Incarti n.
52.2024.27
52.2024.28

Lugano
13 marzo 2024

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

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

cancelliera: Paola Passucci

statuendo sui ricorsi del 18 gennaio 2024 di

a. **RI 1**

b. RI 2,
patrocinate da:

contro

le decisioni del 27 dicembre 2023 con cui l'CO 2 ha deliberato le commesse per la fornitura di opere in pietra 1 e 2 occorrenti per lo sviluppo del progetto "_____" alla CO 1 di _____;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 17 agosto 2022 l'CO 2 ha promosso tre procedure di concorso su invito per aggiudicare la fornitura di manufatti in pietra naturale locale, eseguiti con diverse lavorazioni, da posare sui percorsi del progetto "_____" nei Comuni di _____, _____, _____, _____, _____, _____, _____, _____ e _____. L'appalto è stato suddiviso in tre lotti: le opere in pietra 1, 2 e 3.

La documentazione di gara trasmessa agli invitati indicava che la procedura era retta dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100). Le disposizioni particolari CPN 102 erano impostate in maniera identica per le (tre) forniture messe a concorso e rinviavano ai *requisiti secondo* (la) *LCPubb in vigore* per quanto riguarda i criteri di idoneità (pos. 223).

Stabilivano inoltre, alla pos. 238.100, che le offerte sarebbero state valide per 12 mesi a decorrere dalla data d'inoltro, riservata la possibilità al committente di richiedere di prolungare ulteriormente la validità delle stesse.

B. Entro il termine utile (9 settembre 2022), per i lotti fornitura pietre 1 e 2, qui in discussione, sono giunte al committente le seguenti offerte:

Ditta	Fornitura pietra 1	Fornitura pietra 2
RI 1	fr. 124'383.-	fr. 34'594.-
CO 1	fr. 81'684.75	fr. 32'002.81
RI 2	fr. 78'621.-	

C. Con decisioni del 27 dicembre 2023 il committente ha aggiudicato le commesse alla CO 1 in esito alle seguenti graduatorie:

- fornitura pietra 1 1. CO 1 punti 5.466
2. RI 2 punti 5.150
3. RI 1 punti 2.613

- fornitura pietra 2 1. CO 1 punti 5.700
2. RI 1 punti 5.128

D. Con separate impugnative di tenore identico, insorgono ora contro le predette decisioni dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo le ditte RI 2 e RI 1, seconde classificate in entrambe le graduatorie. Esse chiedono l'annullamento delle risoluzioni impugnate e l'aggiudicazione in proprio favore delle opere, previa concessione dell'effetto sospensivo ai ricorsi. Le ricorrenti sostengono che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere estromessa dalle gare. Da un incontro tenutosi con il progettista (arch. _____) sarebbe infatti emerso che questa avrebbe ottenuto una rateizzazione per il pagamento dei contributi AVS relativi all'anno 2021. Essa avrebbe inoltre proposto uno sconto in maniera inammissibile e cancellato dalle righe ufficiali dei moduli d'offerta alcuni importi, correggendoli con altre cifre, senza utilizzare il foglio di correzione. Le ricorrenti confermano integralmente il contenuto delle loro offerte (essendo la validità delle stesse nel frattempo scaduta al pari delle dichiarazioni comprovanti l'avvenuto pagamento degli oneri sociali e delle imposte annesse alle medesime) e sollecitano l'aggiudicazione diretta a loro favore producendo in questa sede delle attestazioni aggiornate.

E. a. In sede di risposta la stazione appaltante si rimette al giudizio del Tribunale. Riconosce che il consulente incaricato di esaminare le offerte ha probabilmente ignorato in maniera inconsapevole il dettaglio relativo alla scadenza del "Decreto esecutivo del 15 aprile 2020 concernente la modifica delle procedure in materia di commesse pubbliche in tempo di emergenza epidemiologica da Covid 19", abrogato a decorrere dal 1° luglio 2022, dei cui effetti beneficiava la deliberataria, la quale *in effetti ha presentato i giustificativi attestanti una rateizzazione dei contributi AVS per l'anno 2021.* Con riferimento alla scadenza delle offerte e alla mancata richiesta di conferma delle stesse al momento della delibera, la

stazione appaltante prende atto della volontà espressa dalle ricorrenti di confermare le loro offerte iniziali e postula, in caso di annullamento delle delibere, di aggiudicare direttamente le commesse in modo che i lavori possano iniziare al più presto, senza addebito di spese e ripetibili. Il Tribunale dovrebbe infatti tenere in considerazione la buona fede della committenza e il fatto che il progetto, di pubblica utilità, gode del sostegno pubblico.

b. La deliberataria e l'Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche sono invece rimasti silenti.

