

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2D_59/2010

Sentenza del 28 febbraio 2011
II Corte di diritto pubblico

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

Partecipanti al procedimento
A. _____ SA,
patrocinata dall'avv. Andrea Toschini,
ricorrente,

contro

1. Cantone dei Grigioni, rappresentato dal Dipartimento costruzioni, trasporti e foreste dei Grigioni, Stadtgartenweg 11, 7001 Coira,
Consorzio B. _____, composto dalle ditte:
2. D. _____ SA,
3. C. _____ SA,
patrocinato dall'avv. Fabrizio Keller,
opponenti.

Oggetto
Appalto pubblico (annullamento di una delibera),

ricorso sussidiario in materia costituzionale contro la sentenza emanata il 17 agosto/21 settembre 2010 dal Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni.

Fatti:

A.

Con pubblicazione sul Foglio ufficiale cantonale n. 9 del 4 marzo 2010, il Cantone dei Grigioni ha indetto un pubblico concorso per l'aggiudicazione delle opere da capomastro concernenti la strada H 13 Strada Italiana, Lubianeira-Poent, km 96.28-96.61. Da essa risulta che l'esecuzione dei lavori era prevista tra aprile e novembre 2010; il capitolato precisava inoltre che i lavori avrebbero dovuto durare al massimo 22 settimane.

Entro il termine fissato per il loro inoltro, il 29 marzo 2010, sono state presentate tre offerte: quella del Consorzio B. _____ composto dalle ditte D. _____ SA e C. _____ SA (nel seguito: Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA o semplicemente Consorzio), di fr. 1'446'065.35; quella della A. _____ SA, di fr. 1'454'906.80; infine quella della E. _____ SA, di fr. 1'487'829.95.

Il 6 maggio 2010, osservando come le altre due offerte pervenute non rispettassero i termini d'esecuzione prescritti nel programma lavori e dovessero pertanto essere considerate non valide, l'Ufficio tecnico dei Grigioni ha comunicato che il Governo aveva deliberato l'appalto alla ditta A. _____ SA, seconda qualificata dietro al Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA.

B.

La delibera è stata impugnata dal Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA davanti al Tribunale cantonale amministrativo con ricorso del 17 maggio 2010 (procedura TA U 10 57). Con tale atto, esso ne ha postulato l'annullamento domandando: in via principale, che la commessa gli venisse direttamente assegnata; in via subordinata, che gli atti venissero rinviati all'Ufficio tecnico dei Grigioni per nuova decisione.

Il 10 giugno 2010, in luogo di inoltrare una risposta al ricorso, il Cantone dei Grigioni ha fatto pervenire al Tribunale cantonale amministrativo una decisione di revoca della contestata

aggiudicazione così come della procedura di appalto nel suo complesso, annunciando che una nuova procedura sarebbe stata ripetuta al più presto nel 2012. Detto provvedimento è stato quindi anch'esso impugnato davanti al Tribunale cantonale amministrativo, con ricorso della A. _____ SA, che si era aggiudicata l'appalto (procedura TA U 10 68).

Dopo avere unito le due cause, con sentenza del 17 agosto/21 settembre 2010 il Tribunale cantonale amministrativo ha accolto il ricorso della A. _____ SA, constatando la nullità della decisione di revoca poiché essa era stata emanata dal Dipartimento costruzioni, trasporti e foreste dei Grigioni invece che dal Governo grigionese (procedura TA U 10 68). Nel contempo, esso ha però accolto anche il ricorso del Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA, annullando quindi pure la decisione di aggiudicazione a favore della A. _____ SA (procedura TA U 10 57).

Diversamente a quanto richiestogli in via principale rispettivamente in via subordinata dal Consorzio menzionato in caso di accoglimento della domanda di annullamento della delibera, il Tribunale cantonale amministrativo ha però rinunciato sia ad un'assegnazione diretta della commessa al Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA, sia ad un rinvio dell'incarto alle autorità cantonali per nuova decisione. Nel suo giudizio, ha infatti in sostanza ritenuto che, nonostante la decisione del 10 giugno 2010 con cui era stata formalmente revocata fosse nulla, l'intera procedura di aggiudicazione dovesse comunque essere considerata terminata con l'annullamento della delibera, a causa di un vizio originale della stessa.

