Numero d'incarto: 52.2023.391
Data decisione, Autorità: 18.12.2023, TRAM

Titolo: **Commesse pubbliche. Incarico diretto con più offerte. Mancata dimostrazione dell'adempimento di un criterio di idoneità. Rinvio degli atti al committente per accertamenti**

CRITERIO DI IDONEITÀ
art. 7 cpv. 4 LCPUBB
art. 34 cpv. 1 let. c RLCPUBB
art. 34 cpv. 3 let. a RLCPUBB

Incarto n. 52.2023.391

Lugano 18 dicembre 2023

In nome della Repubblica e Cantone Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici: Flavia Verzasconi, presidente, Matteo Cassina, Sarah Socchi

vicecancelliera: Paola Passucci

statuendo sul ricorso del 25 ottobre 2023 della

RI 1

contro

la decisione del 18 ottobre 2023 del Municipio CO 2, che in esito a una procedura di incarico diretto con più offerte, ha deliberato le opere di pavimentazione in pietra naturale per la ristrutturazione della scuola elementare alla CO 1;

ritenuto, **in fatto**

A. Con comunicazione elettronica del 18 settembre 2023, il Municipio di CO 2, per il tramite del suo consulente esterno, ha chiesto alla RI 1, alla CO 1 e alla G_____ di inoltrare la loro migliore offerta per le opere di pavimentazione in pietra naturale nell'ambito della ristrutturazione della scuola elementare di _____. Il committente ha indicato che si trattava di una procedura a incarico diretto concorrenziale con più offerte ai sensi dell'art. 7 cpv. 4 della legge sulle **commesse pubbliche**> del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100).
Le disposizioni particolari CPN 102 integrate nelle prescrizioni di concorso (pos. 223.200) richiamavano l'ossequio dei requisiti esatti dall'art. 34 del regolamento di applicazione della legge sulle <**commesse pubbliche**> e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 (RLCPubb/CIAP; RL 730.110).

B. Entro il termine stabilito (2 ottobre 2023) le tre ditte hanno insinuato le seguenti offerte:
- RI 1 fr. 61'357.-;

- CO 1 fr. 59'471.95;
- G_____ fr. 65'007.70.

C. Con decisione del 18 ottobre 2023, il Municipio di CO 2 ha deliberato la commessa alla CO 1.

D. Contro tale decisione la RI 1 è insorta dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo chiedendone l'annullamento e l'aggiudicazione della commessa in proprio favore, previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame. Ha eccepito che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, non essendo idonea ai sensi dell'art. 34 RLCPubb/CIAP: al suo vertice non vi sarebbe alcun membro dirigente con il titolo di studio necessario ad operare nel settore. La ditta non disporrebbe inoltre di un preposto alla sicurezza, figura necessaria all'attività professionale in cantiere.

E. a. Invitata ad esprimersi sul ricorso, l'8 novembre 2023 la stazione appaltante ha informato il Tribunale di avere richiesto alla deliberataria, con scritto di pari data di cui ha allegato copia, *di presentare, entro il 13 novembre 2023, la documentazione che dimostri che è in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 34 RLCPubb/CIAP sull'idoneità degli offerenti*, pena la revoca del mandato.

b. All'accoglimento dell'impugnativa si è invece opposta l'aggiudicataria, la quale ha rilevato che il dipendente A_____ P_____ è titolare dal 12 ottobre 2012 di un diploma quale preposto alla sicurezza sul lavoro nell'impresa. Quanto alla sua presunta inidoneità a concorrere, la CO 1 ha evidenziato che G_____ B_____, direttore della ditta, possiede dal 1984 un diploma di geometra rilasciato dall'Istituto Tecnico Statale Commerciale e per Geometri Luigi Einaudi di Domodossola e vanta un'esperienza ultratrentennale come tecnico responsabile di cantiere nel settore marmi e graniti. Nel suo complesso, egli detiene un titolo certamente equipollente ad un Attestato Federale di Capacità (AFC).

c. L'Ufficio di vigilanza sulle <**commesse pubbliche**> è invece rimasto silente.

F. Con la replica l'insorgente, preso atto delle spiegazioni della deliberataria e visionata la documentazione agli atti, ha riconfermato le argomentazioni addotte. Ha in particolare osservato che il titolo di geometra del suo direttore, in assenza di un'attestazione ufficiale riconosciuta che ne certifichi l'equipollenza ad un AFC di piastrellista, non soddisfa i requisiti dell'art. 34 RLCPubb/CIAP.

G. a. In sede di duplica il committente si è rimesso al giudizio del Tribunale.

b. L'aggiudicataria, non condividendo le considerazioni espresse dalla ricorrente, ha affermato di non escludere di voler verificare la possibilità

di ottenere in futuro un'attestazione ufficiale circa l'equipollenza del titolo estero conseguito da G_____ B_____. Ha inoltre comunicato di aver provveduto, a far data dal 27 dicembre 2023, ad assumere un nuovo tecnico, A_____ L_____, in possesso di ultradecennale esperienza e di un AFC di piastrellista, precisando che il medesimo *verrà a breve inserito nel CdA dell'azienda come membro di Direzione.*

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. In quanto attiva nel campo della commessa e sollecitata a presentare un'offerta, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare la decisione con cui il committente ha assegnato la commessa a un altro offerente (art. 37 lett. d. LCPubb e art. 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100). Il ricorso, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è dunque ricevibile in ordine.

