Incarto n. 52.2023.110

Lugano 27 luglio 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 30 marzo 2023 della

RI 1
patrocinata da: PA 1

contro

i tre bandi di concorso indetti il 21 marzo 2023 dalla CO 1 per aggiudicare le opere da impianto di ventilazione, di riscaldamento e sanitario occorrenti al nuovo _____;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 21 marzo 2023 la CO 1 ha indetto tre pubblici concorsi, retti dal concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 (CIAP; RL 730.500) e impostati secondo la procedura libera, per aggiudicare le opere da impianto di ventilazione, di riscaldamento e sanitario occorrenti al nuovo _____ (FU n. _____ del _____, pag. _____ e segg.).
I rispettivi avvisi di gara informano che il subappalto è ammesso per le opere da isolamento (punti n. 3.6).

B. Contro i predetti bandi di concorso insorge dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo la RI 1, ditta attiva nel settore dell'isolazione impiantistica, chiedendone l'annullamento e la modifica degli stessi nel senso che le opere da isolamento siano scorporate *ritenuto che il subappalto non è ammesso*, previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame.
La ricorrente ha innanzitutto sostenuto che, a fronte del valore delle

singole commesse, quest'ultime dovrebbero essere assoggettate alla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100) anziché al CIAP. Alle stesse tornerebbe applicabile la cosiddetta clausola bagatella. Inoltre, ha criticato le disposizioni di gara che ammettono il subappalto delle opere da isolamento, rilevando che per garantire una corretta esecuzione delle medesime occorrerebbe disporre di personale appositamente formato e qualificato nonché di un'apposita officina con macchine specialistiche. Lo svolgimento di tali opere specialistiche da parte delle aziende installatrici (che non sono attrezzate per eseguirle autonomamente) come pure l'utilizzo di pezzi (su misura) fabbricati da ditte della vicina Penisola (che non adempiono ai requisiti di idoneità) potrebbe infatti causare *perdite caloriche/energetiche, ponti termici o condense*. Non potendo essere definite trascurabili e di secondaria importanza, visto il loro importo complessivo (fr. 663'854.10), tali opere dovrebbero essere scorporate dai concorsi summenzionati e fare l'oggetto di un'unica gara a sé stante.

C. Al gravame si è opposto l'Ente banditore. In merito all'applicabilità del CIAP ha osservato che se da un lato è vero che nel caso concreto le prestazioni edili di cui ai bandi oggetto di impugnativa singolarmente non raggiungono i valori soglia fissati dall'art. 7 cpv. 2 CIAP, dall'altro è altrettanto vero che dalla predetta disposizione non deriva un obbligo di assoggettare le commesse alla LCPubb, ma gli conferisce la facoltà di scelta tra le due procedure. Dopo aver premesso che la decisione di indire tre distinte gare per aggiudicare le opere da impianto di ventilazione, di riscaldamento e sanitario occorrenti nell'ambito dell'edificazione del nuovo _____ rientra nell'ampio margine di apprezzamento di cui dispone, la stazione appaltante ha annotato di aver lecitamente e correttamente autorizzato il subappalto delle prestazioni specialistiche di isolamento, opere accessorie rispetto alle prestazioni caratteristiche delle singole commesse, rappresentate in concreto dalla fornitura e posa dei predetti impianti. Si è opposto in ogni caso a un eventuale scorporo dalle commesse di tali interventi.

D. Con la replica e la duplica le parti hanno ribadito le proprie tesi con motivi di cui si dirà, per quanto necessario, in appresso.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. Prima di entrare nel merito, il Tribunale cantonale amministrativo esamina d'ufficio la propria competenza (art. 6 LPAmm).

