

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C_670/2014

Sentenza del 19 novembre 2014

Il Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Zünd, Presidente,
Seiler, Aubry Girardin,
Cancelliere Savoldelli.

Partecipanti al procedimento
Consorzio A. _____, composto da:

1. B. _____,
 2. C. _____,
- entrambi patrocinati dagli avv. Mario Molo e Davide Cerutti,
ricorrenti,

contro

Consorzio D. _____, composto da:

1. E. _____,
 2. F. _____,
 3. G. _____,
 4. H. _____,
- opponenti,

Dipartimento del territorio del Cantone Ticino,
Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti,
Palazzo amministrativo 3, 6501 Bellinzona,
Consiglio di Stato del Cantone Ticino, per il tramite del Dipartimento del territorio,
Divisione delle costruzioni,
Palazzo amministrativo 3, 6501 Bellinzona,

Oggetto
Appalti pubblici,

ricorso in materia di diritto pubblico e ricorso sussidiario in materia costituzionale contro la sentenza emanata il 17 giugno 2014 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.

Fatti:

A.

Con pubblicazione sul foglio ufficiale del Cantone Ticino n. 74/2013, il Dipartimento del territorio ticinese ha indetto un concorso regolato dal concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 (CIAP; RL 7.1.4.1.3) ed impostato secondo la procedura libera, concernente l'aggiudicazione del servizio di spandimento di sale sulle strade cantonali per il periodo 2014-2025. Il bando di concorso, contro gli elementi del quale non è stato inoltrato nessun ricorso, segnalava che i 1'050 km della rete delle strade cantonali erano stati suddivisi in 14 lotti, a loro volta ripartiti in 39 settori.

Le disposizioni particolari CPN 102, facenti parte degli atti d'appalto, erano impostate in maniera identica per tutti i lotti messi separatamente a concorso. L'elenco dei lotti e dei relativi settori era esposto alla posizione 161.100, mentre i criteri di idoneità delle ditte concorrenti, legittimate a presentarsi in consorzio, e le caratteristiche dei veicoli richiesti per ogni zona erano enumerati alla posizione 223.100. Per verificare la capacità dei concorrenti ad eseguire la commessa, questi ultimi erano nel contempo tenuti a fornire informazioni sui propri effettivi, le generalità del personale conducente, nonché diversi dati concernenti il veicolo impiegato. Le informazioni richieste andavano comunicate completando gli appositi spazi nel fascicolo "dichiarazioni dell'offerente", indicando pure alcuni elementi dell'iscrizione della ditta concorrente nel registro di commercio.

B.

Per il lotto D2 (Bellinzona-Valle Morobbia, suddiviso a sua volta in tre settori), ed entro il termine impartito, sono giunte al committente le seguenti offerte:

Consortio_A. _____, formato_da: B. _____ e_da C. _____	xxx_CHF
Consortio_D. _____, formato_dalle_ditte: E. _____, F. _____, G. _____, H. _____	xxx_CHF

Proceduto al loro esame, in applicazione delle prescrizioni di gara, con risoluzioni del 26 marzo 2014 il Consiglio di Stato ha escluso dalla procedura il Consortio A. _____, siccome non rispettava i criteri di idoneità previsti (risoluzione n. 1516), e assegnato la commessa al Consortio D. _____ (risoluzione n. 1515).

Adito dai membri del consorzio escluso, con sentenza del 17 giugno 2014 il Tribunale cantonale amministrativo ha: (1) confermato la violazione delle norme "formanti la lex specialis del concorso" (bando, disposizioni particolari, documenti acclusi alle stesse) e respinto il ricorso interposto contro la risoluzione di esclusione; (2) dichiarato inammissibile il ricorso interposto contro la risoluzione di aggiudicazione, poiché dei concorrenti a ragione esclusi da una gara non sono legittimati ad opporsi all'aggiudicazione a terzi.

C.

Con ricorso in materia di diritto pubblico e ricorso sussidiario in materia costituzionale del 25 luglio 2014, la B. _____ e C. _____ hanno impugnato quest'ultimo giudizio davanti al Tribunale federale, postulandone l'annullamento sia in via principale che subordinata.

In corso di procedura, i membri del Consortio D. _____ e il Consiglio di Stato del Cantone Ticino, per il tramite della Divisione delle costruzioni, hanno domandato che il ricorso sia dichiarato inammissibile rispettivamente che lo stesso sia respinto. L'Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti e il Tribunale cantonale amministrativo hanno per contro rinunciato a formulare osservazioni.

Con decreto presidenziale del 9 settembre 2014, l'istanza di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso è stata respinta. Gli insorgenti hanno poi ribadito le proprie richieste con una breve replica.

Diritto:

1.