C.

Il 25 ottobre 2010, detta sentenza, per quanto relativa alla procedura TA U 10 57 concernente la decisione di aggiudicazione dei lavori, è stata oggetto di un ricorso sussidiario in materia costituzionale davanti al Tribunale federale. Con tale atto, protestando spese e ripetibili, la A. _____ SA ne chiede l'annullamento e quindi: in via principale, la conferma della decisione di aggiudicazione del Governo del Cantone dei Grigioni; in via subordinata, il rinvio degli atti al Tribunale cantonale amministrativo. Essa fa valere una violazione del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede (art. 9 Cost.), del principio dell'uguaglianza giuridica (art. 8 cpv. 1 Cost.) e del diritto di essere sentiti (art. 29 cpv. 2 Cost.).

Chiamata ad esprimersi, la Corte cantonale propone di non entrare nel merito del ricorso; in via eventuale, chiede invece di respingerlo. Ad analoga conclusione giunge il Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA nella sua risposta. Il Cantone dei Grigioni rinuncia al rilascio di una presa di posizione in merito al ricorso, rinviando alle osservazioni formulate davanti al Tribunale cantonale amministrativo.

Diritto:

1.

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la sua competenza (art. 29 cpv. 1 LTF) e l'ammissibilità dei ricorsi che gli vengono sottoposti (DTF 135 III 1 consid. 1.1 pag. 3 con rinvii).

1.1 Il litigio verte sull'annullamento, da parte di un'autorità cantonale di ultima istanza (art. 86 cpv. 1 lett. d LTF), di una decisione di delibera presa nell'ambito di un concorso per l'aggiudicazione di una commessa pubblica. Il ricorso ordinario in materia di diritto pubblico è quindi ammissibile solo se il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia 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 risultano in casu soddisfatte, motivo per cui l'impugnativa in oggetto, presentata in tempo utile (art. 100 cpv. 1 LTF), è stata correttamente formulata quale ricorso sussidiario in materia costituzionale.

1.2 Così come il ricorso ordinario in materia di diritto pubblico, il ricorso sussidiario in materia costituzionale è aperto contro decisioni a carattere finale (art. 90 LTF). L'impugnazione di decisioni pregiudiziali e incidentali è invece possibile solo alle condizioni previste dagli art. 92 e 93 LTF. Per costante giurisprudenza, una decisione è finale se pone termine alla lite, fatte salve eventuali possibilità d'impugnazione ad autorità di giudizio superiori. Sono per contro incidentali le decisioni che riguardano soltanto una fase del procedimento, in quanto assumono una funzione strumentale rispetto alla pronuncia destinata a concludere la vertenza (DTF 133 III 629 consid. 2.2 pag. 631 seg. con ulteriori rinvii).

1.3 Nel caso in esame, la sentenza impugnata contiene elementi che permettono di connotarla quale decisione di carattere chiaramente finale. In effetti, dopo aver annullato la decisione di delibera a favore della ricorrente, il Tribunale cantonale amministrativo non assegna i lavori ad un altro concorrente, né rinvia l'incarto al committente, affinché vi provveda. Dal giudizio impugnato emerge

inoltre che il mancato rinvio non è dovuto a una svista, bensì è voluto e viene in sostanza ricondotto ad un vizio originale della procedura che rendeva la formulazione di offerte rispettose dei termini d'esecuzione prescritti ab initio pressoché impossibile (cfr., in senso conforme, sentenza 2P.34/2007 dell'8 maggio 2007 consid. 2, riguardante per altro una fattispecie nella quale si era giunti all'interruzione di una procedura di aggiudicazione ancor prima di decidere a chi dovessero essere deliberati i lavori in discussione).

