Incarto n. 52.2024.100

Lugano 26 giugno 2024

In nome della Repubblica e Cantone Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

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

cancelliera: Giorgia Ponti

statuendo sul ricorso del 1° marzo 2024 della

RI 1
patrocinata da: PA 1

contro

la decisione del 20 febbraio 2024 del Municipio del Comune di CO 2 che, in esito al concorso per l'aggiudicazione delle opere di impresario costruttore occorrenti nell'ambito degli interventi previsti dal PGS nella zona _____, ha deliberato la commessa alla CO 1;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 22 novembre 2023 il Municipio di CO 2 ha indetto un pubblico concorso, retto dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100) e impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare le opere di impresario costruttore occorrenti nell'ambito della sostituzione e del potenziamento delle canalizzazioni comunali, come previsto dal PGS comunale, e meglio i lotti 2 e 3 (zona _____).

Quale criterio di idoneità, il bando di concorso prevedeva, tra gli altri, il possesso di (cfr. avviso di gara, punto n. 3.7, capitolato pos. 223.200, pag. 25):
almeno due referenze per lavori di genio civile, eseguiti per committenti pubblici, relativi alla posa di canalizzazioni (sistema misto e/o lurido e/o meteorico) con diametro minimo Ø300, e di importo minimo per queste di CHF 300'000.- (IVA esclusa) per singola delibera. Lavori conclusi e collaudati negli ultimi 5 anni, a partire dal 01.01.2018 fino ad oggi.

Gli atti di gara annunciavano inoltre che la commessa sarebbe stata aggiudicata in base ai seguenti criteri di aggiudicazione e fattori di ponderazione:

1. Prezzo 30%
2. Attendibilità dei prezzi 20%
3. Programma lavori 25%
4. Referenze per lavori analoghi 17%
5. Formazione apprendisti 5%
6. Contributo alla formazione 3%

B. Entro il termine utile sono giunte al committente 10 offerte, di importi compresi tra fr. 1'267'561.13 e fr. 1'675'685.60.
Valutate le stesse, il committente ha deliberato la commessa alla CO 1, la cui offerta, di fr. 1'403'025.00 è giunta prima in graduatoria con 556.59 punti. La decisione di delibera dà atto che le offerte delle ditte OFFE 1 e OFFE 2 dovevano essere escluse dalla gara per non aver annesso i documenti di liquidazione finale attestanti la cifra dichiarata nelle referenze e non avendo così dimostrato di soddisfare il criterio di idoneità previsto.

C. Contro la predetta risoluzione insorge dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo la RI 1, chiedendone l'annullamento e la conseguente aggiudicazione della commessa in proprio favore, previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame. Sostiene che il committente avrebbe a torto escluso le offerte delle ditte OFFE 1 e OFFE 2. La mancata presentazione dei documenti relativi alle referenze non costituiva un motivo per negare l'idoneità delle due concorrenti. Queste potevano tuttalpiù essere sanzionate dal profilo della valutazione del criterio di aggiudicazione, laddove il bando di concorso richiedeva espressamente la presentazione delle fatture. Riammesse in gara le due offerte ed eseguita una nuova valutazione, la ricorrente si posizionerebbe al primo rango.

D. All'accoglimento del ricorso si oppongono il committente e l'aggiudicataria. Entrambe difendono l'operato della stazione appaltante e in particolare l'esclusione delle due offerte sprovviste della documentazione attestante le referenze, che ritengono conforme alle prescrizioni di gara.

E. Con le successive prese di posizione le parti ribadiscono le proprie tesi con precisazioni di cui si dirà, per quanto necessario, in seguito.

F. L'Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche del Dipartimento del territorio non formula osservazioni.

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, la ricorrente è senz'altro legittimata a contestare la decisione con cui il committente ha affidato a un'altra ditta 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 delle tavole processuali, senza procedere ad accertamenti istruttori (art. 25 cpv. 1 LPAmm). I memoriali e i documenti prodotti dalle parti forniscono sufficienti elementi per statuire sull'impugnativa con cognizione di causa.

2. 2.1. 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. a 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.

