

TI_GERICHTE 52.2024.76 vom 7. Februar 2024

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2024.76

FR: TI_GERICHTE 52.2024.76 du 7 février 2024

IT: TI_GERICHTE 52.2024.76 del 7 febbraio 2024

Regeste

Commesse pubbliche. Decisione di esclusione priva di sufficiente motivazione. Esclusione comunque giustificata a per prodotti non conformi. Valutazione del programma lavori sostenibile (divieto di modificare offerta)

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).

E. 1.2

Il ricorso (b) è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 8'000.- è posta a carico della CO 3 in ragione di 3'000.- e a carico dei membri del Consorzio F_____ per fr. 5'000.-. Agli stessi è restituito l'anticipo versato in eccesso. Al CO 4 è riconosciuto un importo complessivo di fr. 5'000.- a titolo di ripetibili, per un mezzo a carico della CO 3 (fr. 2'500.-) e per un mezzo a carico del Consorzio F_____ (fr. 2'500.-). 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 all'art. 83 lett. f LTF. 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo La
presidente La cancelliera

E. 1.3

Avendo per oggetto la stessa procedura di aggiudicazione, i ricorsi possono essere evasi con un'unica decisione (art. 76 cpv. 1 LPAm), sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAm).

E. 2

La ricorrente (a) eccepisce la violazione del suo diritto di essere sentita per carenza di motivazione della decisione impugnata.

E. 2.1

La natura e i limiti del diritto di essere sentito sono determinati innanzitutto dalla normativa procedurale cantonale: giusta l'art. 46 LPAm, ogni decisione deve essere motivata per scritto e intimata alle parti con l'indicazione dei mezzi e del termine di ricorso. L'obbligo di motivazione è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività dell'amministrazione, a favorire la comprensione del provvedimento da parte degli interessati, a salvaguardare l'esercizio del

loro diritto di difesa ed a permettere all'istanza di ricorso di pronunciarsi sulla legittimità dell'atto impugnato (cfr. DTF 135 II 286 consid. 5.1, 123 I 31 consid. 2c; Marco Borghi/Guido Corti , Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, ad art. 26, n. 1). L'art. 33 cpv. 2 LCPubb, applicabile alla presente fattispecie grazie al rinvio di cui all'art.

E. 2.2

La violazione dell'obbligo di motivazione trae di principio seco l'annullamento della decisione impugnata indipendentemente dalla fondatezza delle contestazioni di merito (cfr. DTF 135 I 187 consid. 2.2, 125 I 113 consid. 3e). Eventuali carenze di motivazione possono nondimeno essere sanate davanti all'istanza di ricorso: a tal fine occorre che il committente fornisca la motivazione mancante e che all'insorgente sia data la possibilità di prendere posizione sugli argomenti addotti (cfr. DTF 137 I 195 consid. 2.3.2; RDAT II-2002 n. 43; STA 52.2023.18 del 21 settembre 2023 consid. 2.2 e rimandi).

E. 2.3

Con la decisione impugnata il committente ha sancito l'esclusione dell'offerta della CO 3 in quanto non rispetta l'esigenza dettata dal capitolato relativa ai criteri di idoneità secondo pos. 261.100 delle disposizioni particolari CPN 102, in particolare non è stato ottemperato il seguente criterio: "261.100 Le varianti tecniche, in fase di appalto, non sono ammesse" , senza specificare nulla di più al riguardo. Essa fa sì riferimento al rapporto tecnico-economico del progettista del 5 febbraio 2024, che tuttavia non vi era allegato. Ora, occorre dare atto alla ricorrente, e lo ammette lo stesso committente, che la decisione di esclusione non brilla per chiarezza. La decisione di esclusione era pertanto priva di sufficiente motivazione e non poteva essere ritenuta idonea a porre l'insorgente nella condizione di valutare la possibilità di inoltrare ricorso contro la stessa. Omettendo di motivare, almeno succintamente, la propria risoluzione, il committente ha violato il diritto di essere sentito della ricorrente. La circostanza, comunque contestata da quest'ultima, secondo cui i rappresentanti della ricorrente avrebbero ottenuto dai consulenti della stazione appaltante un'ampia spiegazione orale circa i motivi dell'estromissione della propria offerta in occasione dell'incontro del 13 febbraio 2024, non dispensava il committente dal fornire una motivazione scritta adeguata, conformemente alle esigenze minime imposte dalla legge.

