Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.114/2004 /viz

Sentenza del 17 dicembre 2004
II Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Wurzburger, presidente,
Hungerbühler e Müller,
cancelliere Bianchi.

Parti
X._____ SA,
ricorrente, patrocinata dagli avv. Giacomo Talleri e Massimo de'Sena,

contro

Y._____ SA,
patrocinata dall'avv. Rocco Olgiati,
Municipio di Sorengo, 6924 Sorengo,
patrocinato dall'avv. Franco Ramelli,
Tribunale amministrativo del Cantone Ticino,
via Pretorio 16, 6901 Lugano.

Oggetto
art. 8, 9 e 29 Cost. (appalto pubblico/opere di canalizzazione e di soprastruttura stradale),

ricorso di diritto pubblico contro la sentenza
del 9 marzo 2004 del Tribunale amministrativo
del Cantone Ticino.

Fatti:
A.
Con pubblicazione sul Foglio ufficiale del Cantone Ticino n. 57 del 18 luglio 2003, il Municipio di Sorengo ha posto a concorso l'esecuzione di opere di canalizzazione e di soprastruttura stradale nelle zone Campagna e Dobbie (separazione delle acque chiare dalle acque scure e relativa pavimentazione). Il capitolato d'appalto elencava la documentazione da allegare ed avvertiva che la mancata presentazione con l'offerta anche di un solo documento richiesto avrebbe comportato l'immediata esclusione dell'offerta stessa dal concorso. Le ditte interessate erano invitate ad annunciarsi entro il 31 luglio 2003 e, ricevuti gli atti d'appalto entro il 22 agosto, avrebbero dovuto inoltrare le offerte entro il 22 settembre seguente.
Il 26 agosto 2003 l'ingegnere consulente del comune ha inviato alle ditte che avevano ritirato il capitolato un complemento agli atti d'appalto. Nel medesimo si specificava che potevano venir eseguite da un subappaltante le opere di canalizzazione oppure quelle di pavimentazione, ma non entrambe, e si precisava che l'offerente doveva indicare il subappaltante, con le relative opere affidategli, allegando un documento al capitolato d'appalto.
B.
Entro il termine di scadenza del concorso sono state inoltrate undici offerte, fra cui quelle delle ditte X._____ SA e Y._____ SA. Nessuna delle due ha specificato di voler ricorrere a subappaltanti.
Con scritto del 27 novembre 2003, l'ingegnere consulente ha chiesto alle ditte concorrenti, in caso di subappalto delle opere di pavimentazione, di fornire entro il 5 dicembre il nominativo della relativa impresa ed una serie di documenti riguardo alla medesima. La Y._____ SA ha risposto che avrebbe eseguito in proprio anche

tali lavori, mentre la X._____ SA ha espresso l'intenzione di subappaltarli, riservandosi la scelta tra cinque ditte e producendo per ognuna la documentazione richiesta.
C.
Preso atto del rapporto di valutazione dell'ingegnere consulente, che classificava al primo rango le due ditte citate con 539 punti ciascuna, con decisione del 17 dicembre 2003 il Municipio di Sorengo ha aggiudicato i lavori alla Y._____ SA per l'importo di fr. 1'148'376.80.
Impugnata dalla X._____ SA, la delibera è stata confermata dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino con sentenza del 9 marzo 2004. Secondo la Corte cantonale l'offerta di tale ditta andava in realtà esclusa poiché sprovvista delle indicazioni sul subappalto al momento della sua presentazione. Irrilevante era perciò il punteggio leggermente superiore conseguito (539.148 a 538.640), così come la preferenza accordata all'aggiudicataria sostanzialmente in base ad un criterio non preannunciato, come il mancato ricorso a subappaltanti.
D.
Il 30 aprile 2004 la X._____ SA ha inoltrato al Tribunale federale un ricorso di diritto pubblico, con il quale chiede l'annullamento della sentenza cantonale. Censura la violazione degli art. 8, 9 e 29 Cost.
Chiamati ad esprimersi, il Tribunale amministrativo si è riconfermato nel proprio giudizio, mentre il Municipio di Sorengo e la ditta aggiudicataria hanno chiesto che il gravame, nella misura in cui fosse ammissibile, sia respinto.
E.
Con decreto presidenziale del 26 maggio 2004 è stata accolta l'istanza di conferimento dell'effetto sospensivo formulata nell'impugnativa.