F. a. In sede di replica le ricorrenti ribadiscono le proprie tesi e domande. Annotano che la committente ha ammesso l'errore nella valutazione dell'idoneità della deliberataria, che beneficiava in effetti degli effetti del decreto esecutivo, e rilevano che il medesimo è tuttavia inapplicabile nel caso concreto. Ribadiscono le censure sollevate con il ricorso con riferimento alle inammissibili proposte di sconto e correzioni dei prezzi poste in essere dall'aggiudicataria, rilevando come sulle stesse la stazione appaltante non si sia minimamente espressa. Affermano infine che l'asserita buona fede della committenza, come pure il fatto che la stessa goda di un sostegno pubblico e realizzerà un'opera di pubblica utilità, non le permette chiaramente di poter validamente contestare l'assegnazione di tasse, spese e ripetibili. Se così fosse, in quest'ambito i committenti non dovrebbero mai farsi carico di tali oneri, ciò che non è evidentemente possibile.

b. Nessuno ha duplicato.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb. Sollecitate a presentare un'offerta e seconde classificate in entrambe le graduatorie, le ricorrenti sono senz'altro legittimate a contestare la delibera ad un altro concorrente (art. 37 lett. d LCPubb e art. 65 cpv. 1 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100).

1.2. Quanto alla tempestività il Tribunale considera quanto segue.

1.2.1. Gli art. 17 a 19 LPAmm disciplinano esaustivamente la forma delle notificazioni per iscritto (art. 17 LPAmm), per via elettronica (art. 18 LPAmm) e per via edittale (art. 19 LPAmm). La regola rimane comunque quella dell'intimazione per mezzo della posta, disciplinata dalle condizioni generali "servizi postali" della Posta Svizzera, con facoltà di optare per un invio semplice o per un invio raccomandato con o senza ricevuta di ritorno (STA 52.2016.438/440 del 5 aprile 2018; cfr. messaggio n. 6645 del 23 maggio 2013 concernente la revisione totale della legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966, cap. 4.1, pag. 12). Per costante giurisprudenza del Tribunale federale, l'onere della prova della notifica di un atto o della data della notifica incombe in linea di massima all'autorità che intende trarne una conseguenza giuridica

(DTF 142 V 125 consid. 4.3, 136 V 295 consid. 5.9 con i numerosi rinvii). L'autorità deve pertanto sopportare le conseguenze della mancata prova, nel senso che se la notifica di un atto o la data della notifica sono contestate e se esistono effettivamente dubbi a tale proposito, ci si baserà sulle dichiarazioni del destinatario dell'invio (DTF 129 I 8 consid. 2.2, 124 V 400 consid. 2a; STF 6B_869/2014 del 18 settembre 2015 consid. 1.2). Se l'autorità opta per la notifica di un atto mediante invio postale semplice, essa dovrà però assumere l'onere della prova in base alla regola dell'art. 8 del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CCS, RS 210), applicabile per la sua portata generale anche al diritto pubblico (cfr. messaggio n. 6645 citato, pag. 12; MARCO BORGHI/GUIDO CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2, 4-5 ad art. 14).

1.2.2. In concreto, la stazione appaltante, che ha spedito le decisioni di aggiudicazione del 27 dicembre 2023 per posta semplice e che era dunque investita dell'onere probatorio, non è stata in grado di dimostrare quando le stesse siano state notificate alle ricorrenti. La circostanza, addotta dall'Ente appaltante in sede di risposta, secondo cui le decisioni di aggiudicazione sarebbero state inviate *anche via mail il 27 dicembre 2023 con la richiesta di conferma di lettura, ciò che la maggioranza dei concorrenti ha fatto,* non dimostra senza dubbio che le ricorrenti ne abbiano preso conoscenza. Agli atti non esiste prova delle predette comunicazioni di posta elettronica né della lettura dei messaggi. Esistendo dubbi riguardo alla data della notifica, occorre quindi fondarsi sulle dichiarazioni delle destinatarie degli invii e partire dal presupposto che le insorgenti hanno preso atto delle decisioni di delibera al rientro delle ferie natalizie, ovvero l'8 gennaio 2024. I ricorsi, inoltrati il 18 gennaio successivo, sono dunque tempestivi (art. 36 cpv. 1 LCPubb).