1.1. Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la sua competenza (art. 29 cpv. 1 LTF) e l'ammissibilità dei gravami che gli vengono sottoposti (DTF 136 I 42 consid. 1 pag. 43). In ambito di commesse pubbliche, il ricorso in materia di diritto pubblico è ammissibile solo se il valore dell'appalto raggiunge 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 134 II 192 consid. 1.2 pag. 194 seg.). Nel caso le due condizioni di ammissibilità non siano adempiute, resta da verificare se sia aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF).

1.2. L'esistenza di una questione giuridica d'importanza fondamentale va ammessa in maniera restrittiva (DTF 133 III 493 consid. 1.1 pag. 494).

Per ritenere adempiuto il presupposto dell'art. 83 lett. f n. 2 LTF non è sufficiente che il Tribunale federale non abbia mai avuto modo di pronunciarsi sulla questione che gli viene sottoposta; occorre piuttosto che il problema giuridico sollevato sia suscettibile di ripresentarsi nei medesimi termini in svariati casi analoghi, per cui la sua soluzione può fungere da riferimento per la prassi; la questione aperta o controversa, che deve essere inerente al regime giuridico in materia di acquisti pubblici, deve inoltre avere portata tale da richiedere un chiarimento da parte della più alta istanza giudiziaria federale (DTF 139 III 209 consid. 1.2 pag. 210; 138 I 143 consid. 1.1 pag. 147; 137 II 313 consid. 1.1 pag. 316 e 134 II 192 consid. 1.3 pag. 195; sentenze 2C_720/2012 del 1° febbraio 2013 consid. 1.2; 2C_706/2009 del 4 maggio 2010 consid. 2.2 e 2C_559/2008 del 17 dicembre 2008 consid. 1.2 con ulteriori rinvii a giurisprudenza e dottrina).

1.3. Nella fattispecie, gli insorgenti considerano che la causa presenti due questioni di importanza fondamentale. Da una parte, ritengono determinante fare luce sulla liceità della prassi, attestata a loro avviso dalla numerazione delle delibere del Consiglio di Stato (n. 1515 per la decisione di aggiudicazione; n. 1516 per la decisione di esclusione), di aggiudicare l'appalto, escludendo i concorrenti che non adempivano ai requisiti solo in un secondo tempo. D'altra parte, considerano che il caso in esame imponga al Tribunale federale di esprimersi in maniera vincolante sulla portata del termine "ditta", così che esso possa risultare in futuro chiaro per tutto l'ambito degli appalti pubblici. La loro opinione non può essere tuttavia condivisa. Come vedremo, la prima questione si risolve in effetti già con l'attenta lettura della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli oppositori. Per quanto riguarda la seconda questione, essa si esaurisce invece nella contestazione dell'interpretazione data a disposizioni (bando, disposizioni particolari, documenti acclusi alle stesse) che regolano unicamente la commessa qui in discussione rispettivamente quelle concernenti gli altri lotti in cui è stata suddivisa la rete stradale ticinese, ragione per la quale non ha, nemmeno questa, la portata generale indispensabile per il riconoscimento della facoltà di adire il Tribunale federale con il mezzo

ordinario del ricorso in materia di diritto pubblico.

1.4. Non vertendo l'impugnativa su nessuna questione giuridica d'importanza fondamentale, il ricorso in materia di diritto pubblico è pertanto inammissibile, a prescindere dal raggiungimento dei valori soglia richiesti dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF.

Interposto tempestivamente (art. 117 e art. 46 cpv. 1 lett. b in relazione con l'art. 100 cpv. 1 LTF) contro una decisione finale (art. 117 e art. 90 LTF) pronunciata da un'autorità cantonale di ultima istanza con natura di tribunale superiore (art. 114 e art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF), il gravame è per contro di principio proponibile come ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 segg. LTF).

Considerato che il ricorso è stato inoltrato da parti soccombenti in sede cantonale, la cui offerta scartata si era classificata prima in graduatoria davanti a quella del consorzio al quale è stata aggiudicata la commessa, dato è in effetti anche un interesse giuridicamente protetto a ricorrere (art. 115 LTF; sentenza 2C_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 1.2). Questa conclusione vale inoltre nel caso in cui - secondo quanto permesso dal decreto presidenziale del 9 settembre 2014 - all'assegnazione della commessa dovesse aver fatto seguito la sottoscrizione di un contratto. In simile evenienza, l'interesse giuridicamente protetto dovrebbe infatti essere ravvisato nell'interesse alla constatazione dell'illiceità dell'aggiudicazione nell'ottica di un'eventuale richiesta di risarcimento danni (sentenze 2D_74/2010 del 31 maggio 2011 consid. 1.2 e 2D_50/2009 del 25 febbraio 2010 consid. 1.2).

2.