   1.1.1. Il CIAP é, tra l'altro, applicabile all'aggiudicazione di commesse edili, ovvero all'esecuzione di opere di edilizia o di genio civile (art. 6 cpv. 1 lett. a CIAP), allorché il loro valore stimato, al netto dell'IVA, raggiunge i fr. 8'700'000.- (art. 7 cpv. 1 e Allegato 1 CIAP). Se per la realizzazione dell'opera edile, soggiunge l'art. 7 cpv. 2 CIAP, sono aggiudicate diverse commesse, fa fede il valore globale dei lavori di sopra e sotto struttura. Commesse edili relative

al settore dei trattati internazionali, che singolarmente non raggiungono il valore di due milioni di franchi e insieme non superano il 20% del valore dell'intera opera edile devono essere aggiudicate almeno secondo le disposizioni applicabili al settore non contemplato dai trattati internazionali (clausola bagatella). Spetta al committente, nell'ambito del potere di apprezzamento di cui fruisce, stabilire per quali commesse parziali intenda applicare la clausola bagatella (STA 52.2002.264 del 6 settembre 2002 consid. 3.1; cfr. la scheda informativa *Valore della commessa* redatta dall'Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche [versione 1° marzo 2022]; vedi inoltre la Scheda informativa della Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici [KBOB] *"Clausola bagatellare" in caso di commesse edili* del 22 ottobre 2020).

1.1.2. Nell'evenienza concreta, i lavori oggetto dei concorsi in esame rientrano nel quadro di una commessa edile il cui valore supera abbondantemente la soglia di fr. 8'700'000.-. La ricorrente nulla ha eccepito sotto questo profilo. Le prestazioni oggetto dei tre bandi impugnati, pur rientrando nei limiti di valore fissati dall'art. 7 cpv. 2 CIAP (clausola bagatella), sono state comunque assoggettate al CIAP, ciò che il committente, per le ragioni suesposte, era perfettamente legittimato a fare. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è quindi data dagli art. 15 cpv. 1 CIAP e 4 cpv. 1 del decreto legislativo concernente l'adesione del Cantone Ticino al concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 730.510).

1.2. Quanto alla legittimazione dell'insorgente si considera quanto segue.

1.2.1. In materia di commesse pubbliche, il diritto di ricorrere contro un bando è di norma riconosciuto a chi adempie tutti i presupposti per potervi partecipare, all'occorrenza previa modifica di talune regole di cui è eccepita l'illegittimità (art. 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013 [LPAmm; RL 165.100]; cfr. RtiD I-2015 n. 10 consid. 1.3.1; cfr. pure: DTF 137 II 313 consid. 3.3; STA 52.2020.418 del 26 novembre 2020 consid. 1.2, 52.2017.318 del 18 ottobre 2017 consid. 1.2.2 con riferimenti).

1.2.2. La legittimazione della ricorrente, attiva nel settore dell'isolazione impiantistica, a impugnare i bandi di concorso è data nella misura in cui il suo gravame tende alla modifica degli stessi nel senso che le opere di isolamento siano scorporate dalle commesse *ritenuto che il subappalto non è ammesso*, e poste a concorso secondo la procedura libera nell'ambito di una gara a sé stante alla quale sarebbe potenzialmente in grado di partecipare quale concorrente.

1.3. Il gravame, tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP), può essere evaso nel merito sulla base delle tavole processuali (art. 25 cpv. 1 LPAmm). I carteggi concernenti i concorsi prodotti dal committente e l'ulteriore documentazione esibita dalla ricorrente bastano per statuire sull'impugnativa con sufficiente cognizione di causa.

2. Il bando di concorso è un documento mediante il quale l'ente pubblico si rivolge ad una cerchia più o meno indeterminata di potenziali interessati per invitarli ad inoltrare delle offerte, rispettivamente delle candidature, per l'esecuzione di opere edili, per la fornitura di beni mobili o per la prestazione di servizi. Esso costituisce un insieme di regole e di condizioni che concretizzano e precisano il quadro procedurale predisposto dalla legge ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. L'avviso di concorso e i relativi atti costituiscono la *lex specialis* del procedimento e vincolano tanto l'ente banditore, quanto i concorrenti. Essi devono rispettare la legge sulla quale si fonda il concorso ed i principi generali del diritto amministrativo, specie in correlazione all'ossequio delle regole della buona fede e della parità di trattamento tra i concorrenti (DTF 125 I 203 seg.; RDAT II-1997 n. 47; II-1994 n. 5; 1982 n. 14).
Per il resto, nella definizione dell'oggetto e delle condizioni di gara l'ente banditore dispone di un margine discrezionale relativamente ampio, che l'autorità di ricorso può censurare unicamente nella misura in cui il suo agire integra gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso del potere d'apprezzamento (art. 16 cpv. 1 lett. a CIAP). Ipotesi, questa, che si verifica quando quest'ultimo è esercitato in spregio dei principi fondamentali del diritto, quali l'uguaglianza davanti alla legge, la legalità, la proporzionalità, la sicurezza del diritto e la buona fede (DTF 119 Ib 452; RDAT I-1995 n. 14; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2d ad art. 61; Adelio Scolari, Diritto amministrativo, parte generale, II. ed., Cadenazzo 2002, n. 413). In particolare, nell'ambito di contestazioni dirette contro il bando e i relativi documenti di gara, il Tribunale cantonale amministrativo non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità che ha indetto il concorso, ma deve limitarsi ad accertare che le varie clausole contemplate da questi atti non siano insostenibili, in quanto fondate su considerazioni estranee alla materia, sprovviste di valide ragioni o altrimenti lesive dei diritti costituzionali (cfr. RtiD II-2011 n. 8 consid. 2; STA 52.2018.507 del 17 aprile 2019 consid. 2, 52.2017.42 del 24 aprile 2017 consid. 2, 52.2014.199 dell'8 settembre 2014 consid. 2).