2.2. 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 I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; RDAT

II-2004 n. 21 consid. 3.1; cfr. inoltre PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3 ed., Zurigo 2013, n. 618 segg.; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Friburgo 2008, pag. 64 segg.).

2.3. 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 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. art. 26 cpv. 1 LCPubb e 40 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato internazionale 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. Le offerte devono in altri termini essere formulate in modo tale da permettere al committente di procedere direttamente all'aggiudicazione, senza dover sollecitare il singolo concorrente a fornire aggiunte, chiarimenti o precisazioni in merito all'offerta inoltrata (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Friborgo 2002, pag. 108-109). 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 (cfr. STF 2D_45/2016 del 10 luglio 2017 consid. 5.1, 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.; RtiD I-2014 n. 12 consid. 3.1, STA 52.2013.2 del 24 aprile 2013 consid. 2.2; MATTEO CASSINA, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, vol. 11 collana gialla CFPG, Lugano 2008, pag. 34).

3. La ricorrente sostiene che il committente non avrebbe dovuto escludere dalla gara le offerte della OFFE 1 e della OFFE 2. Le prescrizioni di gara non imponevano di accludere all'offerta le fatture relative ai lavori addotti a tiolo di referenza per quanto attiene alla verifica dei criteri di idoneità.

3.1. Il capitolato d'appalto, al punto 223.200 stabilisce un criterio di idoneità legato al possesso di due referenze attestanti la posa di canalizzazioni (cfr. *supra*, consid. A). Sempre allo stesso capitolo, ma alla posizione 223.500, il documento prevede quanto segue:
Referenze per lavori analoghi
Referenze come da punto 224.

In aggiunta a quanto indicato al p.to 200, saranno conteggiate anche le seguenti categorie di referenze:

- Sostituzione e/o potenziamento e/o posa ex novo di condotte AP comunali per l'approvvigionamento idrico;
- Sostituzione e/o potenziamento e/o posa ex novo di pacchetto di tubi fodera per infrastrutture elettriche o di telecomunicazione.

Referenze per lavori eseguiti individualmente o in consorzio; in caso di consorzio la referenza sarà ritenuta valida solo se la quota di partecipazione nel consorzio è tale da superare l'importo minio fissato (CHF 300'000.- IVA esclusa).

L'offrente deve compilare unicamente la seguente tabella. Non vengono accettati allegati.

L'offerente autorizza il committente a verificare tutte le informazioni fornite.
La tabella sottostante deve essere compilata in tutti i suoi campi pena l'annullamento della referenza.

Segue una tabella di sei righe, in cui i concorrenti dovevano indicare la denominazione del progetto e il luogo, i dettagli relativi al committente e alla direzione lavori, l'importo di liquidazione e le date di esecuzione e collaudo.

Il capitolo 224 è dedicato ai criteri di aggiudicazione. All'interno di tale capitolo, al punto 4, il documento tratta delle referenze per lavori analoghi. E stabilisce quanto di seguito riportato.

4.1. Referenze considerate

Le referenze considerate riguardano lavori di genio civile, eseguiti per committenti pubblici, relativi alla realizzazione di opere di sottostruttura (esclusa pavimentazione) obbligatoriamente comprendenti la posa di canalizzazioni con diametro minimo Ø300, e di importo minimo per queste di CHF 300'000.- IVA esclusa. Lavori conclusi e collaudati negli ultimi 5 anni, a partire dal 01.01.2018 fino ad oggi.

Sulla base di quanto inserito nell'apposita tabella disponibile a pagg. 26 e 27, le note saranno assegnate secondo il seguente criterio:

6 Referenze valide	Nota 6
5 Referenze valide	Nota 5
4 Referenze valide	Nota 4
3 Referenze valide	Nota 3
2 Referenze valide	Nota 2

Come riportato al punto 223.200, offerte con meno di due referenze previste dal criterio di idoneità, saranno scartate.

(…)

Con l'inoltro dell'offerta, l'offerente deve allegare i documenti di liquidazione finale (fatture) attestanti la cifra dichiarata nelle referenze.

I documenti attestanti la validità della referenza devono riportare il numero di riferimento della referenza come indicato nella tabella alle pagg. 26 e 27.

