Incarto n. 52.2024.389

Lugano 12 febbraio 2025

In nome della Repubblica e Cantone Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici: Matteo Cassina, vicepresidente, Sarah Socchi, Fulvio Campello

cancelliera: Giorgia Ponti

statuendo sul ricorso del 21 ottobre 2024 della

RI 1
patrocinata da: PA 1

contro

a. la decisione del 14 settembre 2023 dell'CO 3 che ha deliberato per incarico diretto le opere di progettazione e di installazione dell'impianto fotovoltaico (parte DC) occorrente presso l'impianto cantonale di termovalorizzazione dei rifiuti alla CO 1;

b. la decisione del 14 settembre 2023 dell'CO 3 che ha deliberato per incarico diretto le opere di progettazione e di installazione dell'impianto fotovoltaico (parte AC) occorrente presso l'impianto cantonale di termovalorizzazione dei rifiuti alla CO 2;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 14 settembre 2023 l'CO 3 ha deliberato mediante incarico diretto la progettazione e la posa di pannelli fotovoltaici sulle facciate dell'edificio del termovalorizzatore di _____ a due distinte ditte. Alla CO 1 ha affidato le prestazioni per quanto attiene alla parte *DC* (*Direct Current*, ossia corrente continua), per l'importo di fr. 137'342.30 (IVA esclusa), mentre alla CO 2 la parte *AC* (*Alternating Current*, corrente alternata), per fr. 130'792.33 (IVA esclusa).

B. L'11 ottobre 2024 il committente ha inoltrato per e-mail alla RI 1, come da sua richiesta, le predette decisioni di delibera.

C. Con ricorso del 21 ottobre 2024, la RI 1 insorge dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo contro le predette decisioni, chiedendone l'annullamento, previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame. Essa sostiene che il committente avrebbe a torto optato per una procedura di incarico diretto. Le prestazioni rappresenterebbero infatti un'unica commessa, il cui valore complessivo supera la soglia che permette l'aggiudicazione senza preventiva messa in concorrenza. Osserva inoltre che la parte AC appare sproporzionata e sembrerebbe appositamente "gonfiata" per ridurre artificialmente le prestazioni del settore DC così da farli risultare al di sotto del valore soglia.

D. Con decreto dell'11 novembre 2024, raccolte le osservazioni delle controparti, il giudice delegato del Tribunale cantonale amministrativo ha respinto la domanda di concessone dell'effetto sospensivo al ricorso.

E. All'accoglimento del gravame si oppone il committente. Esso eccepisce innanzitutto la tardività del gravame, sostenendo che le contestate delibere erano note alla ricorrente almeno da giugno 2024. Osserva inoltre che l'insorgente difetterebbe della legittimazione attiva siccome non sarebbe in grado di fornire tutte le prestazioni oggetto delle commesse, non disponendo dell'autorizzazione generale d'installazione ai sensi dell'art. 9 dell'ordinanza federale concernente gli impianti elettrici a bassa tensione del 7 novembre 2001 (OIBT; RS 734.27), necessaria per eseguire la parte AC. Nel merito, il committente afferma che la suddivisione tra prestazioni AC e DC è una prassi ricorrente adottata anche da altri enti pubblici e para pubblici, volta ad aprire maggiormente il mercato, ritenuto che le autorizzazioni per l'esecuzione dei lavori sono diverse, così come le competenze messe in campo.

F. Anche la CO 2 avversa il gravame, con analoghe motivazioni.

G. La CO 1 e il Dipartimento del territorio, Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche non formulano osservazioni.