1.3. Entrambe le impugnative sono ricevibili in ordine e, avendo il medesimo fondamento di fatto, possono essere evase con un unico giudizio (art. 76 cpv. 1 LPAmm), sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAmm).

2. Notoriamente, soltanto offerte conformi alle prescrizioni di gara entrano in considerazione per l'aggiudicazione. Le prescrizioni di gara costituiscono in effetti la legge stessa del concorso e vincolano tanto i concorrenti, quanto il committente, che deve rispettarle per non incorrere in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento e del principio della trasparenza (cfr. art. 1 cpv. 1 lett. a e c LCPubb). Al momento della loro apertura le offerte devono quindi risultare complete, corrette, nonché compilate nel rispetto delle condizioni stabilite dal bando di concorso e della relativa documentazione di gara (cfr. 26 cpv.1 LCPubb e 40 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). Questo, in particolare, per permettere al committente di effettivamente raffrontare tra loro le varie proposte ricevute e di scegliere quella oggettivamente più vantaggiosa. Offerte difformi vanno per principio escluse dalla gara; la difformità può consistere sia nella disattenzione di esigenze

imposte dalla legge o dalle regole del concorso, sia nella mancata compilazione di posizioni del capitolato d'appalto, sia nell'offerta di prestazioni che non rispondono alle prescrizioni fissate dagli atti di gara. Resta in ogni caso riservato il principio di proporzionalità, in particolare nell'ottica del divieto di formalismo eccessivo; difformità irrilevanti vanno tollerate (STF 2C_458/2008 del 15 dicembre 2008 consid. 3.1; 2P.339/2001 del 12 aprile 2002 consid. 5 c/cc in: RDAT II-2002 n. 47 pag. 158 segg.; STA 52.2021.512 del 26 aprile 2022 consid. 3; MATTEO CASSINA, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, vol. 11 collana gialla CFPG, Lugano 2008, pag. 34).

3. 3.1. Giusta l'art. 5 lett. a LCPubb il committente può aggiudicare la commessa oggetto del concorso unicamente a offerenti che garantiscono l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, il pagamento delle imposte, del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei contratti collettivi di lavoro vigenti per categoria di arti e mestieri e/o i contratti nazionali mantello. La norma sancisce un criterio d'idoneità di carattere generale, volto a garantire le conquiste sociali e la pace del lavoro, prevenendo il cosiddetto *dumping* sociale (cfr. messaggio n. 4806 del 28 ottobre 1998 del Consiglio di Stato concernente l'adozione della LCPubb, commento ad art. 5). Accanto a questo scopo di politica sociale, la norma tende inoltre ad assicurare la parità di trattamento tra i concorrenti, impedendo loro di trarre indebiti vantaggi dalle inadempienze degli obblighi in questione (cfr. STA 52.2011.2 del 27 gennaio 2011; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/
MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, III ed., Zurigo 2013, n. 514 segg.). I concorrenti che non rispettano i principi sanciti dalla disposizione di cui trattasi vanno esclusi dall'aggiudicazione (vedi art. 25 lett. c LCPubb; cfr. fra le tante: STA 52.2018.281 del 3 settembre 2018 consid. 3.1).

3.2. Riallacciandosi all'art. 5 lett. a LCPubb, l'art. 39 cpv. 1 RLCPubb/CIAP prescrive di allegare all'offerta le dichiarazioni comprovanti l'avvenuto pagamento di:

a) AVS/AI/IPG/AD;
b) Assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia;
c) SUVA o istituto analogo;
d) Cassa pensione (LPP);
e) Imposte alla fonte;
f) Imposte federali, cantonali e comunali;
g) Imposte sul valore aggiunto (IVA);
h) Pensionamento anticipato (PEAN);
i) Contributi professionali;

unitamente a una dichiarazione del competente organo di vigilanza che attesti il rispetto di un contratto collettivo di lavoro, di un contratto nazionale mantello o di un contratto normale di lavoro (cpv. 2), nonché un'autocertificazione del rispetto della parità di trattamento tra uomo e donna (cpv. 3).
L'art. 39 cpv. 4 RLCPubb/CIAP prevede che le dichiarazioni sono valide per 6 mesi a contare dal giorno determinante per il loro emittente. Le dilazioni di pagamento degli oneri sociali e delle

imposte, soggiunge il cpv. 5, non sono ammesse e comportano l'esclusione dell'offerta.

