Incarto n.
52.2021.436

Lugano
24 gennaio 2022

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 2021 della

**RI 1**

contro

la decisione del 14 ottobre 2021 con cui il Municipio di CO 2, in esito a un concorso a invito per l'aggiudicazione del controllo degli impianti a combustione (20° ciclo), ha deliberato la commessa alla ditta CO 1;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 18 agosto 2021 il Municipio di CO 2 ha promosso una procedura di concorso a invito, retta dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100), per aggiudicare il servizio dei controlli degli impianti a combustione (20° ciclo) situati sul territorio comunale. Il bando di concorso, inviato a tre potenziali concorrenti, annunciava che la commessa sarebbe stata assegnata sulla base dei seguenti criteri di aggiudicazione e relativi fattori di ponderazione:

| Pos. | **Criteri** | **Ponderazione** |
|---|---|---|
| 1 | Prezzo | 35% |
| 2 | Qualifiche professionali | 25% |
| 3 | Esperienza e referenze | 22% |
| 4 | Criterio ambientale | 10% |
| 5 | Apprendisti | 5% |
| 6 | Perfezionamento professionale | 3% |

Precisava come segue il metodo di assegnazione dei punti per i criteri del *prezzo* e dell'*esperienza e referenze.*

**2.4.1. Assegnazione della nota sul criterio n° 1 - Prezzo**

La nota concernente il criterio del prezzo è assegnata nel seguente modo, dopo il controllo aritmetico ed eventuali correzioni

| Pos. | **Prezzo** | **Punteggio** |
|---|---|---|
| 1 | Migliore offerta - Nota massima (**$N_{max}$**) | 6 |
| 2 | + 30 % del prezzo rispetto alla migliore offerta - Nota sufficienza (**$N_s$**) | 5 |
| 3 | Per tutti gli altri casi per un importo di un'offerta ($P_x$), calcolo del punteggio (**$N_x$**) arrotondato a 0.10 secondo la formula | calcolo |

Calcolo di Nx mediante la seguente formula per un importo Px:

$$N_x = N_{max} - \frac{N_{max} - N_s}{P_{min} * S} * (P_x - P_{min})$$

Note: Pmin = importo offerta più bassa
S = condizione di economicità = 30%
Nel caso dal calcolo risultasse una nota negativa, è assegnata la nota minima 1.

**2.4.3. Assegnazione della nota sul criterio n° 3 - Esperienza e referenze**

| Pos. | **Esperienza e referenze ultimi 3 cicli** | **Punteggio** |
|---|---|---|
| 1 | > 4000 controlli eseguiti | 6 |
| 2 | > 3200 ≤ 4000 controlli eseguiti | 5 |
| 3 | > 1500 ≤ 3200 controlli eseguiti | 4 |
| 4 | > 900 ≤ 1500 controlli eseguiti | 3 |
| 5 | > 400 ≤ 900 controlli eseguiti | 2 |
| 6 | ≤ 900 controlli eseguiti | 1 |

Il documento indicava mezzi e termini di ricorso. Nessuno lo ha tuttavia impugnato.

B. Entro il termine utile tutte le ditte interpellate hanno risposto all'invito, inoltrando offerte che come previsto dagli atti di gara sono state aperte l'8 settembre 2021. Nel relativo verbale è stato iscritto quanto segue:

| | | |
|---|---|---|
| CO 1 | 69'991.00 | NON SOGGETTO IVA |
| T_____ | 72'871.00 | |

Dopo aver valutato le stesse, il 14 ottobre 2021 il Municipio ha deliberato la commessa alla ditta CO 1, giunta prima in graduatoria con il punteggio 87.67.

C. Contro la predetta decisione la RI 1, seconda classificata, è insorta dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo chiedendone l'annullamento e la conseguente delibera a proprio favore, previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame. Secondo la ricorrente, il metodo di valutazione del prezzo, nella misura in cui è stato utilizzato il totale dell'offerta comprensivo dell'IVA, penalizzerebbe le ditte soggette al pagamento di questa tassa avvantaggiando quelle che invece non ne sono assoggettate. La RI

1 mette inoltre in dubbio il fatto che la CO 1 sia esentata dal pagamento dell'IVA e contesta l'attendibilità dell'autodichiarazione sottoscritta al riguardo. Per finire, la ricorrente critica la nota attribuita alla deliberataria in tema di *esperienza e referenze,* sostenendo che i dati forniti riguardo ai controlli eseguiti nel 18° e 19° ciclo non sarebbero corretti.