   1.2. Il giudizio può essere deciso sulla base degli atti, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAmm). Ad eventuali lacune negli accertamenti posti in essere dal committente si potrà se del caso porre rimedio rinviandogli la causa per nuovo giudizio previo annullamento della decisione impugnata (art. 86 cpv. 2 LPAmm).

2. 2.1. Secondo l'art. 25 LCPubb, il committente esclude dalla procedura gli offerenti che:

   a) non adempiono ai criteri di idoneità;
   b) hanno dato o danno al committente indicazioni false;
   c) non rispettano i principi sanciti all'art. 5 lett. a) e b);
   d) hanno comportamenti tali da impedire un'effettiva e libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante;
   e) sono oggetto di una procedura di concordato o di fallimento;
   f) hanno i medesimi titolari di offerenti che non adempiono ai principi dell'art. 5 o sono controllati dalle stesse persone;
   g) hanno i medesimi titolari o sono controllati dalle stesse persone riferibili a offerenti già esclusi per sanzione.

   2.2. Gli ordinamenti sulle <**commesse pubbliche** distinguono i criteri d'idoneità dai criteri d'aggiudicazione. I primi riguardano il concorrente, i secondi l'offerta in quanto tale. I criteri d'idoneità definiscono le condizioni che il concorrente deve soddisfare per essere ammesso a partecipare alla gara. I criteri d'aggiudicazione servono invece a valutare la bontà delle offerte al fine di individuare quella più vantaggiosa. I criteri d'idoneità si suddividono in criteri di carattere generale e criteri di carattere particolare. Alla prima categoria appartengono i criteri che qualsiasi concorrente deve soddisfare indipendentemente dalla natura della commessa o dal tipo di procedura adottato. Rientrano in particolare in questa categoria i criteri fissati dalla legge in merito al pagamento degli oneri sociali e delle imposte (art. 5 lett. c LCPubb). Sono invece da annoverare fra i criteri d'idoneità di carattere particolare le condizioni di partecipazione, che vengono fissate dalla legge stessa per certi tipi di commessa o dal committente mediante il capitolato in funzione di sue specifiche esigenze. Per principio, i criteri d'idoneità

devono essere soddisfatti al momento della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte. Non riguardando l'offerta in quanto tale, ma il concorrente, ove la legge o le prescrizioni di gara non dispongano diversamente, la dimostrazione del loro adempimento può nondimeno essere portata anche successivamente. Motivo d'esclusione irreversibile è di per sé soltanto il mancato adempimento dei criteri d'idoneità al momento della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte. La mancata dimostrazione del loro adempimento, invece, giustifica l'esclusione, ma questa conseguenza è irreversibile soltanto se è espressamente comminata dalla legge o dalle prescrizioni di gara.

2.3. Secondo l'art. 20 cpv. 1 LCPubb, il committente può esigere dall'offerente la prova dell'idoneità finanziaria, economica e tecnica. L'art. 34 cpv. 1 RLCPubb/CIAP stabilisce che gli offerenti devono essere iscritti nel rispettivo albo o registro professionale, se obbligatorio per l'esecuzione della prestazione. In assenza di albi o registri professionali obbligatori, soggiunge il cpv. 2, l'offerente deve possedere qualifiche almeno corrispondenti al relativo attestato federale di capacità (AFC) oppure al titolo necessario nello specifico ramo professionale per l'esecuzione della prestazione. Laddove non esistessero questi titoli professionali, l'offerente deve comprovare un'esperienza sufficiente. Rimane riservata al committente la possibilità di richiedere, nel bando, requisiti superiori (art. 34 cpv. 4 RLCPubb/CIAP). L'art. 34 cpv. 3 RLCPubb/CIAP precisa che se l'offerente è una ditta individuale iscritta a registro di commercio oppure una società, i requisiti devono essere adempiuti:

a) nelle commesse per le quali è richiesta l'iscrizione in un albo o registro professionale obbligatorio che autorizza a titolo personale l'esercizio della professione e nelle commesse edili senza albi o registri professionali: da un titolare, direttore o membro dirigente effettivo che partecipa alla gestione con presenza superiore al 50% della normale durata del lavoro;
b) nelle altre commesse di servizio: da un titolare o collaboratore professionale responsabile dell'esecuzione della commessa con presenza superiore al 50% della normale durata del lavoro.

Giusta l'art. 34 cpv. 5 RLCPubb/CIAP, gli offerenti con titoli esteri sono tenuti a dimostrare il rispetto dei requisiti del presente articolo tramite attestazione ufficiale riconosciuta.

3. 3.1. La ricorrente ha contestato essenzialmente l'idoneità a concorrere della deliberataria, rilevando che la società non risulta avere tra i suoi dirigenti una persona che soddisfa i requisiti posti dall'art. 34 RLCPubb/CIAP. Essa avrebbe dovuto essere esclusa.