1.4 Ritenuto che, nel suo giudizio, il Tribunale cantonale amministrativo giunge comunque al medesimo risultato voluto dalle autorità cantonali - ovvero a considerare che l'intera procedura dovrà essere in futuro ripetuta a causa del vizio riscontrato -, dato è quindi anche un interesse attuale e giuridicamente protetto della ricorrente a fare annullare la decisione impugnata sulla scorta delle violazioni sostenute (art. 115 LTF; sentenza 2P.34/2007 dell'8 maggio 2007 consid. 2).

Da quanto precede, discende che il ricorso sussidiario in materia costituzionale presentato è di massima ammissibile e dev'essere esaminato nel merito.

2.

Con ricorso sussidiario in materia costituzionale può venir censurata unicamente 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). Occorre che il ricorrente specifichi quali diritti ritiene lesi ed esponga le sue censure in modo chiaro e circostanziato, accompagnandole da una motivazione esaustiva; in caso censuri una violazione del divieto d'arbitrio, segnatamente in relazione all'applicazione del diritto cantonale, deve 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 133 III 393 consid. 6 pag. 397; 129 I 8 consid. 2.1 pag. 9).

Nella misura in cui i requisiti esposti sono stati disattesi - in particolare, poiché la ricorrente invoca la violazione di norme di diritto cantonale senza sostenerne un'applicazione arbitraria oppure non sostanza compiutamente tale censura - il gravame è pertanto inammissibile.

3.

Tra i rimproveri mossi dalla ricorrente al Tribunale cantonale amministrativo vi è quello di avere violato il suo diritto di essere sentita giusta l'art. 29 cpv. 2 Cost., in quanto la sentenza impugnata omette di affrontare i quesiti giuridici sollevati con il ricorso interposto contro la delibera e con la risposta allo stesso.

3.1 Il diritto di essere sentiti ancorato nell'art. 29 cpv. 2 Cost. - quale garanzia minima che può essere concretizzata in norme di diritto cantonale, qui non invocate (DTF 135 I 279 consid. 2.2 pag. 281 seg.) -, comprende vari aspetti. Tra questi, anche quello cui si richiama la ricorrente. Esso non impone tuttavia all'autorità di esporre e discutere tutti i fatti, i mezzi di prova e le censure invocati; è infatti sufficiente che dalla decisione impugnata emergano in maniera chiara i motivi su cui l'autorità fonda il suo ragionamento (DTF 134 I 83 consid. 4.1 pag. 88; 129 I 232 consid. 3.2 pag. 236 seg.; 126 I 97 consid. 2b pag. 102 seg.; 117 Ib 64 consid. 4 pag. 86).

3.2 Sennonché l'aspetto del diritto di essere sentiti richiamato dalla ricorrente, che mira in realtà a contestare gli argomenti addotti dalla Corte cantonale (cfr. analogamente sentenza 2C_144/2009 del 15 giugno 2009 consid. 3), non risulta nella fattispecie essere stato violato. Nonostante sia alquanto stringata, la motivazione adottata permette infatti manifestamente di comprendere il motivo che ha condotto la Corte cantonale ad ammettere il ricorso del Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA - constatando l'illiceità dell'esclusione della sua offerta a causa del mancato rispetto dei principi della correttezza e della trasparenza -, cioè il fatto che una corretta aggiudicazione non fosse in casu garantita a causa di un vizio originale della procedura.

Essa si sofferma inoltre sulle ragioni - note alle parti, poiché emerse e discusse nell'ambito della parallela procedura di revoca della delibera e dell'intera procedura (DTF 129 II 497 consid. 2.2 pag. 504 seg.) - per cui tale vizio dovesse essere ammesso, permettendo così all'insorgente di rendersi pienamente conto della portata del giudizio reso: tant'è che ha in seguito potuto da lei venire impugnato con un ricorso puntuale e circostanziato (sentenza 2C_484/2008 del 9 gennaio 2009 consid. 2.1 non pubblicata in DTF 135 II 49).

4.