D. a. Con la risposta il committente si è rimesso al giudizio del Tribunale per quanto riguarda il tema dell'IVA, che in effetti non sarebbe sinora mai stato precisato con specifiche direttive o giurisprudenze, non senza rilevare che *in prima pagina era richiesto di evidenziare se gli offerenti siano o meno assoggettati all'Imposta sul valore aggiunto (IVA), permettendo così alla ricorrente di prendere atto che la propria offerta potesse essere messa in concorrenza con delle ditte non assoggettate all'IVA*. Ha invece chiesto per il resto la conferma della propria decisione. Esso ha difeso il metodo applicato per la valutazione dell'esperienza e referenze, rilevando di avere tenuto conto delle indicazioni fornite dagli offerenti nel Complemento d'offerta (posizione 1, pag. 4). Ha quindi evidenziato di non avere avuto motivo di dubitare della correttezza dei dati indicati dalla CO 1, supportati peraltro dagli estratti delle statistiche del Controllo della Combustione (ConComDat) allegati all'offerta.

b. L'aggiudicataria si è opposta all'accoglimento del gravame. Essa nessuno e all'IVA ervato che il metodo adottato dal committente sarebbe corretto.

ura 'IVA l'offerta che l'offerente, e di riflesso il committente, dovrà versare.

E. Con la replica e la duplica le parti si sono riconfermate nelle loro posizioni, puntualizzandole con argomentazioni di cui si dirà - per quanto necessario - nei considerandi seguenti.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. In quanto partecipante al concorso oggetto del contendere e seconda classificata, l'insorgente è

senz'altro legittimata a contestare la decisione con cui il committente ha affidato ad altro concorrente la commessa (art. 37 lett. d LCPubb e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100). Il gravame, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è pertanto ricevibile in ordine.

1.2. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza procedere all'assunzione delle prove sollecitate dalla ricorrente (accertamenti in merito ai controlli effettuati dalla deliberataria negli ultimi due cicli e sulla sua situazione contributiva), insuscettibili di apportare elementi rilevanti per il giudizio (art. 25 cpv. 1 LPAmm).

2. Giusta l'art. 32 cpv. 1 LCPubb, il committente aggiudica la commessa a favore dell'offerta complessivamente più vantaggiosa determinata sulla scorta di diversi criteri, quali il termine, la qualità, il prezzo, la sua attendibilità, l'economicità, i costi di servizio, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale, la responsabilità sociale, la formazione e il perfezionamento degli apprendisti e il valore tecnico; i criteri di aggiudicazione, soggiunge l'articolo (cpv. 2), devono essere indicati nei documenti del bando, in ordine di importanza. Riallacciandosi a questa norma di legge, l'art. 53 cpv. 1 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) ribadisce che i criteri di aggiudicazione devono essere pertinenti con la commessa e precisati nel bando per ordine di importanza, con il relativo valore di ponderazione.
L'esigenza di fissare preventivamente i criteri di aggiudicazione in ordine d'importanza discende soprattutto dal principio di trasparenza, che informa la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche (art. 1 cpv. 1 lett. c LCPubb). I criteri di aggiudicazione, scelti in funzione della natura e delle caratteristiche della commessa, devono essere indicati già in sede di pubblicazione del bando, allo scopo di predeterminare, secondo tale principio, il quadro all'interno del quale il committente si impegna ad esercitare il proprio apprezzamento ai fini della delibera. Attraverso la predeterminazione di tali criteri viene invero limitata, se non esclusa, la libertà del committente di valutare le offerte pervenutegli secondo parametri elaborati a posteriori nell'ottica di giustificare una determinata scelta (DTF 125 II 86 consid. 7c pag. 100 segg.).
Sempre nel quadro della preventiva definizione dei criteri di aggiudicazione, il committente deve di principio indicare almeno sommariamente anche il metodo che intende applicare per valutare concretamente le offerte. Diversamente, lasciando al committente la più ampia libertà di scegliere il metodo di valutazione dei singoli criteri di aggiudicazione soltanto dopo l'apertura delle offerte, può essere disatteso il principio di trasparenza, che l'obbligo di predeterminare questi parametri assieme ai fattori di ponderazione intende invece salvaguardare (RtiD I-2017 n. 16 consid. 3.1; STA 52.2017.568 del 25 settembre 2018 consid. 6, 52.2014.131 del 3 luglio 2014 consid. 2.1, 52.2012.326 dell'8 ottobre 2012 consid. 4.1).
Il committente non deve tuttavia necessariamente prestabilire complesse griglie di valutazione. Esso può anche limitarsi a definire preventivamente soltanto una scala delle note, congruente per tutti i