2.1. Con ricorso sussidiario in materia costituzionale può venir censurata solo la violazione di diritti costituzionali (art. 116 LTF). Il rispetto di tali diritti non è inoltre esaminato d'ufficio (art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l'art. 117 LTF). Chi ricorre deve in effetti spiegare in modo chiaro e dettagliato, alla luce dei considerandi della sentenza impugnata, quali diritti costituzionali ritiene violati (DTF 135 III 232 consid. 1.2 pag. 234; 134 I 23 consid. 6.1 pag. 31 seg.).

2.2. Per quanto riguarda i fatti, il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sull'accertamento che è stato svolto dall'autorità inferiore (art. 118 cpv. 1 LTF). Esso può scostarsene unicamente quando è stato eseguito in violazione di un diritto costituzionale (art. 118 cpv. 2 in relazione con l'art. 116 LTF).

3.

La procedura trae origine dalla risoluzione n. 1516 del 26 marzo 2014, con cui il Consiglio di Stato ha escluso l'offerta dei qui insorgenti, siccome non rispettava i criteri di idoneità previsti. Detta decisione è stata poi confermata dal Tribunale amministrativo ticinese.

3.1. Riferendosi al bando, alle disposizioni particolari e alle informazioni richieste nel fascicolo denominato "dichiarazioni dell'offerente", esso ha in effetti accertato che, oltre agli usuali criteri d'idoneità di carattere generale, il committente ha inserito nelle prescrizioni di gara un criterio di natura particolare, volto esplicitamente a circoscrivere la cerchia degli offerenti alle sole ditte, intese come imprese o società iscritte a registro di commercio, e che questo criterio non è stato nella fattispecie rispettato.

3.2. Osservato come dette prescrizioni non permettessero di presumere che nella competizione potesse intervenire chiunque, indipendentemente dalla sua iscrizione a registro di commercio, ha nel contempo aggiunto che le stesse non sono state oggetto di obiezione e sono quindi divenute vincolanti, in conformità all'art. 40 cpv. 2 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale (RLCPubb/CIAP; RL/TI 7.1.4.1.6) nonché al principio della buona fede.

3.3. Escludendo anche una violazione del divieto del formalismo eccessivo ed anzi sottolineando come una diversa conclusione avrebbe comportato una disparità di trattamento tra concorrenti, ha infine aggiunto di non potere tenere in considerazione nemmeno il fatto che, nel dicembre 2013, C._____ ha effettivamente proceduto ad iscrivere a registro di commercio la ditta individuale che porta il suo nome. Secondo la Corte cantonale, che ha considerato la richiesta di iscrizione quale criterio di idoneità di natura particolare, ciò che conta è infatti solo la situazione alla scadenza del termine per l'inoltro dell'offerta, qui fissata per il 20 novembre 2013, non invece la situazione al momento dell'aggiudicazione o dell'esecuzione dei lavori.

4.

Riferendosi alla numerazione delle delibere del Consiglio di Stato (n. 1515 per la risoluzione di aggiudicazione; n. 1516 per la risoluzione di esclusione), i ricorrenti danno per acquisito che il Governo cantonale abbia attribuito la commessa al secondo consorzio classificato prima di decidere di escludere la loro offerta. Basandosi su quella che considerano un'evidenza, si lamentano quindi del fatto che la Corte cantonale non abbia tematizzato la questione nel suo giudizio; denunciano inoltre una violazione del divieto d'arbitrio, del principio della buona fede, della libertà economica e un'illiceità di disparità di trattamento.

Quella che gli insorgenti ritengono un'evidenza non è tuttavia tale. Anche se è vero che la risoluzione

di esclusione porta il n. 1516 e quella di aggiudicazione il n. 1515, da una lettura di quest'ultima risulta infatti chiaramente che il Consiglio di Stato ha deciso di attribuire la commessa in questione al Consorzio D._____ solo dopo aver rilevato che l'offerta economicamente più vantaggiosa non aveva potuto essere tenuta in considerazione. Proprio a questo proposito, detta risoluzione di aggiudicazione contiene in effetti la seguente ed inequivocabile indicazione:

"offerta scartata (oggetto di risoluzione separata)
Consorzio A._____"

Nella misura in cui risultino ammissibili, già poiché si basano sull'errato assunto che il committente abbia prima aggiudicato e poi escluso, le critiche con le quali vengono lamentati l'arbitrio, una violazione del principio della buona fede, del diritto alla parità di trattamento e della libertà economica non possono quindi essere condivise.

