblico a livello cantonale o comunale sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale (art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP). Il CIAP ha ripreso la regolamentazione instaurata dagli accordi internazionali in materia di commesse pubbliche, dove per istituzioni di diritto pubblico occorre intendere un'istituzione: 1) creata appositamente per soddisfare bisogni d'interesse generale senza carattere industriale e commerciale; 2) dotata di personalità giuridica; 3) e sulla quale lo Stato o altri poteri pubblici esercitano un'influenza dominante (cfr. DTF 147 II 264 consid. 4.1; Etienne Poltier , Droit des marchés publics, Berna 2014, n. 114 segg.; Martin Beyeler , Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo 2012, n. 174). Purché adempiano cumulativamente le tre predette condizioni, anche soggetti di diritto privato come le società

anonime ai sensi degli art. 620 segg. del codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO; RS 220) o le fondazioni ai sensi degli art. 80 segg. del codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC; RS 210) possono rientrare in questa definizione (STA 52.2017.287, pubblicata in: RtiD I-2021 n. 15 consid. 1.2; Beyeler, op.cit., n. 182 segg).

#### **E. 1.4**

La Cooperativa, società ai sensi dell'art. 828 segg. CO iscritta a registro di commercio, dispone senz'altro della personalità giuridica. La seconda condizione è quindi adempiuta.

#### **E. 1.5**

In relazione alla prima condizione si rileva che nel novero delle attività di interesse generale bisogna comprendere, in un senso ampio che va oltre i compiti strettamente riservati allo Stato, tutte le attività che perseguono un interesse collettivo e si dirigono alla società. In questa categoria rientra anche l'edificazione di appartamenti sociali destinati a persone e famiglie a basso reddito (DTF 147 II 264 consid. 4.2.2.1 con riferimenti). Obiettivo che è del resto enunciato anche all'art. 108 della Costituzione federale della Confederazione svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101) e concretizzato nella legge federale che promuove un'offerta di alloggi a pigioni e prezzi moderati del 21 marzo 2003 (LPrA; RS 842). Dallo statuto della Cooperativa approvato dall'assemblea costitutiva il 13 ottobre 2020 (statuto) emerge che la stessa è stata creata allo scopo di promuovere la costruzione di appartamenti a pigione moderata. Scopo per il quale essa ha anche ottenuto il riconoscimento quale ente di pubblica utilità ai sensi della predetta legge e della relativa ordinanza (art. 37 dell'ordinanza concernente la promozione di alloggi a pigioni e prezzi moderati del 26 novembre 2003 [OPrA; RS 824.1) dall'Ufficio federale delle abitazioni (documento disponibile sul sito internet della Cooperativa sotto Link e documenti). Si può quindi concludere che la società è stata creata appositamente per soddisfare un compito di interesse generale. Affinché la seconda condizione sia adempiuta occorre ancora che l'attività della Cooperativa non abbia carattere industriale e commerciale. Di primo acchito il fatto che la stessa operi senza scopo di lucro e metta in locazione i suoi appartamenti a prezzo di costo, rinunciando al conseguimento di un profitto indurrebbe ad ammettere anche il soddisfacimento di questo presupposto. La questione può tuttavia rimanere aperta e non merita approfondimento dal momento che, come si vedrà, la terza condizione non è soddisfatta.

