

TI_GERICHTE 52.2024.278 vom 2. Juli 2024

TI Tribunale d'appello, 2024-07-02, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2024.278

FR: TI_GERICHTE 52.2024.278 du 2 juillet 2024

IT: TI_GERICHTE 52.2024.278 del 2 luglio 2024

Regeste

Commessa pubblica. Preimplicazione

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 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 730.510). Per quanto attiene alla legittimazione dell'insorgente, la cui offerta è stata esclusa dal concorso, si rileva quanto segue. Secondo la prassi del Tribunale federale, un offerente estromesso dalla gara non ha un interesse degno di protezione a ricorrere contro la delibera se, in caso di accoglimento del suo ricorso, non può vedersi attribuire la commessa. La legittimazione a ricorrere gli viene invece riconosciuta se domanda che venga indetto un nuovo concorso, dopo che la procedura sia stata invalidata (STA 52.2021.228 del 23 dicembre 2021 consid. 1.2). In tale caso egli può infatti partecipare al nuovo concorso e presentare una nuova offerta e possiede quindi un'effettiva possibilità di ottenere la commessa (DTF 141 II 14 consid. 4.7). Nel caso concreto, l'insorgente domanda l'annullamento dell'intero concorso sostenendo che il bando sarebbe irrimediabilmente viziato per diverse ragioni. Tra queste la possibilità, prevista dal committente, di subappaltare le prestazioni del perito, ciò che contravverrebbe in modo grave al principio di indipendenza imposto dalla legislazione applicabile in ambito ferroviario. Inoltre, il committente avrebbe allestito una stima delle ore utili allo svolgimento del mandato in maniera inattendibile e reso così impossibile una valutazione corretta delle offerte. In caso di accoglimento delle sue censure, che non appaiono d'acchito sprovviste di fondamento, l'intero concorso andrebbe annullato e il committente dovrebbe indirne uno nuovo, a cui la ricorrente potrebbe partecipare. D'altro canto, la ricorrente sostiene che il committente non abbia esaminato l'idoneità dei concorrenti e dei subappaltatori prima di procedere alla valutazione delle offerte e in particolare del criterio di aggiudicazione "attendibilità delle ore previste". L'analisi delle offerte in relazione al rispetto dei criteri di idoneità potrebbe condurre all'esclusione di taluni offerenti, modificando così la valutazione del predetto criterio che ha sancito l'esclusione della ricorrente. In caso di accoglimento della censura, che non appare d'acchito priva di fondamento, l'insorgente non solo potrebbe essere riammessa in gara, ma potrebbe addirittura risultare l'unica concorrente idonea. Ad essa vanno quindi riconosciute sufficienti possibilità di vedersi attribuire la commessa (art. 15 cpv. 1bis lett. d CIAP e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). L'abilitazione a contestare la delibera in favore del Consorzio M_____ le potrà invece essere riconosciuta solo in caso di accoglimento delle censure rivolte contro la sua estromissione dalla gara (cfr. STA 52.2016.330 del 9

novembre 2016 consid. 1). Il gravame, tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP), è pertanto ricevibile in ordine.

E. 1.2

Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAmM). La documentazione prodotta dalle parti, tra cui il carteggio completo trasmesso dal committente, permette al Tribunale di esprimersi con cognizione di causa.

E. 2

La ricorrente ravvisa un motivo di annullamento del concorso nel fatto che il committente non ha messo a disposizione di tutti i concorrenti il progetto di massima, allestito dall'insorgente stessa su mandato delle FART, che conteneva anche una stima degli onorari. La ricorrente sostiene che il committente avrebbe dovuto compensare il vantaggio concorrenziale derivante dalla sua partecipazione alla preparazione della commessa mettendo a conoscenza di tutti gli offerenti il progetto di massima nella sua integralità. Non avendolo fatto, esso avrebbe violato in modo grave il principio della parità di trattamento. La stima dei costi elaborata dall'insorgente, di fr. 350'000.- IVA esclusa, non riportata nel capitolato, sarebbe stata usata dal committente per definire il suo preventivo, depositato in busta chiusa. Se i concorrenti ne fossero stati a conoscenza non avrebbero offerto, come invece è stato il caso, cifre molto più elevate. L'importo preventivato si prestava inoltre a informare i concorrenti sul numero delle ore verosimilmente stimate dal committente per lo svolgimento dell'incarico, in concreto 2'824 ore: bastava infatti dividere il prezzo finale per la tariffa oraria media di fr. 125.-, indicata nelle prescrizioni generali d'appalto. L'unica concorrente che ha proposto un dispendio di tempo inferiore è infatti proprio l'insorgente medesima, che ha anche presentato l'offerta più vantaggiosa dal profilo economico.

