

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

2D\_59/2014

Sentenza del 26 novembre 2014

Il Corte di diritto pubblico

Composizione  
Giudici federali Zünd, Presidente,  
Seiler, Stadelmann,  
Cancelliere Savoldelli.

Partecipanti al procedimento

A. \_\_\_\_\_,  
patrocinata dagli avv. Mario Molo e  
Davide Cerutti,  
ricorrente,

contro

1. B. \_\_\_\_\_,  
patrocinata dall'avv. Filippo Gianoni,  
2. Comune di X. \_\_\_\_\_,  
opponenti,

Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti,  
Dipartimento del territorio del Cantone Ticino.

Oggetto  
Appalto pubblico,

ricorso sussidiario in materia costituzionale contro  
la sentenza emanata il 3 luglio 2014 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.

Fatti:

A.

Il 28 gennaio 2014, il Municipio di X. \_\_\_\_\_ ha chiesto a cinque studi della regione di formulare un'offerta per il "servizio di controlli di cantiere e supporto delle domande di costruzione"; il capitolato trasmesso agli invitati indicava che il concorso era retto dalla legge ticinese sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL/TI 7.1.4.1) e che le offerte sarebbero state valutate secondo i seguenti criteri e fattori di ponderazione:

1. Economicità 60 %
  - 1.1. Costo del servizio 50 %
  - 1.2. Attendibilità dei prezzi 50 %
2. Referenze 35 %
  - 2.1. Referenze di lavori analoghi 50 %
  - 2.2. Referenze del gruppo di lavoro 50 %
3. Apprendisti 5 %

Il capitolato menzionava inoltre i parametri che sarebbero stati utilizzati per valutare ogni singolo criterio di aggiudicazione; in particolare, specificava che l'attendibilità dei prezzi sarebbe stata apprezzata applicando una formula matematica coniata dal Centro cantonale di consulenza LCPubb, con il fattore F (fattore d'importanza del preventivo del committente) fissato allo 0.5. Nel contempo, includeva una clausola con la quale il committente si riservava la facoltà di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto qualora la migliore fra le offerte valide presentate avesse avuto un

prezzo superiore al 10 % dell'importo di preventivo depositato (CPN 239.100).

B.

Entro il termine impartito del 21 febbraio 2014, sono giunte al Comune committente offerte dalle ditte B. \_\_\_\_\_ (tariffa di fr. 90.--/h), C. \_\_\_\_\_ (tariffa di fr. 150.--/h), D. \_\_\_\_\_ (tariffa di fr. 99.--/h), A. \_\_\_\_\_ (tariffa di fr. 75.--/h).

Proceduto al loro esame, in applicazione delle prescrizioni di gara e partendo da un preventivo di riferimento di fr. 80.--/h, il Municipio di X. \_\_\_\_\_ ha deliberato la commessa alla A. \_\_\_\_\_ (5.43 punti su 6; importo complessivo di fr. 44'250.-- IVA esclusa); appurato di essere incorso in un errore di calcolo in merito al criterio dell'attendibilità dei prezzi, che lo aveva portato a stabilire i punti della A. \_\_\_\_\_ in 5.43 invece che in 5.09, ha poi però revocato l'aggiudicazione alla A. \_\_\_\_\_, deliberando la commessa alla B. \_\_\_\_\_ (5.30 punti su 6; importo complessivo di fr. 53'100.-- IVA esclusa).

Adito dalla A. \_\_\_\_\_, il Tribunale cantonale amministrativo ha confermato la delibera alla B. \_\_\_\_\_, pronunciandosi con sentenza del 3 luglio 2014.

C.

Con ricorso subsidiario in materia costituzionale del 13 agosto 2014, la A. \_\_\_\_\_ ha impugnato quest'ultimo giudizio davanti al Tribunale federale, chiedendone l'annullamento sia in via principale che subordinata.

Il Tribunale cantonale amministrativo si è riconfermato nelle motivazioni e nelle conclusioni della propria sentenza. La conferma di tale pronuncia è stata domandata anche dal Municipio di X. \_\_\_\_\_, dall'Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti e dalla B. \_\_\_\_\_.