#### **E. 1.6**

La terza e ultima condizione concerne il rapporto di dipendenza con lo Stato e si realizza quando si verifica alternativamente una delle tre ipotesi seguenti: l'attività dell'entità interessata è finanziata in maniera maggioritaria dallo Stato, da collettività territoriali o da organismi di diritto pubblico; oppure questi ultimi ne controllano la gestione; o infine, l'organo di amministrazione, di direzione o di sorveglianza è composto in maggioranza da membri designati dallo Stato, da collettività territoriali o da organismi di diritto pubblico (DTF 147 II 264 consid. 4.3.1). Nel caso concreto, dagli statuti si può desumere che l'attività della Cooperativa, volta come detto a procurare spazi abitativi a prezzo vantaggioso, sarà finanziata principalmente dalle pigioni incassate dalla locazione degli appartamenti. La Cooperativa beneficerà verosimilmente anche di sovvenzioni pubbliche, in particolare da parte della Confederazione nell'ambito di applicazione della LPrA (cfr. art. 4 e 39 statuto). Essa beneficia pure di una partecipazione del Comune di \_\_\_\_\_ sul canone stabilito alla concessione del diritto di superficie, di cui si dirà più avanti. Nulla

permette tuttavia di stabilire che la maggior parte dell'attività della società sarà finanziata da fondi pubblici. Lo esclude la società stessa, che in sede di risposta ha espressamente negato l'esistenza di partecipazione finanziaria da parte di poteri pubblici. Per quanto attiene alla gestione della Cooperativa, si rileva che essa è amministrata dal comitato direttivo, composto da cinque persone la cui maggioranza, secondo le disposizioni statutarie, deve essere costituita da soci della stessa (art. 24 statuto). Il presidente e il co-presidente sono nominati dall'assemblea generale, per la parte restante il comitato direttivo si costituisce da sé (art. 29 statuto). Attualmente la stessa conta sette soci, e meglio l'\_\_\_\_\_, l'Associazione \_\_\_\_\_, l'Associazione \_\_\_\_\_, l'Associazione \_\_\_\_\_ nonché tre persone fisiche. Il comitato direttivo è composto da cinque persone fisiche, che sono al contempo rappresentanti delle predette associazioni. Non emerge insomma che l'organo di amministrazione della società sia composto in maggioranza da membri designati dallo Stato o da altri enti pubblici. Nemmeno risulta che la gestione della società sia controllata da organismi di diritto pubblico. Occorre pertanto concludere che, in difetto di uno dei citati presupposti, la Cooperativa non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 CIAP.

#### **E. 1.7**

Resta quindi da verificare se il committente sia assoggettato alla legislazione sulle commesse pubbliche in virtù delle condizioni di favore accordate dal Comune di \_\_\_\_\_ nell'ambito della concessione del diritto di superficie del mappale su cui sorgerà lo stabile progettato. L'art. 8 cpv. 2 lett. b CIAP prevede che nel settore non contemplato dai trattati internazionali sottostanno al concordato oggetti e prestazioni sussidiati per più del 50 per cento dei costi complessivi. Più restrittiva, la LCPubb assoggetta al proprio capo di applicazione i committenti che sono sussidiati, per oggetti o prestazioni, in misura superiore alla metà della spesa computabile o a un milione di franchi (art. 2 lett. b LCPubb). Come ha già avuto modo di precisare il Tribunale federale, la nozione di sussidio include, in via di principio, anche le prestazioni in natura, le quali possono assumere più forme, come ad esempio i diritti d'uso, la concessione gratuita di un diritto di superficie o la messa a disposizione gratuita di terreni (STF 2P.117/2005 del 17 ottobre 2005 consid. 4; Beyeler, op.cit., n. 339 segg.). Dal profilo normativo la legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (LSu; RS 616.1) sancisce al suo art.

#### **E. 1.8**

Ora, non vi sono dubbi che la concessione di un diritto di superficie a condizioni di favore, per agevolare la società nell'adempimento di un compito di interesse generale, costituisce un sussidio ai sensi della giurisprudenza sopra richiamata. Lo conferma l'Esecutivo del Comune di \_\_\_\_\_ nel messaggio con cui ha sottoposto al Consiglio comunale l'approvazione della citata convenzione di impegno (cfr. supra, consid. A), in cui precisa che l'importo del canone è da considerare estremamente favorevole e consentirà alla cooperativa di proporre delle pigioni contenute, nel rispetto dello scopo perseguito dal Comune (messaggio municipale n. 10800 del 2 giugno 2021, pag. 4). Nemmeno la Cooperativa lo mette in discussione, limitandosi ad eccepire che il valore dello stesso non supera le soglie fissate dall'art. 2 lett. b LCPubb. Essa non si ritiene infatti assoggettata alla legislazione sulle commesse pubbliche in quanto la riduzione del canone accordata dal Comune di \_\_\_\_\_ non supererebbe fr. 1'000'000.- né la metà della spesa prevista per l'operazione immobiliare. Analoghe argomentazioni sono riportate nella convenzione di