H. Delle argomentazioni esposte con le ulteriori comparse scritte dalla ricorrente, dalla committenza e dalla CO 2 si dirà, per quanto necessario, nei seguenti considerandi.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1 La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb.
In quanto ditta attiva nel settore di competenza della commessa, la ricorrente è legittimata a contestare la decisione con cui il

committente ha affidato ad altre ditte la commessa per incarico diretto (art. 37 lett. d LCPubb e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100). Il committente mette unicamente in dubbio che l'insorgente sia in grado di svolgere le prestazioni per la parte AC. Esso lascia quindi intendere che essa sia invece idonea a fornire quelle che riguardato il settore DC. Se le censure dell'insorgente si rivelassero fondate e le sue domande fossero accolte, il committente dovrebbe indire un unico concorso per l'aggiudicazione dell'insieme delle prestazioni, a cui la ricorrente potrebbe verosimilmente partecipare, eventualmente in consorzio con una ditta che disponga delle autorizzazioni necessarie per eseguire le opere della parte AC.

1.2. Dal profilo dei presupposti d'ordine resta da esaminare la tempestività del ricorso, che per legge deve essere inoltrato entro dieci giorni dalla notifica della decisione (art. 36 cpv. 1 LCPubb). Nel caso concreto, tuttavia, l'aggiudicazione è avvenuta per incarico diretto, senza pubblicazione né intimazione a terzi.
In questi casi, il termine di ricorso non decorre fintanto che il potenziale ricorrente non è venuto a conoscenza della decisione (art. 68 cpv. 1 LPAmm). Come ammesso generalmente in materia amministrativa, anche nel settore delle commesse pubbliche chi sospetta dell'esistenza di una risoluzione impugnabile non può tuttavia restare inattivo e differire a piacimento il *dies a quo* di un termine di ricorso. I principi della buona fede e della sicurezza del diritto gli impongono viceversa di informarsi tempestivamente sul contenuto di una tale decisione, per poi impugnarla davanti all'autorità competente entro i termini di legge. Pertanto quando una parte è venuta a conoscenza di una decisione che non le è stata intimata, essa deve mettere diligentemente in atto quanto ci si può attendere dalla stessa affinché l'autorità proceda a tanto (DTF 134 V 306 consid. 4.2; cfr. messaggio 23 maggio 2012 [n. 6645] sulla revisione totale della legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966 in: RVGC 2013-2014, vol. 3, pag. 1947 segg., cap. 4.3. pag. 1959; Denis Esseiva, Calcul du délai de recours contre une décision d'adjudication de gré à gré, BR 2000 pag. 52; Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berna 1990, n. 1.6 ad art. 32; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 4 ad art. 26).

1.3. Le delibere contestate risalgono al 14 settembre 2023. Più di un anno dopo, l'11 ottobre 2024, la committenza ha comunicato all'insorgente, su sua richiesta, i nominativi delle aggiudicatarie e i relativi importi di delibera. Lo stesso giorno, così sollecitata dall'insorgente, essa ha pure trasmesso una copia delle decisioni di delibera a suo tempo inviate alle due ditte. Sulla base di tali elementi, la ricorrente ritiene pertanto che il termine di ricorso non decorra prima di quel momento.
Dal canto suo, il committente sostiene che già l'8 giugno 2024 il socio gerente della ricorrente si sarebbe lamentato telefonicamente con un dipendente dell'CO 3 di non essere stato preso in considerazione, ciò che ha fatto pure il 30 agosto successivo con un messaggio *whatsapp* con la foto di un edificio (verosimilmente un inceneritore) su cui erano in corso dei lavori e il testo seguente:

Inceneritore Svizzera tedesca _____, qui in TI invece danno il lavoro ha CO 1, che ha fatto bruciare pista di ghiaccio, avranno pensato ditta che fa bruciare impianti, per inceneritore top referenza.
Ricorda inoltre, così come la CO 2, che l'intervento di posa dei pannelli fotovoltaici ha fatto oggetto di una procedura ordinaria di rilascio della licenza edilizia (emessa il 20 aprile 2024), con contestuale pubblicazione agli albi e sul sito comunali. Lavori che peraltro sono iniziati sotto gli occhi di tutti nel corso della primavera 2024 e di cui la ricorrente non avrebbe potuto non accorgersi.
Ora, contrariamente a quanto ritiene il committente, nelle concrete circostanze la pubblicazione della domanda di costruzione non doveva lasciar desumere che le prestazioni fossero state deliberate, per di più per incarico diretto. Per quanto attiene invece al messaggio inviato a un dipendente dell'ente appaltante, se dallo stesso appare plausibile che il gerente della ditta insorgente avesse il sospetto che alla CO 1 era stata assegnata una commessa, nulla traspare per contro in relazione ai lavori affidati alla CO 2 e pertanto alla doppia delibera, ciò su cui la ricorrente fonda le sue contestazioni. Non vi sono pertanto indizi che lascino supporre che l'insorgente fosse già a quel momento a conoscenza dei contorni della vicenda in misura tale da poter esigere da parte sua che si attivasse immediatamente per ottenere copia delle delibere. Occorre pertanto concludere che il ricorrente è venuto a conoscenza di entrambe le decisioni di aggiudicazione soltanto l'11 ottobre 2024. Se ne ha che il ricorso, inoltrato il 21 ottobre 2024, è tempestivo ed è quindi ricevibile in ordine.

1.4. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAmm). La fattispecie emerge in maniera sufficientemente chiara dalla documentazione prodotta dalle parti.

2. 2.1. In materia di commesse pubbliche l'art. 6 cpv. 1 LCPubb prevede sia procedure aperte (procedura libera, selettiva) sia procedure a concorrenza limitata (procedura ad invito, incarico diretto). A differenza delle prime, che richiedono l'esperimento di un pubblico concorso e possono essere scelte liberamente da parte del committente, le seconde vengono instaurate senza pubblicazione del bando di gara e rivestono carattere eccezionale, tant'è che possono essere applicate soltanto in casi particolari, elencati esaustivamente dalla legge (Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Canton Ticino, Lugano 2008, pag. 22 e seg. con riferimenti; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Mallard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Friborgo 2002, pag. 86 e 207; Vinicio Malfanti, Principali novità introdotte dalla LCPubb, in: RDAT I-2001, pag. 450). Il committente non può quindi aggiudicare lavori e forniture mediante procedura a invito o per incarico diretto al di fuori delle ipotesi contemplate dalla legge. Per quanto attiene la procedura d'incarico diretto, si deve rilevare che la stessa può essere seguita soltanto nei casi contemplati dall'art. 7 cpv. 3 LCPubb. Per quanto qui più interessa, non avendo il committente invocato altri motivi particolari, la lett. h di questa disposizione prevede che ciò può avvenire, tra l'altro, quando il valore della commessa, senza computo dell'imposta sul valore aggiunto, è inferiore a:

- fr. 300'000.- per commesse edili di impresario costruttore o di pavimentazione stradale;
- fr. 150'000.- per commesse edili di altro genere e artigianali;
- fr. 100'000.– per commesse di fornitura;
- fr. 150'000.– per prestazioni di servizio.

2.2. Al fine di scegliere la corretta procedura secondo cui attribuire la commessa, il committente deve stimarne il presumibile valore complessivo secondo le regole della buona fede e della plausibilità (art. 5 cpv. 1 del RLCPubb/CIAP). L'art. 5 RLCPubb/CIAP fissa alcune regole destinate a stabilire l'importo della commessa in casi particolari e precisa che una commessa non può essere suddivisa a scopi elusivi delle disposizioni della legge, segnatamente in materia di scelta della procedura, in particolare del pubblico concorso o della procedura su invito (cpv. 6). Secondo il cpv. 7 della norma, una prestazione può anche essere messa a concorso in lotti (seguendo segnatamente criteri geografici, materiali, temporali), senza che ciò abbia conseguenze sul valore della commessa complessiva e quindi sulla scelta del tipo di procedura.
Il divieto di frazionare l'appalto comporta per il committente l'onere di tenere in considerazione il valore (stimato) di tutte le commesse o di tutti i lotti che sono strettamente correlati tra loro da un punto di vista materiale o giuridico, al fine di determinare se il valore degli stessi superi o no i valori soglia. Quest'esigenza non gli impedisce per contro di lottizzare le prestazioni da aggiudicare una volta individuata la procedura corretta (JEAN-MICHEL BRAHIER, Les seuils et les multiples problèmes qui s'y rattachent [valeurs, organisation du marché, valeur du marché, dépassement des seuils et protection juridique] in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler (curatori), Aktuelles Vergaberecht 2024/Marchés publics 2024, Ginevra/Zurigo/Basilea 2024, pag. 271 segg, pag. 316 seg.; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo/Basilea/Ginevra 2012, n. 947 e nota 1111).
Le prestazioni sono strettamente correlate quando, secondo gli usi commerciali, non possono essere ragionevolmente acquistate indipendentemente l'una dall'altra (BRAHIER, op. cit, pag. 317).