E. 2.4

La violazione del diritto di essere sentito dell'insorgente può comunque essere ritenuta sanata in questa sede, in cui la stazione appaltante ha fornito la motivazione mancante e versato agli atti l'intero carteggio. L'insorgente ha avuto modo di esprimersi compiutamente al riguardo dinanzi al Tribunale, che rivede liberamente fatti e diritto. Della lesione dei diritti dell'insorgente sarà tenuto conto nella ripartizione di tassa di giustizia e spese. 3. 3.1. 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 cpv. 3 lett. b e c CIAP, art. 11 lett. a CIAP). 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. 40 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato internazionale 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. 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 così come 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 (STF 2C_458/2008 del 15 dicembre 2008 consid. 3.1; 2P.339/2001 del 12 aprile 2002 consid. 5 c/cc in: R DAT II-2002 n. 47 pag. 158 segg.; STA 52.2009.128 del 20 luglio 2009 consid. 6; Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, Lugano 2008, pag. 34). 3.2. Per principio, dopo la scadenza del termine per l'inoltro, le offerte non possono più essere rettificate e/o completate (RtiD I-2012 n. 17, STA 52.2017.373 del 26 febbraio 2018 consid. 3.2). Tale principio discende dal divieto di negoziazioni stabilito all'art. 11 lett. c CIAP, dal quale viene tra l'altro dedotto il principio dell'intangibilità dell'offerta alla scadenza del termine per il suo inoltro (principe de l'intangibilité de l'offre ; Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote ; STF 2C_913/2022 del 3 agosto 2023 consid. 4.2). In base ad esso, dopo il suo deposito un'offerta non può essere né modificata, né completata, né corretta e dev'essere valutata solo sulla base del dossier che l'accompagna (DFT 141 II 353 consid. 8.2.2; STF 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1; Jean-Michel Brahier, Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation, in: Marchés Publics 2018, pag. 279). La rettifica di errori aritmetici è però ammessa (art. 42 cpv. 3 RLCPubb/CIAP). Inoltre, il committente ha una facoltà d'indagine, che si traduce nel diritto di chiedere all'offerente l'analisi di determinati elementi dell'offerta, assegnandogli un termine per provvedervi (art. 43 RLCPubb/CIAP). Tale possibilità va comunque riservata a chiarire aspetti dell'offerta e non può invece condurre a una modifica della stessa (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berna 2014, n.354; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, III ed., Zurigo 2013, n. 710 segg.). In questo caso, vanno comunque salvaguardati il principio della parità di trattamento tra i concorrenti e quello della trasparenza (STA 52.2007.214 del 17 ottobre 2007 consid. 2).

E. 4

La ricorrente (a) contesta l'esclusione della propria offerta, sostenendo che gli ancoraggi passivi permanenti proposti sarebbero da considerare equivalenti a quelli previsti dal capitolato.

E. 4.1

Nel caso concreto, l'elenco prezzi forniva i seguenti dettagli tecnici degli ancoraggi passivi permanenti richiesti alla pos. 430.110 CPN 164 (pag. 41): Tipo Stahlton SpannTop (o prodotto equivalente). Diametro 36mm Acciaio inox. Fsk=670 MPa. Ep= 195'000 MPa. Grado di protezione alla corrosione: livello 2b (SIA267). Lunghezza totale barra 12m. Inclinazione verticale 7°. Teste di ancoraggio complete di tutti gli accessori secondo schede tecniche prodotti e dettagli su piano di progetto, piastre 200x200x10, in acciaio inox. e dava ai concorrenti la possibilità di proporre un prodotto equivalente a quello indicato.

E. 4.2

La ricorrente ha proposto un prodotto alternativo a quello menzionato negli atti di gara, denominato Sireg-Durglass Round Soilnails . Trattasi di barre/profili in vetroresina impregnati in una matrice di poliestere, contemplati dall'art. 11.6.4 della norma SIA 267 quali ancoraggi passivi alternativi alle barre in acciaio (doc. 2 e allegati). A ragione il committente l'ha esclusa dalla gara ritenendo il modello di ancoraggi offerto non conforme alle esigenze del capitolato, che richiedevano espressamente ancoraggi in acciaio (pos. 430.100 CPN 164). Parimenti a ragione l'ente banditore ha reputato il prodotto alternativo indicato dall'insorgente inadeguato per l'intervento previsto, in quanto utilizzabile unicamente per gli ancoraggi temporanei, di breve durata. Invano la ricorrente tenta di argomentare che l'utilizzo del termine Durglass (barre in vetroresina con funzione temporanea) in luogo di Glasspree (barre in vetroresina con funzione permanente) sarebbe il frutto di un evidente fraintendimento meramente lessicale . A parte il fatto che la dicitura Durglass è ripetuta per ben quattro volte nell'offerta della ricorrente (pag. 41 e 99) di modo che è assai difficile pensare che si sia trattato di un refuso, resta il fatto che la proposta di barre in vetroresina tipo Sireg-Durglass Round Soilnails con funzione temporanea, quale prodotto alternativo alle barre in acciaio con un grado di protezione alla corrosione tale da garantire la loro funzionalità per un periodo a lungo termine e quindi con funzione permanente, come richiesto dal capitolato (vedi inoltre la pos. 032.280 CPN 164), rappresenta una variante tecnica non ammessa dalle regole di gara (cfr. pos. 261.600). A maggior ragione s'imponeva dunque di escludere l'offerta della ricorrente dalla gara. Alla luce di questi dati e in assenza di altri elementi che potessero far pensare a una svista nella presentazione del prodotto, il committente non era tenuto a interpellare l'insorgente per ottenere chiarimenti su quanto proposto. Che possa essersi trattato di un errore nella compilazione dell'offerta non giova alla ricorrente, a cui spettava assicurarsi che la documentazione da essa inviata fosse completa, corretta e comprensibile, in modo tale da permettere al committente di valutare l'offerta senza particolari indagini. L'offerta, così come presentata, risultava difforme dalle esigenze poste dalla committenza. L'esclusione della stessa è pertanto pienamente sostenibile e non viola il divieto di formalismo eccessivo. In quanto rivolto contro l'esclusione dalla gara, il ricorso va quindi disatteso senza che occorra esaminare le ulteriori censure dell'insorgente.