impegno tra il Comune e la Cooperativa e nel relativo già citato messaggio municipale, così come nel bando di concorso indetto dal Municipio per l'assegnazione del diritto di superficie. Da questi documenti emerge come l'Esecutivo \_\_\_\_\_ abbia ritenuto che il finanziamento da parte del Comune sia costituito dalla riduzione del canone annuo (fr. 20'000.-) moltiplicata per il numero degli anni di pagamento dello stesso. La valutazione del valore del sussidio è sostanzialmente corretta e corrisponde cioè alla differenza tra il valore di mercato del canone e il corrispettivo a carico del beneficiario (cfr. Beyeler, op.cit., n. 342). Il beneficio concesso alla Cooperativa ammonta quindi, come ritenuto dall'ente banditore, a fr. 20'000.- annui, che moltiplicati per la durata per cui è stato previsto il diritto di superficie (53 anni) restituisce un importo di fr. 1'060'000.-. A ben vedere, la convenzione prevede che il canone dovrà essere pagato anticipatamente entro il 31 gennaio di ogni anno per l'anno di riferimento, la prima volta pro rata dalla conclusione dei lavori, in ogni caso entro tre anni dall'iscrizione a Registro fondiario del diritto di superficie (punto 9.2). Ciò significa che la Cooperativa potrebbe addirittura essere esentata da ogni pagamento per i primi tre anni dall'iscrizione del diritto di superficie, ciò che incrementerebbe l'importo del sussidio di fr. 40'180.- per ogni anno di mancato versamento. Il sussidio accordato alla Cooperativa per la realizzazione dello stabile di appartamenti a pigione moderata si situa pertanto tra fr. 1'060'000.- e fr. 1'180'650.-. Questo non supera la metà della spesa per l'intera operazione immobiliare (il cui investimento è stimato in fr. 10'000'000.-, cfr. programma di concorso capitolo 6.1.3; sul concetto di costi complessivi ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. b CIAP cfr. Beyeler, op.cit., n. 355 segg.), ma oltrepassa la soglia di fr. 1'000'000.- di cui all'art. 2 lett. b LCPubb. Da ciò discende l'applicabilità della legge cantonale al concorso di progetto indetto dalla Cooperativa. 2. 2.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è quindi data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. Nel caso concreto, con la comunicazione notificata all'insorgente per il tramite dei suoi legali, la Cooperativa ha fatto propria la raccomandazione della giuria e ha determinato di conseguenza il progetto vincitore. Questa può essere considerata alla stregua di una decisione impugnabile dal momento che la Cooperativa, non essendosi resa conto di essere assoggettata alla LCPubb, non ha emanato alcuna decisione formale di aggiudicazione. 2.2. Il ricorso è tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb). Per quanto attiene alla legittimazione del ricorrente a contestare l'esito del concorso (art. 65 cpv. 1 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100), si rileva quanto segue. Alla gara ha partecipato il gruppo interdisciplinare composto dall'arch. RI 2, quale capofila, assieme ad altre due ditte. Il gruppo interdisciplinare, come il consorzio, è una società semplice ai sensi dell'art. 530 della legge federale di complemento del codice civile svizzero (libro quinto: diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911 (CO; RS 220) che non ha capacità giuridica, né processuale. Solo i singoli membri della società, riuniti in un litisconsorzio necessario, fruiscono della legittimazione attiva (DTF 131 I 153 consid. 5), anche se per prassi questo Tribunale è solito riconoscere la potestà a ricorrere anche al consorzio in quanto tale, partendo dall'assunto che comparenti siano i suoi soci (STA 52.2018.130 dell'8 giugno 2018). Evenienza, quest'ultima, che non si verifica in concreto. Infatti, l'atto di ricorso è stato inoltrato solo da RI 2, senza alcun minimo accenno all'esistenza né del gruppo interdisciplinare né delle altre due società facenti parte del gruppo, circostanze da cui eventualmente dedurre che il gravame fosse stato presentato legittimamente anche a nome e nell'interesse delle stesse. Il ricorso, inoltrato dal capofila solo per sé, è pertanto irricevibile per difetto di legittimazione attiva del medesimo.