3.2. Come esposto in narrativa, oggetto della commessa sono le opere da pavimentazione in pietra naturale inerenti alla ristrutturazione della scuola elementare di _____. Per poter partecipare alla gara gli offerenti dovevano quindi dimostrare che un loro titolare, direttore o [illegible] ti [illegible] lett. c RLCPubb/CIAP). Oltre a possedere i requisiti stabiliti dal cpv. 1, il titolare, direttore o membro dirigente effettivo doveva dimostrare di partecipare alla gestione della società con presenza superiore al 50% della normale durata del lavoro

(art. 34 cpv. 3 lett. a RLCPubb/CIAP).

3.3. Nella propria offerta, *sub* titolari/responsabili o membri dirigenti della ditta in possesso di un certificato di studi tecnici o diplomi secondo quanto richiesto dall'art. 34 RLCPubb/CIAP (vedi pag. 1), l'aggiudicataria ha inserito il nominativo del proprio direttore G_____ B_____, indicando che dispone del titolo di studio di geometra. In allegato alla risposta ha prodotto copia del relativo diploma conseguito nel 1984 presso l'Istituto Tecnico Statale Commerciale e per Geometri Luigi Einaudi di Domodossola.
A ragione la ricorrente sostiene che l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato tramite un'attestazione ufficiale riconosciuta, che G_____ B_____ possiede qualifiche almeno corrispondenti all'AFC di piastrellista. Malgrado i puntuali dubbi espressi in replica dall'insorgente su questo punto, l'aggiudicataria non ha infatti apportato alcun elemento atto a dimostrare l'equipollenza del diploma di geometra ottenuto in Italia al tirocinio che porta al conseguimento di un AFC di piastrellista, limitandosi invero ad affermare che non avrebbe escluso di approfondire la questione *verificando la possibilità di ottenere, nel prossimo futuro, un'attestazione ufficiale circa l'equipollenza dei titoli esteri già presentati* (cfr. duplica). Seppur non sia stato messo in discussione, nulla è inoltre dato di sapere circa il ruolo svolto da G_____ B_____ in seno alla società. Il Municipio ha omesso infatti di accertare se il nominato parteci effettivamente alla gestione della CO 1 con presenza superiore al 50% della normale durata di lavoro come richiesto dall'art. 34 cpv. 3 lett. a RLCPubb/CIAP.
In simili condizioni, questo Tribunale non è in grado di verificare se la CO 1 adempie pienamente i requisiti di idoneità esatti dall'art. 34 cpv. 1 lett. c e 3 lett. a RLCPubb/CIAP. Posto che non spetta al Tribunale cantonale amministrativo rimediare alle carenze istruttorie poste in essere dall'autorità comunale, la pratica va retrocessa alla stazione appaltante affinché si pronunci nuovamente, dopo aver assunto le prove che le permettano di adottare una decisione conforme al diritto.
Non permette di mutare questa conclusione la circostanza, addotta dall'aggiudicataria, secondo cui essa avrebbe provveduto a far tempo dal 27 dicembre 2023 ad assumere *un nuovo tecnico*, che sarebbe stato *a breve inserito nel CdA dell'azienda come membro di Direzione*, in possesso *di ultradecennale esperienza* e di un AFC di piastrellista. I criteri d'idoneità devono essere infatti soddisfatti al momento della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte (*supra,* consid. 2.2).

4. Sulla scorta di quanto precede il ricorso va di conseguenza accolto parzialmente, annullando la controversa delibera, siccome lesiva del diritto (art. 38 cpv. 1 lett. a LCPubb), e rinviando gli atti al committente per nuova decisione.

5. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda cautelare tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al gravame.

6. Secondo giurisprudenza, il rinvio dell'incarto all'istanza precedente per procedere a complementi istruttori, con esito aperto, comporta che chi

ricorre sia considerato come vincente (STF 2C_570/2022 del 20 febbraio 2023 consid. 5.2 con riferimenti). La tassa di giustizia è quindi posta a carico della deliberataria e del committente, secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Quest'ultimo non può essere mandato esente da qualsiasi aggravio pur essendosi rimesso al giudizio del Tribunale, poiché con la sua decisione ha provocato il contenzioso in cui è intervenuto a tutela di interessi economici propri (DTF 128 II 90 consid. 2b). Non si assegnano ripetibili alla ricorrente, che non si è avvalsa del patrocinio di un legale (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Il ricorso è parzialmente accolto.
   Di conseguenza:
   1.1. la decisione del 18 ottobre 2023 con la quale il Municipio di CO 2 ha aggiudicato alla CO 1 le opere di pavimentazione in pietra naturale per la ristrutturazione della scuola elementare è annullata;
   1.2. gli atti sono rinviati al committente per nuova decisione.

2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.- è posta a carico della CO 1 e del Comune di CO 2 in ragione di metà (fr. 1'000.-) ciascuno. Alla ricorrente va restituito l'anticipo versato.

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 di cui all'art. 83 lett. f LTF.

4. Intimazione a:

Per il Tribunale cantonale amministrativo
La presidente La vicecancelliera