criteri d'aggiudicazione, che indichi sommariamente, anche mediante semplici predicati, come intende valutare le offerte sulla base delle informazioni concretamente richieste dal bando e fornitegli dai concorrenti. Dovrà poi, nella motivazione del provvedimento di delibera, fornire una giustificazione adeguata e sostenibile della nota che ha attribuito ai singoli concorrenti per ogni criterio d'aggiudicazione, dopo averne comparato in modo rispettoso della parità di trattamento gli aspetti che secondo il bando si è impegnato a valutare (STA 52.2020.375 del 12 ottobre 2020, 52.2019.47 del 6 maggio 2019 consid. 2.1, 52.2013.440 del 4 dicembre 2013 consid. 2.1, 52.2010.14 del 18 marzo 2010 consid. 3.1).

3. La ricorrente ha innanzitutto censurato il metodo applicato dal committente per assegnare la nota nel criterio del prezzo. Ritiene che il fatto di tenere in considerazione il prezzo totale comprensivo dell'IVA sia svantaggioso per quelle imprese che ne sono assoggettate, rispetto a quelle che invece non sono tenute a fatturare al committente questa tassa, creando in tal modo una disparità di trattamento.

   3.1. Sulla base della prescrizione di gara di cui alla pos. 2.4.1, riportata in narrativa, il committente ha operato la seguente valutazione:

| | prezzo (IVA inclusa) | nota | |
|---|---|---|---|
| RI 1 | 72'659.55 | 5.75 | |
| CO 1 | 69'991.00 | 6.00 | non soggetto IVA |
| T_____ | 72'871.00 | 5.73 | |

   La stazione appaltante ha spiegato di essersi attenuta scrupolosamente ai parametri di calcolo stabiliti negli atti di gara (pos. 2.4.1) e di avere utilizzato l'importo totale offerto dai tre concorrenti e da loro esposto nella prima pagina del capitolato d'oneri e modulo d'offerta. A torto l'insorgente si ritiene legittimata ad avversare il metodo applicato dal committente nel contesto di un'impugnativa contro la delibera. Avendo rinunciato ad impugnare la documentazione di gara, la ricorrente - che ha anche presentato un'offerta senza sollevare alcuna obiezione (agire implicante *ex lege* l'accettazione di tutte le condizioni di gara; art. 40 cpv. 2 RLCPubb/CIAP) - non può ora contestare con successo la modalità di assegnazione del punteggio nel criterio del prezzo utilizzata dalla stazione appaltante. Le prescrizioni di gara erano chiare e i concorrenti erano stati esplicitamente invitati a indicare se erano assoggettati all'IVA e, se imponibili, l'imposta doveva essere aggiunta all'importo totale (cfr. pagina di copertina del capitolato d'oneri e modulo d'offerta e tabella riassuntiva pag. 18). Che le offerte esentate dall'IVA avrebbero potuto godere di un certo vantaggio era di evidenza sin dall'inizio: in difetto dell'impugnazione del bando, le contestazioni a questo proposito sono quindi tardive e non possono essere ascoltate. A titolo abbondanziale, si osserva che la censura dell'insorgente secondo cui un simile modo di procedere penalizzerebbe le ditte soggette al pagamento dell'IVA appare ad ogni modo infondata. Se da un lato è vero che la legislazione sulle commesse pubbliche è silente sulla questione di sapere se il prezzo

deve essere valutato tenendo in considerazione dell'IVA o meno, è dall'altro lato altrettanto evidente che le commesse vengono assegnate sulla base dell'importo complessivo offerto, che il committente è in definitiva tenuto a corrispondere, e comprende necessariamente (per le ditte che sottostanno all'obbligo fiscale) l'IVA. Non è dunque possibile per l'ente banditore apportare correzioni di sorta ai fini di un confronto delle offerte, che devono invece essere valutate così come presentate. Tale modo di procedere non disattende il principio della parità di trattamento tra concorrenti (cfr. le sentenze del Tribunale amministrativo del Canton Grigioni n. U 2013 10 del 16 aprile 2013 pubblicata in BR 2014 pag. 29; n. U 2011 77 del 13 dicembre 2011 consid. 1; vedi inoltre la sentenza della Direzione della giustizia, degli affari comunali e degli affari ecclesiastici del Canton Berna n. 32.08-14.67 del 14 aprile 2015 pubblicata in BR 2015 pag. 233 e seg.). In concreto dunque, l'agire dell'ente banditore, che ha considerato per il calcolo del prezzo *l'importo totale offerto dai tre concorrenti e da loro esposto nella prima pagina del Capitolato d'oneri e modulo d'offerta*, non lede i principi che reggono la materia e deve essere tutelato.