Sempre dal punto di vista procedurale, la ricorrente rimprovera alla Corte cantonale di avere anche applicato in modo arbitrario disposti specifici della legge cantonale sulla giustizia amministrativa del 31 agosto 2006 (LGA; RL/GR 370.100) e della legge cantonale sugli appalti pubblici del 10 febbraio

2004 (Lap; RL/GR 803.300). Visto che essa ha solo annullato la delibera, senza decidere una nuova aggiudicazione o rinviare l'incanto all'autorità aggiudicante, avrebbe in effetti violato: l'art. 56 cpv. 1 LGA, in base al quale - fatte salve disposizioni legali derogatorie - il Tribunale è vincolato alle richieste delle parti e non può andare ultra petita; l'art. 29 cpv. 1 Lap, secondo cui - quando non sia stato ancora concluso nessun contratto tra le parti - il Tribunale amministrativo annulla la delibera e decide nel merito oppure rinvia al committente la decisione. Sempre in questo contesto, per il fatto che il Tribunale amministrativo ha così posto fine all'intera procedura, la ricorrente fa quindi nel contempo valere una violazione del principio della buona fede, pure ancorato nell'art. 9 Cost.

4.1 Sennonché, con riferimento al giudizio reso, anche tale conclusione, che implica un'applicazione insostenibile delle norme citate (DTF 131 I 217 consid. 2.1 pag. 219; 129 I 8 consid. 2.1 pag. 9), non può essere condivisa.

In effetti, limitandosi nella fattispecie ad annullare la delibera, la Corte cantonale non è andata ultra petita. Al contrario, pur dichiarandone l'accoglimento senza riserve, essa ha semmai accolto il ricorso del Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA - che, chiedendo una decisione nel merito oppure un rinvio, mirava comunque all'aggiudicazione della commessa a suo favore - solo in maniera parziale.

In considerazione delle caratteristiche peculiari alla fattispecie, decidendo di non deliberare ulteriormente i lavori o rinviare l'incanto all'autorità cantonale per provvedere a una nuova aggiudicazione, ha contemporaneamente emesso un giudizio sul merito della questione, che implica la ripetizione dell'intera procedura di appalto: tant'è che la sentenza impugnata - così come sostenuto anche dalla qui ricorrente, postulando la ricevibilità del gravame - ha di fatto posto fine alla causa.

4.2 Il modo di procedere adottato dal Tribunale cantonale amministrativo, non comporta inoltre una lesione del principio della buona fede.

Da parte della Corte cantonale non risulta infatti nessun comportamento contraddittorio, per altro non altrimenti precisato neppure dalla ricorrente, che disattende su questo punto all'obbligo di motivazione impostole (precedente consid. 2). Nella misura in cui già si è detto che l'applicazione dell'art. 29 cpv. 1 Lap alla fattispecie non può essere considerata manifestamente insostenibile e perciò arbitraria, escluso è nel contempo il richiamo ad un abuso di diritto in relazione alla procedura adottata (sentenza 1P.596/2000 del 15 giugno 2001 consid. 3b con rinvii, in RDAT II-2001, n. 20, pag. 82 segg.; sul concetto di abuso di diritto: DTF 134 I 65 consid. 5.1 pag. 72 seg. con rinvii).

5.

La sentenza impugnata non può infine essere considerata lesiva del divieto d'arbitrio - rispettivamente della disparità di trattamento ad esso strettamente legato (DTF 127 I 185 consid. 5 pag. 192) - nemmeno per quanto riguarda il merito: ovvero la decisione di annullare la delibera, constatando che una corretta aggiudicazione dei lavori fosse nella fattispecie esclusa, a causa del fatto che la presentazione di offerte che rispettassero i termini d'esecuzione prescritti a chiare lettere dal bando fosse ab initio pressoché impossibile.