### E. 3

Anche qualora fosse stato ricevibile, il ricorso andrebbe comunque respinto nel merito.

### **E. 3.1**

In materia di commesse pubbliche il ricorso al Tribunale cantonale amministrativo è proponibile contro la violazione del diritto, compreso l'abuso e l'eccesso del potere di apprezzamento, e l'accertamento errato o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (cfr. art. 16 cpv. 1 CIAP). Il controllo dell'apprezzamento da parte di questo Tribunale non è quindi illimitato, ma circoscritto alla verifica che l'autorità decidente non abbia travalicato i limiti del potere discrezionale riservatole dalla legge o l'abbia esercitato in spregio dei principi generali del diritto. L'autorità di ricorso deve in particolare evitare di sostituire il proprio apprezzamento a quello della precedente istanza, limitandosi a censurare quelle decisioni che integrano gli estremi di una violazione del diritto sotto il profilo dell'eccesso o dell'abuso di potere. Ipotesi, quest'ultima, che si verifica unicamente nei casi in cui la decisione appare insostenibile, siccome priva di giustificazioni oggettive, fondata su considerazioni estranee o altrimenti lesiva dei principi fondamentali del diritto, segnatamente di quelli riferiti alla parità di trattamento o alla proporzionalità. In altre parole, l'autorità giudiziaria esamina liberamente se il committente ha applicato in modo corretto la legislazione determinante. In tale contesto, quando il diritto materiale lascia a quest'ultimo un ampio potere di apprezzamento, ciò che è il caso in particolare nella fase di valutazione e di confronto delle offerte, il giudice deve tuttavia badare a non interferire indebitamente nella libertà di decisione del committente. L'autorità giudiziaria non deve infatti sostituire il proprio potere di apprezzamento a quello dell'ente appaltante riguardo all'aggiudicazione di una commessa pubblica, perché in tal caso adotterebbe un giudizio di opportunità esaminando l'adeguatezza della decisione, e ciò non le è consentito. Ciò, in pratica, può essere equiparato ad un controllo limitato all'arbitrio (DTF 141 II 353 consid. 3).

### **E. 3.2**

Nell'ambito di una procedura per un concorso di progettazione, l'ampio potere di apprezzamento di cui dispone il committente è messo ancora più in evidenza, nella misura in cui per la decisione di aggiudicazione egli si affida a una giuria di esperti. Inoltre, per questo genere di commesse è solito concedere ai concorrenti una grande libertà a inoltrare progetti il più possibile creativi, per cui va evitato che l'autorità di ricorso adita si atteggi a giuria superiore (decisione incidentale TAF B-3544/2008 del 2 luglio 2008 consid. 7.1.3, commentata in: BR 2009 pag. 85 segg.). Il potere discrezionale della giuria verte tuttavia in particolare sul giudizio in merito alla qualità tecnica o architettonica delle proposte inoltrate. Nell'esercizio di questo potere la giuria, e di riflesso il committente, sono comunque vincolati al rispetto delle prescrizioni di gara stabilite nel bando, con la conseguenza che, se un progetto si discosta in maniera essenziale da tali prescrizioni, va escluso dalla procedura. La regola s'impone a garanzia dei principi fondamentali, validi anche per i concorsi di progettazione, della trasparenza della procedura e della parità di trattamento tra i concorrenti (STF 2P.260/2005 dell'8 marzo 2006 consid. 2.2). In particolare, laddove un bando di concorso prevede il rispetto delle norme di attuazione del piano regolatore, i progetti devono presentare sufficienti garanzie di realizzabilità. La portata dei vincoli pianificatori non può essere relativizzata in funzione del carattere preliminare della procedura di concorso per rapporto alla realizzazione concreta dell'opera. Nelle fasi che seguono il concorso è infatti possibile affinare la proposta presentata, ma non correggere delle irregolarità importanti (STF 2P.260/2005 citata consid. 2.3). Pertanto,