Per quanto riguarda la denuncia, di natura formale, della lesione del diritto di essere sentito, essa è invece d'acchito inammissibile. Lamentando una violazione del loro diritto ad una decisione motivata, gli insorgenti non indicano infatti nemmeno con precisione in quali termini sarebbe stata formulata la loro originaria censura. Certo è comunque che, siccome una semplice lettura delle risoluzioni in questione era in realtà atta a fugare ogni dubbio riguardo alla tempistica seguita dal Consiglio di Stato, il Tribunale amministrativo non aveva motivo alcuno per approfondire motu proprio la questione.

5.

Detto delle critiche contenute nel capitolo denominato "la numerazione delle decisioni" resta ora da esprimersi su quelle esposte nel capitolo "la chiesta iscrizione a RC", per denunciare una violazione del divieto del formalismo eccessivo, del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede.

5.1. Lamentandosi di un formalismo eccessivo, censura di cui verrà detto più oltre, i ricorrenti si richiamano tra l'altro ai p.ti 24-55 del loro gravame. In via preliminare occorre tuttavia rilevare che le osservazioni ivi contenute, che sono state formulate per dimostrare il sussistere di una questione d'importanza fondamentale ai sensi dell'art. 83 lett. f n. 2 LTF, sono costituite da un commento libero di fatti e diritto e non sono pertanto atte a sostanziare la violazione di nessun diritto di carattere costituzionale (precedente consid. 2.1). Appunto perché hanno la forma del commento libero, esse non dimostrano in particolare nemmeno che l'accertamento rispettivamente l'apprezzamento dei fatti che emerge dalla sentenza impugnata, che ha portato i Giudici cantonali a concludere che l'iscrizione a registro di commercio costituisse un criterio d'idoneità, sia lesivo del divieto d'arbitrio, di modo che lo stesso deve essere considerato vincolante anche per il Tribunale federale (precedente consid. 2.2; sulla limitata possibilità di far valere a posteriori l'insostenibilità delle prescrizioni di gara cfr. nel contempo le sentenze 2C_91/2013 del 23 luglio 2013 consid. 4.1; 2C_877/2008 del 5 maggio 2009 consid. 6 e 2C_107/2007 del 22 gennaio 2008 consid. 2.1).

5.2. Così stando le cose, pure le critiche che vengono esposte nel capitolo "la chiesta iscrizione a RC" non possono però che essere votate all'insuccesso.

5.2.1. Per quanto ammissibili, le censure con cui viene fatta valere una violazione del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede vengono in effetti formulate partendo dal presupposto che il criterio dell'iscrizione a registro di commercio non fosse previsto dalle prescrizioni di gara, mentre l'accertamento rispettivamente l'apprezzamento dei fatti che risulta dal giudizio impugnato dà - come visto - conto dell'esatto contrario (precedenti consid. 3, con riferimento al bando, alle disposizioni particolari e alle informazioni richieste nel fascicolo "dichiarazioni dell'offerente", e consid. 5.1).

5.2.2. Considerato come dal querelato giudizio risulti che l'iscrizione a registro di commercio della ditta individuale che porta il nome del ricorrente 2 risale al 13 dicembre 2013, fondata non può poi nemmeno essere la critica di formalismo eccessivo. In effetti, a differenza di quanto ritenuto nell'impugnativa, al momento della scadenza del termine per l'inoltro dell'offerta, il 20 novembre 2013, l'adempimento del criterio di idoneità di natura particolare inserito nelle prescrizioni di gara non solo non era dimostrato, ovvero provato, ma non era proprio rispettato, poiché l'iscrizione a registro di commercio della ditta individuale in questione non era stata ancora eseguita (in questo senso cfr. del resto anche Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, 2008, pag. 38 segg., citato dai ricorrenti senza però trarne le dovute conclusioni).

5.3. Dato che nell'ambito di un ricorso sussidiario costituzionale l'esame di una fattispecie è circoscritto alle critiche di natura costituzionale presentate con l'impugnativa e che le stesse, per quanto considerate ammissibili, sono state tutte respinte, il querelato giudizio dev'essere di conseguenza confermato.

6.

6.1. Per quanto precede, il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso sussidiario in materia costituzionale, va invece respinto sia riguardo alle conclusioni presentate in via principale che subordinata.

6.2. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza e vengono poste a carico dei ricorrenti, in solido (art. 66 cpv. 1 e 5 LTF). Gli opposenti, intervenuti in causa in prima persona, e le autorità coinvolte non hanno diritto a ripetibili (art. 68 cpv. 1 e 3 LTF).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.

Il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile.

2.

Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è respinto.

3.

Le spese giudiziarie di fr. 5'000.-- sono poste a carico dei ricorrenti, in solido.

4.

Comunicazione alle parti, alla Divisione delle costruzioni e all'Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti del Dipartimento del territorio, nonché al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.

Losanna, 19 novembre 2014

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

Il Presidente: Zünd

Il Cancelliere: Savoldelli