

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C_445/2017

Sentenza del 9 giugno 2017

II Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Seiler, Presidente,
Aubry Girardin, Donzallaz,
Cancelliera Ieronimo Perroud.

Partecipanti al procedimento
Consorzio A._____, composto da,
1. B._____ SA,
2. C._____ Sagl,
patrocinato dall'avv. Curzio Fontana,
ricorrente,

contro

1. Consorzio D._____,
2. Ufficio federale delle strade USTRA, 3003 Berna, patrocinato dall'avv. Romina Biaggi,
opponenti.

Oggetto
Appalti pubblici,

ricorso contro la sentenza emanata il 6 aprile 2017 dal Tribunale amministrativo federale, Corte II.

Fatti:

A.

Il 28 luglio 2015 l'Ufficio federale delle strade USTRA ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura libera, concernente una commessa di servizi (ispezione di manufatti lungo la N02 in Ticino e la N13 in Mesolcina) per il periodo 2016-2020 e suddivisa in tre lotti. In data 3/16 febbraio 2016 l'Ufficio federale delle strade USTRA, al quale erano pervenute nove offerte, ha aggiudicato la commessa relativa al lotto 1 al Consorzio D._____.

B.

Il 16 marzo 2016 il Consorzio A._____, composto da B._____ SA e da C._____ Sagl (di seguito: Consorzio A._____ o ricorrente), secondo classificato, ha contestato dinanzi al Tribunale amministrativo federale l'aggiudicazione al Consorzio D._____, censurando la violazione del proprio diritto di essere sentito sotto diversi aspetti (accesso agli atti, motivazione della pronuncia contestata) nonché delle norme sulla ricusa (la relativa richiesta concernente dei membri di società che avevano funto quali supporti nell'ambito della commessa essendo stata respinta), del principio della trasparenza e di quello della concorrenza efficace. Il gravame è stato respinto con sentenza del 6 aprile 2017 dal Tribunale amministrativo federale, Corte II.

C.

L'11 maggio 2017 il Consorzio A._____ ha presentato dinanzi al Tribunale federale un ricorso in materia di diritto pubblico con cui chiede che la sentenza contestata, nella misura in cui non venisse accertata l'illiceità dell'aggiudicazione, sia annullata e gli atti rinviati all'autorità precedente per nuovo giudizio.

Non è stato ordinato alcun atto istruttorio.

Diritto:

1.

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la sua competenza (art. 29 cpv. 1 LTF), rispettivamente l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti (DTF 141 II 113 consid. 1 pag. 116; 140 I 252 consid. 1 pag. 254).

2.

2.1. In ambito di commesse pubbliche, il ricorso in materia di diritto pubblico è ammissibile solo se il valore dell'appalto raggiunge uno di quelli previsti dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF e, cumulativamente, se la fattispecie pone una questione di diritto d'importanza fondamentale giusta l'art. 83 lett. f n. 2 LTF (DTF 138 I 143 consid. 1.1 pag. 146; 134 II 192 consid. 1.2 pag. 194 seg.). Incombe alla parte ricorrente (art. 42 cpv. 2 LTF) dimostrare l'adempimento di queste due condizioni, pena l'inammissibilità dell'impugnativa (DTF 141 II 14 consid. 1.2 pag. 20 seg.).

2.2. Nella fattispecie è incontestato che la causa concerne una commessa di servizi di un costo largamente superiore all'importo determinante per l'applicazione della legge sugli acquisti pubblici (cfr. art. 6 cpv. 1 lett. b della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub; RS 172.056.1] e art. 1 dell'ordinanza del DEFR del 23 novembre 2015 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2016 e 2017 [RU 2015 4743]).

2.3. L'esistenza di una questione di diritto d'importanza fondamentale, apprezzata in funzione del contenuto della controversia sottoposta al Tribunale federale, va ammessa in modo restrittivo (cfr. DTF 141 II 113 consid. 1.4 pag. 118 e rinvii). Per ritenere adempiuto il presupposto dell'art. 83 lett. f n. 2 LTF non basta che il Tribunale federale non si sia mai pronunciato sulla problematica sottopostagli. Occorre inoltre che sia necessario, nel caso concreto, risolvere una questione che dà luogo ad un'incertezza qualificata che richiede in maniera impellente un chiarimento da parte del Tribunale federale quale autorità giudiziaria suprema incaricata di assicurare un'interpretazione uniforme del diritto federale (DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 pag. 118 seg; 141 III 159 consid. 1.2 pag. 161; 139 III 209 consid. 1.2 p. 210; 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147). Quando si tratta unicamente di applicare al caso concreto i principi sviluppati dalla giurisprudenza non si è manifestamente in presenza di una questione di diritto d'importanza fondamentale (sentenza 2C_6/2016 del 18 luglio 2016, consid. 1.4.1 non pubblicato in DTF 142 II 369).