possono essere prese in considerazione eventuali modifiche insuscettibili di stravolgere le caratteristiche essenziali del progetto (cfr. STA 52.2005.229-230 citata consid. 3.3).

#### **E. 4**

Nel caso concreto, il ricorrente sostiene che il progetto vincitore meriti l'esclusione per aver violato le disposizioni di gara, prevedendo un accesso veicolare al fondo interessato dal concorso (mappale n. 498) attraverso il fondo n. 499, esterno al perimetro di concorso. Con le risposte alle domande dei concorrenti, il committente ha infatti precisato che tutti gli accessi dovevano essere inseriti all'interno di tale area (risposta 1.3). A questo proposito, la capofila del gruppo vincitore spiega di aver proposto un'ipotesi creativa, sfruttando una rampa di accesso al posteggio interrato della parcella vicina. Ciò senza costruire nuovi manufatti al di fuori dei limiti del fondo. Il committente, dal canto suo, osserva che in fase di analisi dei progetti sono state segnalate divergenze minori di alcune proposte rispetto al programma di concorso, le quali non sono state ritenute gravi al punto da comportarne l'esclusione dal concorso. Per la precisione, 13 progetti (tra cui C\_\_\_\_\_), non rispettavano per una decina di centimetri le distanze minime dal confine e un progetto (P\_\_\_\_\_ ) inseriva una possibile rampa oltre il lato nord dell'area di concorso. Per quanto opinabile possa apparire, la valutazione della giuria di mantenere in gara il progetto classificatosi al primo rango non è lesiva del diritto. Intanto, come osserva la CO 1, essa non ha previsto nuove edificazioni oltre l'area di concorso. In secondo luogo, se anche l'entrata dal fondo confinante non dovesse essere ritenuta fattibile o non conforme alle aspettative della committente, sembra del tutto plausibile che una diversa pianificazione degli accessi all'autorimessa sia realizzabile senza stravolgere il progetto. Lo stesso si può dire per quanto attiene all'asserita occupazione di un fondo contiguo (n. 488) per posteggi all'aperto. Gli aspetti contestati riguardano in altre parole elementi di dettaglio che potranno essere affinati nelle fasi successive senza stravolgere le caratteristiche essenziali del progetto. Per il resto, non vi è motivo di distanziarsi dalla valutazione, motivata, della giuria sul progetto P\_\_\_\_\_ di cui al rapporto del 9 marzo 2023. D'altro canto, non ci si può esimere dal rilevare che un approccio intransigente nell'esame della conformità alle prescrizioni di concorso (e a quelle edilizie) avrebbe dovuto sanzionare anche il progetto del gruppo guidato dall'insorgente, per cui è stato riscontrato (quantomeno) il mancato rispetto della distanza dal confine nella facciata sud (cfr. allegato 13).

#### **E. 5**

Visto quanto precede il ricorso, nella misura in cui è ricevibile, deve essere respinto.

#### **E. 6**

La tassa di giustizia è posta a carico del ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Non si assegnano ripetibili alle resistenti, che non si sono avvalse dell'assistenza di un legale (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. 3'500.-, già anticipata dal ricorrente, rimane 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 La presidente  
La vicecancelliera

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