3. Nel caso concreto, la ricorrente rimprovera al committente di aver assegnato con due mandati diretti a due distinte aziende le prestazioni concernenti la progettazione e l'installazione di un impianto fotovoltaico. Ritiene che il committente avrebbe suddiviso la commessa allo scopo di eludere le norme sui valori soglia che gli avrebbero imposto di indire un pubblico concorso.

3.1. Il committente ha deliberato alla CO 1 prestazioni per un valore di fr. 137'342.30 (IVA esclusa). Dall'offerta della predetta ditta risulta che la parte preponderante (fr. 103'800.-) concerne l'installazione e la posa di un impianto fotovoltaico in facciata, i cui moduli sono forniti dal committente, a cui si aggiungono l'*installazione DC* (installazione da campo fotovoltaico a inverter e connessione DC dei moduli, fr. 30'890.-), due collaudi (rispettivamente fr. 1'250.- e fr. 850.-), nonché la progettazione e la messa in esercizio (fr. 4'800.-; al tutto è stato poi applicato uno sconto del 3%).
La delibera alla CO 2, per fr. 130'792.33 (IVA esclusa), comprende

invece le cosiddette prestazioni AC, ossia la posa di un impianto di predisposizione fino al distributore fotovoltaico. L'offerta della medesima contempla prestazioni così suddivise:

1. **Linea principale tetto**
   Distributori principali
   Alimentazioni fino ai distributori principali
   Colonne montanti con mantenimento di funzionamento

2. **Installazione parte AC**
   Collegamento equipotenziale di protezione
   Impianti parafulmine interni
   Impianti parafulmine esterno
   Canali portacavi con mantenimento di funzionamento
   Impianti di distribuzione CUC

3. **Prestazioni specialistiche**
   Maggiorazioni per altezza di posa

3.2. Da questi elementi emerge che le prestazioni affidate alla CO 2 costituiscono la necessaria predisposizione alla posa dei pannelli fotovoltaici di cui è stata incaricata la CO 1. Le opere sono pertanto strettamente correlate nella misura in cui dipendono necessariamente le une dalle altre. Il committente, nella stima del valore del mercato, non poteva pertanto che prenderle in considerazione nel loro insieme.
Nulla muta che per eseguire le prestazioni AC occorra disporre di una particolare autorizzazione ai sensi dell'OIBT. Ciò non impediva infatti al committente di aggiudicare la commessa per lotti, permettendo così una maggior apertura alla concorrenza anche alle ditte sprovviste di tale autorizzazione, rispettivamente ammettere il consorzio tra offerenti.

4. Da quanto sopra esposto si deve concludere che il valore della commessa ammonta almeno a fr. 268'134.63.- (IVA eslcusa). A ciò potrebbe doversi aggiungere il costo, non noto a questo Tribunale, dei pannelli fotovoltaici, acquistati direttamente dal committente. Il valore è pertanto di gran lunga superiore a quello che permette l'aggiudicazione diretta per le commesse edili o artigianali (fr. 150'000.-), quale quella oggetto della vertenza e supera pure la soglia entro cui è permesso optare per una procedura su invito (fr. 250'000.-, art. 7 cpv. 2 LCPubb). Il committente avrebbe pertanto dovuto indire un pubblico concorso per l'aggiudicazione delle predette prestazioni. Le delibere impugnate risultano quindi inficiate da una grave irregolarità, costituita da una lesione di norme di diritto imperativo.