Con decreto presidenziale del 5 settembre 2014, è stato concesso l'effetto sospensivo al gravame.

Diritto:

1.

1.1. Il litigio riguarda una commessa pubblica. Il ricorso ordinario in materia di diritto pubblico è quindi ammissibile solo se il valore stimato raggiunge quelli previsti dall'art. 83 lett. f n. 1 LTF e, cumulativamente (DTF 134 II 192 consid. 1.2 pag. 194 seg.), se la fattispecie pone una questione di diritto d'importanza fondamentale, giusta l'art. 83 lett. f n. 2 LTF. Per stessa ammissione della ricorrente, tali condizioni non sono qui soddisfatte, motivo per cui l'impugnativa è stata correttamente formulata quale ricorso subsidiario in materia costituzionale.

1.2. La sentenza querelata è finale (art. 90 e 117 LTF) ed è stata pronunciata da un'autorità giudiziaria cantonale di ultima istanza (art. 114 e art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF). L'impugnativa è tempestiva (art. 117 e art. 46 cpv. 1 lett. b in relazione con l'art. 100 cpv. 1 LTF) e l'insorgente, già aggiudicataria della commessa e poi riconosciuta solo seconda in graduatoria, ha un interesse giuridicamente protetto a ricorrere (art. 115 LTF). Per quanto precede, la via del ricorso subsidiario in materia costituzionale è di massima aperta.

2.

Con ricorso subsidiario in materia costituzionale può venir censurata unicamente la violazione di diritti costituzionali (art. 116 LTF). Il rispetto di tali diritti non è esaminato d'ufficio (art. 106 cpv. 2 LTF in relazione con l'art. 117 LTF). Occorre infatti che il ricorrente specifichi quali diritti considera lesi ed esponga le sue critiche in modo chiaro e circostanziato, accompagnandole da una motivazione esaustiva. Nel caso lamenti una violazione del divieto d'arbitrio, deve in particolare spiegare perché la decisione impugnata sia - non solo a livello di motivazione, ma anche di risultato - manifestamente insostenibile, gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico indiscusso, oppure in contraddizione urtante con il sentimento di giustizia ed equità (DTF 138 I 49 consid. 7.1 pag. 51; 137 I 1 consid. 2.4 pag. 5; 136 I 316 consid. 2.2.2 pag. 318 seg.; 134 II 124 consid. 4.1 pag. 133). L'impugnativa adempie solo parzialmente ai requisiti di motivazione esposti. Come ancora verrà precisato, nella misura in cui non li rispetta, essa è pertanto inammissibile.

3.

Chiamato a pronunciarsi sull'annullamento della delibera alla A. \_\_\_\_\_ rispettivamente sulla nuova delibera alla B. \_\_\_\_\_, il Tribunale cantonale amministrativo ha tutelato l'agire del Comune di X. \_\_\_\_\_.

Riferendosi alle prescrizioni di gara, esso ha dapprima osservato come il committente avesse

preannunciato in modo dettagliato sia il metodo sia le formule che avrebbe utilizzato per valutare ogni singolo criterio di aggiudicazione, compresa quella per esaminare l'attendibilità dei prezzi, con il fattore d'importanza del preventivo del committente fissato allo 0.5, contro la quale erano rivolte le critiche della ricorrente.

Richiamandosi all'art. 38 cpv. 3 della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL/TI 7.1.4.1), all'art. 40 cpv. 2 del regolamento di applicazione ad essa relativo (RLCPubb/CIAP; RL/TI 7.1.4.1.6) e al principio della buona fede, ha quindi aggiunto che, siccome non erano state oggetto di contestazione alcuna, le citate prescrizioni erano divenute vincolanti per ogni partecipante al concorso.

4.

Da un punto di vista formale, la ricorrente rimprovera al Tribunale cantonale amministrativo di non avere esaminato la censura con la quale faceva valere che l'intera procedura era stata falsata dalla presentazione di un'offerta che indicava una tariffa oraria "abnorme" e che il concorso andava organizzato con regole diverse, ledendo così l'art. 29 cpv. 2 Cost. rispettivamente il diritto ad una decisione motivata da esso garantito.