3.2. Nemmeno vi è motivo di dubitare dell'attendibilità dell'autocertificazione ai sensi dell'art. 39a RLCPubb/CIAP sottoscritta dalla deliberataria con cui ha dichiarato di non essere assoggettata al pagamento dell'IVA. A tale dichiarazione il committente poteva senz'altro attribuire un peso accresciuto (a fronte della sua portata giuridica e delle possibili gravi conseguenze che può comportare in caso di false indicazioni: sanzioni penali e amministrative, esclusione dalla procedura o la revoca dell'aggiudicazione). Le critiche sollevate dalla ricorrente cadono dunque nel vuoto.

3.3. In conclusione, non vi è motivo per discostarsi dalle valutazioni effettuate dall'Ufficio tecnico comunale, fatte proprie dal committente in merito al criterio del prezzo: alla deliberataria spetta la nota 6, alla ricorrente la nota 5.75, note ottenute considerando il prezzo globale offerto (con IVA per la ricorrente, senza per la deliberataria, non essendo imponibile).

4. L'insorgente ha pure avversato la nota conseguita dall'aggiudicataria in relazione al criterio dell'*esperienza e referenze*. A mente sua, i dati forniti in merito ai controlli effettuati non sarebbero attendibili.

4.1. Le cosiddette *referenze* servono essenzialmente ad attestare la capacità tecnica del concorrente di realizzare l'opera messa a concorso, rispettivamente di fornire la prestazione oggetto della commessa. Forniscono quindi anzitutto informazioni sull'idoneità del concorrente e non sulla bontà dell'offerta. Dottrina e giurisprudenza ammettono tuttavia la possibilità di utilizzarle come criteri d'aggiudicazione, in quanto atte a permettere al committente di esprimere indirettamente anche un giudizio sulla qualità dell'offerta, in particolare nei casi in cui hanno rilievo l'esperienza e la capacità professionale (cfr. DTF 139 II 489 consid. 2.1-2.2 con rinvii alla giurisprudenza e alla dottrina; RtiD II-2017 n. 13 consid. 4.2, I-2012 n.

14 consid. 2.2.1; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 del 5 marzo 2018 consid. 2.2; cfr. inoltre PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, III ed., Zurigo 2013, n. 618 segg.; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, vol. 16, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008, n. 167, pag. 65).
4.2. Di regola, le referenze sono costituite da lavori analoghi, eseguiti dal concorrente con soddisfazione del committente, in epoca preferibilmente recente e per quanto possibile con il medesimo personale, soprattutto dirigente (quadri, specialisti; RtiD II-2017 n. 13 consid. 4.3, I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 citata consid. 2.3; cfr. inoltre sulla distinzione tra referenze aziendali e personali: STA 52.2012.386 del 6 dicembre 2012 consid. 2.1-2.3, massimati in HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz: Überblick - Erlasse - Rechtsprechung, IX ed., Zurigo 2014, n. 89 segg., pag. 516). La definizione di "lavori analoghi" va anzitutto ricercata nelle disposizioni di gara, che notoriamente costituiscono la *lex specialis* del procedimento concorsuale. In assenza di spiegazioni nelle regole fissate dal committente, questo Tribunale ha stabilito che per lavori analoghi o simili occorre intendere interventi che sia dal profilo qualitativo, sia dal profilo quantitativo presentano un adeguato grado di analogia con l'opera messa a concorso. Caratteristiche del lavoro messo a concorso e mezzi occorrenti per realizzarlo devono presentare sufficienti momenti di affinità con i lavori addotti come referenza, tali da giustificare il riconoscimento di una similitudine. Il significato del requisito "lavori analoghi" può essere dedotto soltanto dalle caratteristiche specifiche della commessa raffrontate con quelle dei lavori eseguiti (cfr. STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019 consid. 3.2, 52.2018.208 dell'8 agosto 2018 consid. 2.3, 52.2018.81 del 21 giugno 2018 consid. 3.3, 52.2015.60 del 30 aprile 2016 consid. 2.3, 52.2013.526 del 9 gennaio 2014 consid. 2.2, 52.2011.154 del 21 giugno 2011 consid. 2.2).