5. 5.1. L'art. 41 cpv. 2 LCPubb prevede che in caso di ricorso contro una decisione di aggiudicazione, se il contratto è già stato concluso l'autorità adita si limita a constatare il carattere illegale della decisione. Questo Tribunale ha già avuto modo di precisare che una simile norma è senz'altro applicabile nell'ipotesi in cui il committente ha stipulato il contratto dopo l'introduzione del ricorso a cui non è stato concesso l'effetto sospensivo (cfr. art. 35 cpv. 1 LCPubb; RtiD II-2019 n. 13 consid. 4). Negli altri casi, dove si

riscontra una violazione grave, la mera constatazione dell'illegalità della delibera priverebbe di qualsiasi efficacia la via giudiziaria, lasciando sprovvista di ogni sanzione l'inosservanza della legislazione delle commesse pubbliche. La maggior parte della dottrina e della giurisprudenza suggerisce pertanto di non seguire questo approccio in simili situazioni. Il Tribunale, in una sentenza in cui ha modificato la propria prassi precedente (STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018 pubbl. in: RtiD II 2019 n. 13), ha quindi propeso per una soluzione proposta da questa parte della dottrina, che prevede che l'autorità di ricorso non decida direttamente sulle sorti del contratto, ma possa dare istruzioni al committente in merito allo stesso e in particolare invitarlo a porvi fine, secondo le vie prescritte dalle regole di diritto civile applicabili. Presupposto per emanare un simile giudizio è che interessi pubblici preponderanti non si oppongano al recesso anticipato del contratto e alla conseguente assegnazione delle prestazioni non ancora fornite a un nuovo aggiudicatario. Altrimenti, per motivi dedotti dal principio della proporzionalità, occorre rinunciare a ordinare al committente di porre fine al rapporto giuridico con l'aggiudicatario (RtiD II-2019 n. 13 consid. 4 con riferimenti).

5.2. Nel caso concreto, i lavori erano già cominciati prima dell'introduzione del ricorso, inoltrato oltre un anno dopo la delibera. Questi non sono stati interrotti nelle more della procedura, avendo il giudice delegato respinto la domanda di concessione dell'effetto sospensivo. In queste circostanze, atteso che le opere, laddove non fossero ancora ultimate, sarebbero comunque a uno stadio avanzato, non si giustifica di ordinare al committente di mettere fine ai contratti con le deliberatarie. Il Tribunale si limita pertanto ad accertare il carattere illegale delle decisioni. Restano impregiudicate eventuali misure di competenza dell'Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche.

6. Visto quanto precede, il ricorso deve essere parzialmente accolto e le delibere impugnate dichiarate illecite.
La tassa di giustizia è posta a carico del committente e della CO 2, secondo soccombenza, atteso come si rinuncia a percepirla in relazione all'evasione della domanda cautelare (art. 47 cpv. 1 e 6 LPAmm). Essi rifonderanno all'insorgente congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm). Importo che considera la citata decisione provvisionale. La CO 1, che non ha resistito al ricorso, va invece esente da spese.

Per questi motivi,

decide:

1. Il ricorso è parzialmente accolto.
Di conseguenza le decisioni del 14 settembre 2023 con cui ICO 3 ha aggiudicato per incarico diretto alla CO 2 e alla CO 1 le opere di

progettazione e installazione di un impianto fotovoltaico sono dichiarate illecite.

2. La tassa di giustizia di fr. 2'500.- è posta a carico della committente e della CO 2 in ragione di un mezzo (fr. 1'250.-) ciascuna. Esse rifonderanno alla ricorrente il medesimo importo a titolo di ripetibili, in ragione di un mezzo ciascuna (fr. 1'250.-). All'insorgente è 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
Il vicepresidente La cancelliera

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