E. 2.1

Secondo l'art. 35 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) gli offerenti che hanno partecipato alla preparazione della commessa non sono autorizzati a presentare un'offerta se il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati e se questa esclusione non pregiudica una concorrenza efficace tra offerenti. Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale, aggiunge il cpv. 2 della norma: a) la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari; b) la comunicazione dei partecipanti alla preparazione; c) la proroga dei termini minimi. Il cosiddetto impedimento da prevenzione (o "preimplicazione"; *Vorbefassung*, *préimplication*) è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura (cfr. STF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; STAF B-6653/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.1 con rimandi; Res Nyffenegger/Hans Ulrich Kobel, *Vorbefassung im Submissionsverfahren*, in BVR 2004, n. 2, pag. 49 segg.). La preimplicazione è infatti atta a disattendere il principio della parità di trattamento ancorato all'art. 1 cpv. 3 lett. b CIAP, che impone al committente di assicurare a tutti i concorrenti le stesse opportunità. Il concorrente che versa in tale situazione può essere tentato in effetti di indirizzare il committente a privilegiare la sua offerta o può sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite nell'ambito della preparazione del concorso (*Wissensvorsprung*; Peter Galli / André Moser/Elisabeth

Lang/Marc Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, III ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 1043 segg., n. 1067). L'impedimento per preimplicazione comporta in genere l'esclusione dell'offerta. L'offerente che chiede l'esclusione di possibili concorrenti preimplicati dalla gara e vuole dedurre un vantaggio da un'eventuale preimplicazione deve dimostrare che essi si sono procurati un vantaggio significativo di conoscenze del mandato messo in concorso e che detto vantaggio non può essere colmato con le misure ordinate dal committente (cfr. STAF B-6653/2016 citata consid. 8.2 e rinvii). Eccezioni sono ammesse quando il vantaggio di conoscenze è irrilevante o quando la collaborazione del concorrente prevenuto all'allestimento della documentazione di gara è soltanto marginale (cfr. STF 2P.164/2004 citata consid. 3.3; RtiD I-2014 n. 11 consid. 3.1, I-2009 n. 28 consid. 2.1 con rinvii; STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 3.4, 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3.1).

E. 2.2

Nel caso concreto, la ricorrente ha allestito il progetto di massima delle opere oggetto della commessa. Progetto che contemplava anche la stima degli onorari delle prestazioni di ingegnere, informazione non contenuta nel capitolato d'oneri. La committenza afferma di aver allestito il preventivo degli onorari unicamente sulla base del prevedibile costo dell'opera, dato a disposizione di tutti i concorrenti. Tale circostanza non appare di per sé inverosimile. Anzi, essa trova conferma nel preventivo dettagliato allegato al rapporto di valutazione. Tuttavia, non si può escludere che il preventivo allestito dalla RI 1 abbia giocato un ruolo, quantomeno nella scelta dei parametri applicati o nel controllo che l'ammontare non fosse fuori scala. Tant'è che le due stime dei costi sono sostanzialmente equivalenti. Il dato è stato oscurato ai concorrenti proprio per non svelare la stima delle ore, che doveva restare segreta (depositata in busta chiusa), in quanto sarebbe stata facilmente deducibile essendo nota la tariffa oraria media applicata. Il committente ha però permesso alla RI 1 di prendere parte alla gara, pur sapendo che era a conoscenza di un'informazione atta a incidere sull'allestimento delle offerte, su cui si era premurata di mantenere riserbo con tutti gli altri offerenti. Occorre pertanto concludere che la partecipazione della RI 1 costituisce un caso di preimplicazione ai sensi dell'art. 35 RLC Pubb/CIAP, tant'è che la medesima lo ammette.

E. 2.3

L'insorgente ritiene, come detto, che il committente abbia gravemente violato i principi della parità di trattamento e della trasparenza, non avendo messo in atto i correttivi previsti dall'art. 35 cpv. 2 RLC Pubb/CIAP. A suo giudizio, la disattenzione in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante andrebbe sanzionata con l'annullamento del concorso: non dovrebbe per contro porsi il quesito se la sua offerta dovesse essere esclusa. Sennonché, la stessa ha comunque partecipato al concorso senza eccepire alcunché e ha atteso l'esito negativo dello stesso per lamentare il fatto che il committente non abbia preso le misure necessarie (e a suo dire possibili) per compensare il suo vantaggio e mettere così tutti i concorrenti nelle stesse condizioni. Il comportamento dell'insorgente è manifestamente lesivo del principio della buona fede. Poste queste premesse, non si può che concludere che l'offerta della ricorrente, a causa dell'elaborazione del progetto di massima in cui ha allestito il preventivo per le prestazioni oggetto dell'appalto, doveva essere esclusa dal concorso per preimplicazione.

E. 3

Esclusa a ragione dalla gara, seppur per un motivo diverso da quello rilevato dall'ente appaltante, l'insorgente non è legittimata a contestare l'aggiudicazione della commessa al Consorzio M_____ . Il ricorso va quindi respinto nella misura della sua ricevibilità.

E. 4

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al gravame.

E. 5

La tassa di giustizia è posta a carico della ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAm). Non si assegnano ripetibili (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. 3'000.- è posta a carico della ricorrente, a cui va restituito l'anticipo versato in eccesso. 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 cancelliera

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