5.1 Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente - le cui argomentazioni, per quanto ammissibili, sottovalutano che l'accoglimento di una censura d'arbitrio presuppone una violazione dell'art. 9 Cost. anche in relazione all'esito raggiunto (precedente consid. 2) - la decisione impugnata non risulta in effetti né insostenibile, né priva di senso e quindi arbitraria nel suo risultato (DTF 131 I 217 consid. 2.1 pag. 219; 129 I 173 consid. 3.1 pag. 178 seg., 49 consid. 4 pag. 57 seg., 8 consid. 2.1 pag. 9).

Al contrario. Dato che - secondo i vincolanti accertamenti della Corte cantonale (art. 105 cpv. 1 LTF) - il rispetto dei termini d'esecuzione previsti dal bando costituiva uno dei criteri determinanti per la delibera, e che la presentazione di offerte rispettose di tale criterio era ab initio pressoché impossibile, la decisione di non giudicare legale l'esclusione dell'offerta presentata dal Consorzio D. _____ SA/C. _____ SA e quindi di semplicemente annullare la delibera alla qui ricorrente, in vista della ripetizione dell'intera procedura di appalto, risulta infatti del tutto condivisibile e conseguente.

5.2 Il giudizio impugnato, che annulla la delibera a suo tempo decisa, non comporta nemmeno una distinzione illecita ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 Cost. tra la ricorrente e chi ha invece ricevuto l'aggiudicazione dei lavori di pavimentazione concernenti la stessa tratta (DTF 129 I 1 consid. 3 pag. 3; 127 I 185 consid. 5 pag. 192).

In effetti, una simile censura può essere sollevata solo quando due casi ritenuti simili vengono trattati in maniera differente da una medesima autorità, ciò che non è manifestamente il caso nella fattispecie, nella quale la Corte cantonale era chiamata esclusivamente ad esprimersi sulla decisione di delibera delle opere da capomastro (DTF 125 I 173 consid. 6d pag. 179; 121 I 49 consid. 3c pag.

51).

5.3 In via abbondanziale, può essere inoltre aggiunto che non è possibile parlare di una violazione dell'art. 8 cpv. 1 Cost. nemmeno volendo considerare che, così come formulato, il giudizio della Corte cantonale confermi nella sua sostanza il provvedimento di revoca del 10 giugno 2010 (querelato giudizio, consid. 1).

Questo perché le due fattispecie non possono essere affatto considerate simili nel senso indicato dalla giurisprudenza (precedente consid. 5.2). Contrariamente a quanto vale per la procedura per le opere da capomastro, quella concernente i lavori di pavimentazione non era infatti per nulla caratterizzata da un vizio originale, che impedisse una formulazione congrua e appropriata delle offerte da parte dei singoli concorrenti in relazione ai termini di esecuzione prescritti.

Per altro, neppure la ricorrente sostiene il contrario. Su questo punto, nel suo ricorso davanti al Tribunale federale, si limita infatti ad esprimere osservazioni di carattere generale, giungendo alla conclusione che il provvedimento di revoca deciso il 10 giugno 2010, giustificato nella sua sostanza nel giudizio impugnato, dovesse essere in realtà dovuto ad altri motivi da quelli indicati dall'autorità.

5.4 Per quanto precede, non era di conseguenza neanche arbitrario da parte della Corte cantonale non procedere - nell'ambito di un apprezzamento anticipato delle prove offerte giusta l'art. 29 cpv. 2 Cost. - al richiamo dell'incarto inerente la parallela procedura di delibera dei lavori di pavimentazione (sentenza 2C_51/2010 del 23 agosto 2010 consid. 2.3 con ulteriori rinvii alla giurisprudenza in materia).

6.

Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso dev'essere pertanto respinto. Le spese giudiziarie seguono la soccombenza (art. 66 cpv. 1 LTF); la ricorrente rifonderà inoltre ai membri del Consorzio D._____SA/C._____SA un'indennità 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 ai membri del Consorzio D._____SA/ C._____SA un'indennità complessiva di fr. 3'000.--, a titolo di ripetibili.

4.

Comunicazione alle parti e al Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni, 1a Camera.

Losanna, 28 febbraio 2011

In nome della II Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il Presidente: Il Cancelliere:

Zünd Savoldelli