4.2. Nella valutazione delle referenze, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale, il cui esercizio può essere censurato da parte dell'autorità di ricorso unicamente nella misura in cui integra gli estremi della violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso di potere (art. 38 cpv. 1 lett. a LCPubb; cfr. MARCO BORGHI/GUIDO CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2d ad art. 61). Presupposto irrinunciabile ai fini dell'esercizio di tale potere da parte del committente è un'adeguata conoscenza delle prestazioni fornite a terzi, che vengono addotte dai singoli concorrenti a titolo di referenza. Questa esigenza richiama, a sua volta:

- la produzione, da parte dei concorrenti, di un'esauriente documentazione, che le descriva in dettaglio, specificandone le caratteristiche, l'importanza e l'epoca in cui sono state effettuate;
- una circostanziata verifica, da parte del committente, delle indicazioni fornite dai concorrenti, esperita secondo criteri uniformi ed eventualmente integrata dall'assunzione di informazioni supplementari, adeguatamente protocollate;
- una congrua motivazione della valutazione operata dal committente, che permetta ai concorrenti di eventualmente esercitare i loro diritti di difesa e consenta nello stesso tempo

all'autorità di ricorso di pronunciarsi con sufficiente cognizione di causa sulla correttezza dell'apprezzamento (RtiD I-2010 n. 25 consid. 4.3 con rinvii; RDAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.568 del 25 settembre 2018 consid. 4.2, 52.2016.629 del 22 maggio 2017 consid. 3.4, 52.2012.386 citata consid. 2.2).

Spesso, i committenti si accontentano di una generica e sommaria indicazione delle referenze, che valutano fondandosi sulle particolari conoscenze del settore interessato, di cui dispongono i loro consulenti. In questi casi, ove sorgano contestazioni sull'ammissibilità o sulla valutazione di singole referenze, spetta al committente, rispettivamente alla parte gravata dall'onere della prova, fornire all'autorità di ricorso le informazioni supplementari, necessarie per metterla in condizione di verificare la correttezza delle loro deduzioni. Non possono pretendere che il Tribunale cantonale amministrativo ponga rimedio alla mancanza d'informazioni accessibili a tutti gli interessati, esperendo accertamenti sulle caratteristiche intrinseche dei lavori addotti a titolo di referenza (RtiD I-2010 n. 25 consid. 4.3; STA 52.2018.81 citata consid. 3.4).

4.3. Nel caso che qui ci occupa il committente ha annunciato che la nota per il criterio dell'*esperienza e referenze* sarebbe stata attribuita in funzione del numero di controlli eseguiti dall'offerente negli ultimi due cicli. Per permettere all'ente banditore di valutare il criterio di cui trattasi i concorrenti dovevano compilare la tabella *Complemento d'offerta (CO)* predisposta dalla committenza a pag. 4 del capitolato. Al fine di verificare il numero degli impianti controllati e indicati nelle tabelle, il committente ha chiesto alle ditte invitate di *allegare l'estratto delle statistiche del ConComDat.* Li ha inoltre avvertiti che *la compilazione non veritiera o l'allestimento incompleto del presente complemento d'offerta,* avrebbe comportato *l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione.*

4.4. La deliberataria ha compilato la tabella indicando di avere effettuato 1451 controlli nel 18° ciclo e 3066 nel 19°, per un totale di 4517 controlli. Alla sua offerta del 2 settembre 2021 essa ha allegato gli estratti dei dati statistici del Controllo della Combustione che confermano la correttezza delle informazioni rilasciate. Inutilmente la ricorrente ne mette quindi in dubbio la plausibilità. Sulle stesse non occorre pertanto indagare ulteriormente. La nota 6 ottenuta dalla deliberataria non presta il fianco alla critica.

5. Visto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

6. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo all'impugnativa.

7. La tassa di giustizia (art. 47 cpv. 1 LPAmm) e le ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm) sono poste a carico della ricorrente secondo soccombenza.

Per questi motivi,

**decide:**

1. Il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.-, già anticipata dalla ricorrente, rimane a suo carico. Essa rifonderà inoltre alla deliberataria fr. 1'000.- a titolo di ripetibili.

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
Il presidente La vicecancelliera

**<< Documento stampato da www.sentenze.ti.ch >>**