4.1. Benché il ricorso non dia conto dei termini specifici con cui è stata presentata l'originaria critica, come l'art. 106 cpv. 2 LTF imponeva di fare, risulta dal giudizio impugnato che l'insorgente si è effettivamente rivolta alla Corte cantonale lamentandosi, tra l'altro, dell'aspetto evocato; sempre dalla querelata sentenza emerge d'altra parte che il Tribunale amministrativo non ha dedicato all'argomentazione in questione nessun considerando specifico. Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, il diritto di essere sentito della ricorrente non è stato tuttavia leso.

4.2. Se infatti è vero che il Tribunale amministrativo non ha dato alla critica menzionata una risposta esplicita è altrettanto vero che, giungendo alla conclusione che i metodi di valutazione indicati dal committente erano divenuti vincolanti, esso ha di fatto scartato ogni e qualsiasi motivo di scostarsi dalla loro applicazione, ivi compreso quello fatto valere nell'impugnativa, con riferimento all'offerta "abnorme" presentata da una delle ditte concorrenti (sentenze 2C\_103/2010 del 27 settembre 2010 consid. 6.1 e 2C\_505/2009 del 29 marzo 2010 consid. 3, che danno proprio conto del fatto che una motivazione può essere anche implicita o risultare dai diversi considerandi che compongono la decisione).

5.

Per quanto riguarda il merito, la ricorrente lamenta innanzitutto delle lesioni del principio della buona fede, sia da parte del committente che da parte del Tribunale cantonale amministrativo.

5.1. L'art. 9 Cost. istituisce un diritto fondamentale del cittadino ad essere trattato secondo il principio della buona fede dagli organi dello Stato. In materia di diritto amministrativo, tale principio tutela l'amministrato nei confronti dell'autorità, quando, assolate determinate condizioni, il medesimo abbia agito conformemente alle istruzioni e alle dichiarazioni di quest'ultima. Il principio tutela in particolare la fiducia riposta in un'informazione ricevuta dall'autorità o in un suo determinato comportamento suscettibile di destare un'aspettativa legittima quando l'autorità sia intervenuta in una situazione concreta riguardo a determinate persone, quand'essa era competente a rilasciare l'informazione o il cittadino poteva ritenerla competente sulla base di fondati motivi, quando affidandosi all'esattezza dell'informazione egli abbia preso delle disposizioni non reversibili senza subire un pregiudizio e quando non siano intervenuti mutamenti legislativi posteriori al rilascio dell'informazione stessa (DTF 137 I 69 consid. 2.5.1 pag. 72 seg.; 131 II 627 consid. 6.1 pag. 636 seg.; 130 I 26 consid. 8.1 pag. 60 con ulteriori rinvii).

5.2. Nella sua impugnativa, la ricorrente non sostanzia per nulla l'adempimento delle condizioni appena menzionate, limitandosi ad invocare la buona fede in maniera generica. Quand'anche fosse ammissibile dal profilo formale, la sua critica non potrebbe ad ogni modo essere condivisa.

In effetti:

5.2.1. L'insorgente vorrebbe rimproverare al Comune di X.\_\_\_\_\_ la mancata esclusione dell'offerta che si basava sulla tariffa oraria più alta, "come succede, mutatis mutandis, per le offerte insolitamente basse".

La prassi alla quale essa si richiama è tuttavia lungi dall'essere dimostrata (sentenza 2C\_877/2008 del 5 maggio 2009 consid. 6.2); riguardando semmai il caso opposto, ovvero quello di un'offerta sottocosto, questa prassi non avrebbe inoltre nessun effetto vincolante sulla fattispecie che ci occupa.

5.2.2. Rinviando alla clausola 239.100 del capitolato d'appalto, con la quale il committente si riservava la facoltà di non aggiudicare l'appalto qualora la migliore fra le offerte valide presentate avesse avuto un prezzo superiore al 10 % dell'importo di preventivo depositato, la ricorrente si lamenta poi del fatto che il concorso non sia stato annullato.

Già solo poiché non comporta nessun obbligo bensì la "facoltà" di procedere in tal senso, anche questa clausola non vincola però il committente ai sensi dell'art. 9 Cost.