3. 3.1. Secondo l'art. 24 cpv. 1 LCPubb, applicabile alla presente fattispecie nella misura in cui non si pone in contrasto con il diritto superiore (art. 4 cpv. 4 LCPubb), è considerata subappalto ogni forma di esecuzione di parte della prestazione oggetto di una commessa edile, di servizio o di fornitura, ivi compreso l'impiego di lavoratori indipendenti o autonomi. Il subappalto è di principio vietato (art. 24 cpv. 2 LCPubb). Il divieto di subappalto è essenzialmente volto ad impedire che l'aggiudicatario, che è valutato quantomeno dal profilo della sua idoneità generale a partecipare alla gara, deleghi in tutto o in parte l'esecuzione effettiva della commessa a terzi, da lui scelti in modo autonomo, indipendentemente dal committente. Il divieto di subappalto si giustifica specialmente nell'ambito delle commesse edili e per prestazioni di servizio, nelle quali l'idoneità tecnica, le capacità e le attitudini dell'aggiudicatario assumono

particolare rilevanza. Il divieto non è tuttavia assoluto. In applicazione dell'art. 24 cpv. 3 LCPubb, gli atti di gara possono prevedere la possibilità di subappalto. In tale evenienza, la parte preponderante o determinante delle prestazioni deve essere eseguita direttamente dall'offerente (lett. b). Secondo giurisprudenza costante, gli offerenti possono infatti affidare a terzi solo lavori speciali, d'importanza secondaria, mentre la prestazione principale e caratteristica della commessa deve di principio essere eseguita in proprio dall'offerente (RtiD I-2016 n. 13; STA 52.2022.213 del 24 ottobre 2022 consid. 5.1, 52.2021.91 del 22 aprile 2021 consid. 3.1, 52.2019.595 del 20 febbraio 2020 consid. 4.2, 52.2017.316 del 14 febbraio 2018 consid. 2.3, 52.2016.442 del 22 dicembre 2016 consid. 3.1).

3.2. La decisione di ammettere il subappalto rientra nel quadro delle scelte che il committente è chiamato preliminarmente ad effettuare in ordine alla definizione del profilo dei concorrenti entranti in considerazione ai fini dell'aggiudicazione. Si tratta pertanto di una decisione che, per certi aspetti, può essere ricondotta al tema dell'idoneità dei concorrenti (art. 13 lett. d CIAP e 10 cpv. 1 lett. j RLCPubb/CIAP; cfr. inoltre la STA 52.2018.472 del 17 gennaio 2019 consid. 7.2). Anche nella definizione dei criteri d'idoneità il committente fruisce di un ampio potere discrezionale, che è tenuto ad esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. Questi devono comunque essere fissati sulla base di parametri oggettivi, apparire adeguatamente rapportati all'importanza della commessa e rispettare i principi generali che governano la materia. Analoghe considerazioni valgono nel caso di decisioni che ammettono la facoltà di far capo a dei subappaltatori (cfr. la STA 52.2018.472 citata consid. 7.2 e riferimenti).