Viceversa può accadere che una questione già risolta dal Tribunale federale costituisca una questione di diritto d'importanza fondamentale. Ciò è il caso segnatamente quando la giurisprudenza al riguardo non sia chiara né costante oppure quando dà luogo a molte critiche da parte della dottrina (DTF 141 II 14 consid. 1.2.2.1 pag. 21; 141 II 113 consid. 1.4.1 pag. 118 seg.). In ogni caso, la questione di diritto d'importanza fondamentale deve riferirsi alle commesse pubbliche (DTF 141 II 113 consid. 1.4.1 pag. 119 e riferimenti; sentenza 2C_6/2016 citata, consid. 1.4.1 non pubblicato in DTF 142 II 369). Determinante è l'importanza generale dell'elemento litigioso, non il suo significato o le sue ripercussioni per le parti coinvolte nel caso specifico (DTF 139 III 209 consid. 1.2 pag. 210; 138 I 143 consid. 1.1.2 pag. 147; sentenze 2C_484/2008 del 9 gennaio 2009 consid. 1.3.2. non pubblicato in DTF 135 II 49; 2C_559/2008 del 17 dicembre 2008 riassunta in RtiD 2009 II pag. 133 seg., consid. 1.2 pag. 135, tutte con rinvii giurisprudenziali e/o dottrinali).

2.4. Il ricorrente intravede la questione di diritto d'importanza fondamentale nel fatto che il committente ha rifiutato di trasmettergli l'offerta completa dell'aggiudicatario con tutti i documenti giustificativi, comunicandogli invece solo alcuni elementi ivi relativi. Al di là del fatto che sarebbe sistematico da parte dell'Ufficio federale delle strade USTRA limitare l'accesso agli atti, comportamento confermato dal Tribunale amministrativo federale, un tal modo di procedere gli precluderebbe la possibilità di verificare se l'offerta dell'aggiudicatario dev'essere scartata per motivi formali o materiali e, di conseguenza, di difendersi correttamente. Ora, la questione della limitazione dell'accesso agli atti in relazione con la legge sugli acquisti pubblici non è mai stata, a suo avviso, trattata dal Tribunale federale: detta problematica costituisce pertanto una questione di diritto d'importanza fondamentale. Lo stesso dicasi per quanto concerne la ricusa - negata - delle persone che hanno preparato i rapporti di valutazione e sono state integrate quali specialiste nella giuria che valuta le offerte, allorché sono membri di società concorrenti.

2.5. Sennonché in realtà il ricorrente fa valere unicamente una lesione di carattere procedurale. In effetti, la sua censura si riferisce all'applicazione di principi costituzionali, più precisamente verte sull'esame del rispetto del diritto di essere sentito, uno degli aspetti della nozione generale del processo equo ai sensi dell'art. 29 Cost., che comprende il diritto di prendere conoscenza degli atti sottoposti dalle altre parti all'autorità e di potersi esprimere in proposito, indipendentemente dalla loro

rilevanza per il giudizio (DTF 139 I 189 consid. 3.2 pag. 191 seg. e riferimenti). Questo diritto non è tuttavia assoluto e può essere limitato, adempiute determinate esigenze, segnatamente al fine di salvaguardare interessi pubblici o privati preponderanti (sentenza 2D_77/2010 del 19 luglio 2011 consid. 2.3 e richiami) limitazione che, come già giudicato a più riprese da questa Corte, trova applicazione anche in materia di diritto delle commesse pubbliche (DTF 139 II 489 consid. 3.3 pag. 496; sentenze 2C_277/2013 del 7 maggio 2013 consid. 1.5; 2C_890/2008 del 22 aprile 2009 consid. 5.3.3. con rispettivi rinvii; vedasi anche art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub; art. XIV cpv. 3 AAP [RS 0.632.231.422]; art. 11 lett. g CIAP [RS 172.056.5]). Ora, come già illustrato in precedenza, quando il punto sollevato concerne l'applicazione di principi giurisprudenziali a una fattispecie particolare, non si è in presenza di una questione di diritto di importanza fondamentale (sentenza 2C_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 1.1.1 e 1.1.2 con rinvii). Senza dimenticare che la stessa va apprezzata in funzione del contenuto della controversia sottoposta al Tribunale federale, non delle autorità intervenute nella vertenza.

2.6. Il ricorrente intravede un'ulteriore questione di diritto di importanza fondamentale nella lamentata disattenzione da parte del committente delle norme sulla ricusa. A prescindere dal fatto che è dubbio che detta censura adempia le esigenze di motivazione poste dai combinati art. 42 cpv. 2 e 106 cpv. 2 LTF, va osservato che anche in questo caso non si è in presenza di una questione di diritto d'importanza fondamentale, dato che i principi applicabili in materia di ricusa sono oggetto di un'ampia ed attestata giurisprudenza (vedasi DTF 139 III 120 consid. 3.2.1 pag. 124; 138 I 1 consid. 2.2 pag. 4 e rispettivi riferimenti).

2.7. Premesse queste considerazioni il ricorso in materia di diritto pubblico è di conseguenza inammissibile.

3.

Oggetto d'impugnazione è una sentenza del Tribunale amministrativo federale: non è di conseguenza nemmeno aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF).

4.

Le spese seguono la soccombenza (art. 65 e 66 cpv. 1 LTF). Non si assegnano ripetibili ad autorità vincenti (art. 68 cpv. 3 LTF) né alla controparte la quale, oltre a non essersi avvalsa dell'assistenza di un legale iscritto all'albo degli avvocati e di non essere quindi incorsa in spese necessarie suscettibili di essere risarcite (art. 68 cpv. 2 LTF), non è stata nemmeno invitata a determinarsi.

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.

Il ricorso è inammissibile.

2.

Le spese giudiziarie di fr. 2'000.-- sono poste a carico del ricorrente.

3.

Comunicazione alle parti rispettivamente ai loro patrocinatori e al Tribunale amministrativo federale, Corte II.

Losanna, 9 giugno 2017

In nome della II Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero

Il Presidente: Seiler

La Cancelliera: Ieronimo Perroud