La mancata presentazione dei suddetti documenti, al momento dell'apertura, implica l'annullamento della referenza.

3.2. Prima della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte, il committente ha dato riscontro alle domande giunte dai concorrenti. In risposta a due quesiti riguardanti le referenze, il committente ha fornito le seguenti precisazioni (e-mail del 15 dicembre 2023, doc. 3 prodotto dal committente).

Domanda n° 3

"REFERENZE: Chiediamo conferma se tutte le referenze devono avere come criterio il diametro minimo di 300.

REFERENZE: Il criterio minimo del diametro 300 vale anche per le condotte P e per i pacchetti di infrastrutture elettriche?"

Risposta

Referenze di canalizzazioni: tutte le referenze riportate devono prevedere la realizzazione di canalizzazioni (sistema misto e/o lurido e/o meteorico) con Ø ≥ 300mm e con importo complessivo per le sole opere di genio civile (NO pavimentazione) ≥ 300'000.- fr. (IVA escl.).

Per poter concorrere l'offerente deve essere in possesso di almeno 2 referenze per la posa di canalizzazioni secondo quanto sopra descritto.

Referenze AP e ELE: valgono referenze per qualsiasi diametro ma con importo complessivo per le sole opere di genio civile (NO pavimentazione) ≥ 300'000.- fr. (IVA escl.).

3.3. Le disposizioni di gara in merito alle referenze non sono del tutto coerenti. In particolare non vi è una precisa distinzione tra le regole applicabili alla valutazione del criterio di idoneità e quelle destinate al criterio di aggiudicazione. I concorrenti erano tenuti a presentare tutte le referenze (al massimo 6) su un'unica tabella, sebbene i parametri di ammissione delle stesse fossero diversi, ossia più ampi in riferimento alle referenze utilizzate quale criterio di aggiudicazione, per cui erano tollerati anche lavori per condotte acqua potabile e per infrastrutture elettriche. Requisiti che peraltro erano indicati sia nel capitolo attinente ai criteri di idoneità (assieme alla stessa tabella), sia in quello riferito al criterio di aggiudicazione. Inoltre, il metodo di valutazione del criterio di aggiudicazione legato alle referenze non contemplava la possibilità che il concorrente disponesse di meno di due referenze, sottolineando anzi che in assenza di referenze valide, l'offerta sarebbe stata esclusa per inidoneità. Delle sei referenze da presentare, almeno due dovevano pertanto riguardare la realizzazione di canalizzazioni e rispettare gli ulteriori parametri fissati. Le referenze addotte a dimostrazione dell'adempimento del criterio di idoneità erano pertanto contemporaneamente conteggiate tra le referenze valutate quale criterio di aggiudicazione. Da questa (seppur criticabile) impostazione del bando, il concorrente poteva aspettarsi che la documentazione richiesta a comprova delle referenze fosse necessaria per l'insieme delle stesse. La disposizione secondo cui in assenza di attestazioni circa l'importo di liquidazione le referenze non sarebbero state ammesse è del resto inequivocabile.
Nulla muta a questa circostanza il fatto che il capitolato precisi che gli offerenti avrebbero dovuto inserire i dati riguardanti le referenze soltanto nella tabella e che non sarebbero stati accettati allegati. Tale precisazione si riferisce, a non averne dubbio, all'eventualità, affatto insolita, che i concorrenti dichiarino referenze su fogli a parte, senza completare gli appositi spazi, o in aggiunta a questi. D'altro canto, non si vede perché il committente avrebbe dovuto vietare di presentare documentazione in riferimento alle sei referenze, per poi richiederla espressamente in un altro capitolo.
Non è pertanto lesiva del diritto la conclusione della stazione appaltante che, fondandosi su una regola di gara da esso annunciata, ha ritenuto di scartare le referenze delle due ditte che non avevano annesso le relative fatture e le ha di conseguenza escluse per mancata dimostrazione del criterio di idoneità.

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

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

6. La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Essa rifonderà alla deliberataria, assistita un legale, congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 4'500.-, già anticipata dalla ricorrente, rimane a suo carico. Essa rifonderà fr. 3'000.- alla deliberataria 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 >>