4. Nel caso concreto, i lavori di costruzione del nuovo _____ contemplano opere da impianto di ventilazione, di riscaldamento e sanitario. Il committente ha ritenuto di assegnare tali interventi mediante tre procedure di concorso, avvalendosi della possibilità di subappaltare le opere da isolamento dei relativi impianti. La ricorrente contesta le clausole degli atti di gara che ammettono il subappalto di tali lavori, che in quanto *prestazione dipendente, singola, a sé stante*, dovrebbero essere oggetto di un bando separato.

4.1. Occorre anzitutto considerare che la decisione del committente di suddividere la commessa in parti d'opera - e quindi di indire tre distinte gare per aggiudicare le opere da impianto di ventilazione, di riscaldamento e sanitario occorrenti nell'ambito dell'edificazione del nuovo _____ - non presta il fianco a nessuna critica. Nella misura in cui tale scelta rispetta i dettami delle normative vigenti (CIAP, regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 [RLCPubb/CIAP; RL 730.110]) e i principi da queste sanciti e dedotti dalla giurisprudenza (in particolare efficace e libera concorrenza tra concorrenti, parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'aggiudicazione), rientra nell'ampio margine di apprezzamento che il Tribunale riconosce alla stazione appaltante.

Del resto, la ricorrente non menziona nessuna norma che in concreto sarebbe stata disattesa dal committente.

4.2. La censura rivolta contro le disposizioni di gara che consentono di ricorrere al subappalto è pure priva di successo. Anzitutto, le opere da isolamento, dal profilo qualitativo e quantitativo, non rappresentano la parte principale delle singole commesse, per cui non potrebbero fare l'oggetto di un subappalto. Nulla permette infatti di dubitare delle considerazioni del committente secondo cui le opere per le quali è autorizzato il subappalto costituirebbero solo una "*sotto-parte*" degli impianti oggetto di fornitura, i cui valori oscillerebbero tra il 12 e il 17% degli importi totali preventivati per le singole commesse messe a concorso. Nemmeno la ricorrente pretende il contrario. Essa si è invero limitata a questo proposito ad annotare che *come risulta dai doc. H e I, per le opere di isolamento in questione, suddivise per subappalto in tre capitoli (doc. I), se messe a concorso in un'unica opera (come dovrebbe essere) ne risulta un importo di CHF 663'854.10.* Argomento, questo, che cade nel vuoto già solo per il fatto che, come visto, la decisione del committente di suddividere le opere in tre distinti concorsi non è sindacabile da parte di questo Tribunale. Va inoltre detto che gli inconvenienti paventati dall'insorgente (*perdite caloriche/energetiche, ponti termici o condense*, ecc.) nel caso in cui le opere da isolamento venissero eseguite in proprio dall'offerente o da terzi in subappalto sono puramente teorici e non sono di certo tali da rendere insostenibile la scelta del committente. Non è infatti escluso che le ditte installatrici dispongano di personale idoneo anche a tale scopo. D'altro canto, i bandi di concorso non richiedono prove particolari a dimostrazione dell'idoneità del concorrente (o del subappaltatore) a eseguire questi interventi, se non l'indicazione dei diplomi dei titolari della ditta (cfr. formulari di concorso, pag. 7 e 9). Si osserva infine che nulla impedisce alla ricorrente di partecipare ai tre concorsi come subappaltatrice, per cui nemmeno il principio della concorrenza efficace perseguita dall'ordinamento sulle commesse pubbliche (art. 1 cpv. 3 lett. a e art. 11 lett. b CIAP) risulta, tra l'altro, compromesso. Nella scelta operata dall'ente banditore non si intravede insomma alcuna violazione del diritto sotto il profilo dell'abuso del potere di apprezzamento. Dato che per finire risulta sorretta da ragioni del tutto plausibili, la scelta di consentire il subappalto delle opere in discussione - sicuramente legittima contrariamente a quanto eccepito dall'insorgente - va senz'altro confermata.

5. Visto quanto precede il ricorso deve essere respinto.

6. 6.1. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo al gravame.

6.2. La tassa di giustizia è posta a carico dell'insorgente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Non si assegnano ripetibili al committente non patrocinato (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.-, già anticipata dalla ricorrente, resta interamente a suo carico.

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 enunciate all'art. 83 lett. f LTF.

4. Intimazione a: .

Per il Tribunale cantonale amministrativo
La presidente La vicecancelliera

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