E. 5.1

Esclusa a ragione dal concorso, la ricorrente non è legittimata a contestare l'aggiudicazione al Consorzio V_____. Per ragioni deducibili dal principio della parità di trattamento (art. 8 cpv. 1 Cost.) occorre tuttavia verificare se, come essa sostiene, la committenza avrebbe dovuto scartare anche la sua offerta. Le contestazioni sollevate su questo tema sono infatti proponibili, poiché non riguardano la decisione di aggiudicazione, ma quella di esclusione, che risulterebbe per finire discriminatoria qualora le critiche dell'insorgente dovessero rivelarsi fondate (Cassina , op. cit., pag. 63-64; STA 52.2017.373 del 26 febbraio 2018 consid. 3.1 e rinvii).

E. 5.2

La ricorrente sostiene, in modo del tutto generico, che l'aggiudicatario andrebbe estromesso dalla gara siccome non avrebbe notificato tutti i subappalti, in particolare quelli concernenti le prove su materiali, ancoraggi attivi e ancoraggi passivi. Premesso che il fatto di affidare a terzi le prove sui materiali e sugli ancoraggi non è costitutivo di un subappalto (cfr. la STA 52.2013.430 del 27 novembre 2013 consid. 3.2), in assenza di indicazioni relative a subappaltatori per le prove prescritte a capitolato, il committente poteva legittimamente

ritenere che le stesse sarebbero state eseguite direttamente dall'offerente. Ne segue che al Consorzio vincitore non è addebitabile la disattenzione delle prescrizioni concorsuali denunciata dalla ricorrente. La sua offerta non può quindi essere esclusa.

E. 5.3

Visto quanto precede, il ricorso della CO 3 va respinto nella misura in cui è ricevibile.

E. 6

Programma uguale a programma di riferimento +/- 30% nota 0 Per gli altri programmi interpolazione lineare

E. 6.1

Il bando di concorso annunciava il seguente metodo di valutazione del criterio di aggiudicazione programma lavori (capitolato d'appalto, pos. 224.510/520): pos. 224.510 Termini proposti (sottocriterio 50%) Il punteggio sarà assegnato applicando la seguente formula: programma offerto più breve (t.min): nota 6 altri offerenti (t.off): $nota = 6 - 5 \times (t.off - t.min) / (t.min \times 0.40)$ Valori negativi conseguono la nota 0 (zero) L'offerente dovrà garantire i tempi di esecuzione indipendentemente dalla data stabilita per l'inizio dei lavori. Numero di giorni lavorativi proposti dall'offerente Esecuzione completa delle opere in appalto Il punteggio sarà calcolato moltiplicando la Nota x 100 x la ponderazione relativa. pos. 224.520 Plausibilità del programma lavori (sottocriterio 50%) Ogni programma lavori proposto viene confrontato con il programma di riferimento (p.rif.). Il programma di riferimento viene definito quale media di tutti quelli validi pervenuti, trascurando, qualora il loro numero sia uguale o superiore a 5, i programmi rispettivamente più breve e più lungo (cioè quelli estremi). In caso di programma lavori equivalenti, verrà trascurato un solo programma estremo. La nota viene assegnata nel seguente modo: Programma uguale al programma di riferimento +/- 5% nota

E. 6.2

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 (cfr. DTF 104 Ia 206; RDAT I-1994 n. 34; STA 52.2020.378 del 2 novembre 2020 consid. 2 e riferimenti).

E. 6.3

Nella sua offerta, il Consorzio ricorrente ha proposto di eseguire le opere in appalto in 193 giorni (pos. 224.510 CPN 102). In sede di verifica delle offerte, il consulente del

committente ha chiesto a tutti i concorrenti delucidazioni in merito alla durata dei lavori esposta alla pos. 224.510 CPN 102. Rispondendo alle domande poste, il ricorrente ha da un lato allegato il programma lavori dettagliato richiesto e fornito le conferme esatte dalla committenza, con la precisazione per cui sulla base della nostra esperienza, sono stati calcolati dai 7 agli

E. 8

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione delle domande cautelari tendenti alla concessione dell'effetto sospensivo ai gravami.

E. 9

La tassa di giustizia è posta a carico delle parti ricorrenti (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Nel caso della CO 3 essa sarà ridotta per tenere conto dell'omessa motivazione della decisione impugnata (supra, consid. 2.3.). Le ricorrenti sono tenute a rifondere al committente, patrocinato da un legale, congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmM). Per questi motivi, decide: 1. 1.1. Nella misura in cui è ricevibile il ricorso (a) è respinto.

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