4. Nel caso di specie, la deliberataria ha allegato alle offerte tutte le dichiarazioni esatte dall'art. 39 cpv. 1 e 2 RLCPubb/CIAP, compresa quella, datata 25 agosto 2022 e rilasciata dall'IAS, attestante che la Cassa di compensazione AVS/AI/IPG, alla quale è affiliata, le ha concesso una rateazione di un debito di fr. 58'355.30 per contributi scoperti relativi all'anno 2021. I motivi per i quali le sia stata accordata questa rateazione sono del tutto ininfluenti. Determinante è unicamente il fatto che dal profilo della legislazione sulle commesse pubbliche ciò costituisce una dilazione di pagamento non ammessa dall'art. 39 cpv. 5 RLCPubb/CIAP. La medesima deve in concreto condurre all'esclusione dalla gara dell'offerta della deliberataria, stante il chiaro tenore della disposizione transitoria contenuta nell'atto con cui il 25 maggio 2022 il Governo cantonale ha abrogato il decreto esecutivo concernente la modifica delle procedure in materia di commesse pubbliche in tempo di emergenza epidemiologica da COVID-19 del 15 aprile 2020 (BU 2020, in vigore dal 1° luglio 2022). Secondo quest'ultima norma, l'art. 1 del predetto decreto esecutivo - che in deroga all'art. 39 cpv. 5 RLCPubb/ CIAP ammetteva dilazioni di pagamento per versamenti esigibili a partire dal 1° gennaio 2021 nella misura in cui erano accordate dalle competenti autorità o dal diritto federale e cantonale - *rimane applicabile alle procedure avviate mediante pubblicazione avvenuta prima del 1° luglio 2022* e quindi non a quella qui in esame, che è stata promossa il 17 agosto 2022.
Dato che l'atto in discussione, alla data del suo rilascio (25 agosto 2022), attestava che l'aggiudicataria era posta al beneficio di una dilazione di pagamento, essa avrebbe dovuto essere esclusa dall'aggiudicazione conformemente agli art. 25 lett. c LCPubb e 39 cpv. 5 RLCPubb/CIAP. Questa conclusione permette di lasciare aperto il quesito di sapere se l'offerta della deliberataria doveva essere esclusa anche a cagione delle altre censure sollevate nel gravame.

5. In esito alle considerazioni che precedono i ricorsi (a) e (b) vanno dunque accolti e le decisioni impugnate annullate. In questa sede le insorgenti hanno confermato le loro offerte iniziali ed esibito le dichiarazioni aggiornate comprovanti l'avvenuto pagamento degli oneri sociali e delle imposte, sulle quali nessuno ha eccepito alcunché (cfr. sul tema del prolungamento di validità delle offerte: STA 52.2019.231 del 2 ottobre 2019 consid. 2 e riferimenti, pubbl. in RtiD I-2020 n. 8). Disponendo pertanto il Tribunale degli elementi necessari, le commesse sono aggiudicate direttamente alle ricorrenti (art. 41 cpv. 1 LCPubb). Nulla lascia inferire, né le parti sostengono il contrario, che le loro offerte non siano conformi alle altre esigenze previste dalla legge e dal capitolato.

6. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione delle domande cautelari tendenti alla concessione dell'effetto sospensivo ai ricorsi.

7. La tassa di giustizia è interamente posta a carico del committente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Quest'ultimo - contrariamente all'aggiudicataria che si è disinteressata della causa - non può essere mandato esente da qualsiasi aggravio pur essendosi rimesso al giudizio del Tribunale, poiché con le sue decisioni ha provocato i contenziosi in cui è intervenuto a tutela di interessi economici propri (DTF 128 II 90 consid. 2b). L'ente banditore rifonderà inoltre alle insorgenti, patrocinate da un legale, un adeguato importo a titolo di ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Il ricorsi (a) e (b) sono accolti.
   1.1. Di conseguenza, le decisioni del 27 dicembre 2023 con cui l'CO 2 ha deliberato le commesse per la fornitura di opere in pietra 1 e 2 occorrenti per lo sviluppo del progetto "_____" alla CO 1, sono annullate;
   1.2. la CO 1 è esclusa dalle gare;
   1.3. la commessa per la fornitura di opere in pietra 1 è assegnata alla RI 2 secondo la sua offerta dell'8 settembre 2022;
   1.4. la commessa per la fornitura di opere in pietra 2 è assegnata alla RI 1 secondo la sua offerta dell'8 settembre 2022.

2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico dell'CO 2. Alle ricorrenti è restituito l'anticipo versato. L'CO 2 rifonderà inoltre alla RI 2 e alla RI 1 fr. 1'500.- ciascuno 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
La presidente La cancelliera

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