5.2.3. Una lesione del principio della buona fede non può essere infine imputata al Tribunale cantonale amministrativo, giacché esso non si era prima d'ora occupato del caso in esame ed è quindi a priori escluso che possa avere creato una qualsivoglia aspettativa alla quale la ricorrente possa oggi appellarsi (sentenza 2C\_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 5.3.2 con ulteriori rinvii).

6.

Denunciata la lesione del principio della buona fede, l'insorgente lamenta l'arbitrarietà del giudizio impugnato.

6.1. Come ricordato, la Corte cantonale è giunta a concludere che le prescrizioni di gara fossero vincolanti basandosi su due precise norme di diritto cantonale: l'art. 38 cpv. 3 LCPubb, che indica come contro le decisioni di aggiudicazione non siano proponibili eccezioni che non siano state sollevate mediante impugnazione del bando e l'art. 40 cpv. 2 RLCPubb, che indica come la partecipazione alla gara, con l'inoltro dell'offerta, implichi l'accettazione di tutte le condizioni contenute negli atti di gara. Sollevando una critica d'arbitrio, la ricorrente non poteva quindi non confrontarsi innanzitutto con tali chiari disposti e con la loro applicazione alla fattispecie specifica.

Lo scarno capitolo dedicato all'arbitrio non contiene tuttavia nessuna argomentazione topica al riguardo, la quale non è ravvisabile nemmeno nel resto del ricorso. Anche i riferimenti alla questione dell'impugnabilità del bando, contenuti nel capitolo dedicato alla lesione della buona fede, si esauriscono in effetti in frammentarie citazioni della dottrina, oppure nell'affermazione - che resta però tale e non dimostra quindi l'arbitrio - che la formula utilizzata per valutare l'attendibilità dei prezzi, comunicata ab initio indicando che il fattore d'importanza del preventivo del committente era fissato a 0.5, aveva in realtà una portata poco chiara.

6.2. L'arbitrio non è poi sostanziato nemmeno in relazione alla mancata applicazione della clausola 239.100 del capitolato d'appalto da parte del committente rispettivamente del Tribunale amministrativo cantonale, per escludere l'offerta più alta pervenuta.

Come osservato in precedenza, la clausola 239.100 prevedeva infatti solo la "facoltà" di non aggiudicare l'appalto qualora la migliore fra le offerte valide presentate avesse avuto un prezzo superiore al 10 % dell'importo di preventivo depositato; l'intenzione di dimostrare l'arbitrio del giudizio reso grazie all'applicazione in via analogica di una prassi che sarebbe stata sviluppata in materia di offerte insolitamente basse naufraga d'altra parte già davanti alla mancata prova dell'effettivo sussistere di questa prassi (precedente consid. 5.2.1).

6.3. Come indicato in una delle risposte al ricorso, una valida critica d'arbitrio non può infine essere ravvisata né nella generica sottolineatura della necessità di tutelare la parità di trattamento né in quella - altrettanto generica - dell'importanza di "una sana concorrenza".

6.4. Dato che nell'ambito di un ricorso sussidiario in materia costituzionale l'esame di una fattispecie è circoscritto alle critiche di natura costituzionale presentate con l'impugnativa e che quelle formulate dall'insorgente, per quanto considerate ammissibili, sono state respinte, il querelato giudizio dev'essere quindi confermato.

7.

7.1. Per quanto precede, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è respinto sia riguardo alle conclusioni presentate in via principale che subordinata.

7.2. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza (art. 66 cpv. 1 LTF). La ricorrente verserà inoltre alla B. \_\_\_\_\_ un'indennità di fr. 3'000.-- per ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1 e 2 LTF).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.

Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto.

2.

Le spese giudiziarie di fr. 3'000.-- sono poste a carico della ricorrente.

3.

La ricorrente verserà alla B. \_\_\_\_\_ un'indennità di fr. 3'000.-- a titolo di ripetibili per la sede federale.

4.

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

Losanna, 26 novembre 2014

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

Il Presidente: Zünd

Il Cancelliere: Savoldelli