Diritto:
1.
Proposto tempestivamente contro una decisione di natura finale fondata sul diritto cantonale e resa da un'autorità cantonale di ultima istanza (art. 36 della legge ticinese del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche, LCPubb), il ricorso di diritto pubblico, unico rimedio esperibile a livello federale, è di principio ammissibile dal profilo degli art. 84 e segg. OG (DTF 125 II 86 consid. 3b).
Avendo partecipato senza successo alla procedura d'aggiudicazione, la ricorrente dispone di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 88 OG, che le consente di sollevare, nell'ambito del citato rimedio, censure riferite non soltanto al modo con il quale si è svolta la procedura, ma anche al merito delle decisioni adottate dalla committente (DTF 125 II 86 consid. 4).
2.
2.1 In virtù dell'art. 90 cpv. 1 lett. b OG, l'atto di ricorso deve contenere l'esposizione dei fatti essenziali e quella concisa dei diritti costituzionali o delle norme giuridiche che si pretendono violati, specificando in cosa consista la violazione. Nell'ambito di un ricorso di diritto pubblico, il Tribunale federale non applica quindi d'ufficio il diritto, ma statuisce unicamente sulle censure sollevate dall'insorgente e solo se le stesse sono sufficientemente sostanziate: il ricorso deve perciò contenere un'esauriente motivazione giuridica, dalla quale si possa dedurre se e perché, ed eventualmente in quale misura, la decisione impugnata leda il ricorrente nei suoi diritti costituzionali (DTF 130 I 26 consid. 2.1; 129 III 626 consid. 4; 129 I 185 consid. 1.6, 113 consid. 2.1). È anche alla luce di questi principi che deve essere esaminata l'ammissibilità dell'impugnativa.

2.2 Nel caso specifico, la ricorrente incentra le proprie critiche sulla mancanza di trasparenza del procedimento di concorso, sostenendo che l'aggiudicazione è stata decisa in base ad un criterio non preannunciato negli atti di gara, quale l'intenzione dei concorrenti di far capo, o meno, a dei subappaltanti. La Corte cantonale si è invero espressa a questo proposito; per le medesime ragioni invocate nel ricorso, ha in effetti definito insostenibile la raccomandazione dell'ingegnere, seguita dalla stazione appaltante, di privilegiare la ditta resistente perché prevedeva di eseguire essa stessa le opere di pavimentazione. I giudici ticinesi hanno tuttavia ritenuto irrilevante questa raccomandazione: in ogni caso l'insorgente non poteva pretendere l'assegnazione dei lavori perché aveva presentato un'offerta incompleta, che avrebbe quindi dovuto venir esclusa.

Le considerazioni ricorsuali vertono dunque, per l'essenziale, su una questione che non è neppure litigiosa, dato che il punto di vista dell'insorgente a tale riguardo coincide con quello del Tribunale amministrativo.

Queste critiche, che potevano semmai apparire giustificate nell'ambito dell'impugnativa cantonale, costituiscono per di più delle nuove allegazioni, inammissibili nell'ambito di un ricorso di diritto pubblico per violazione del divieto d'arbitrio (DTF 129 I 74 consid. 4.6; 127 I 145 consid. 5c/aa; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2a ed., Berna 1994, pag. 370).

La ricorrente si confronta quindi solo a tratti con le ragioni che hanno determinato la reiezione del gravame in sede cantonale. Nella limitata misura in cui contesta la sua esclusione, essa non illustra peraltro in maniera veramente dettagliata e puntuale in che modo il giudizio impugnato sarebbe lesivo dei diritti costituzionali che invoca. Considerato il particolare rigore che s'impone dal profilo della motivazione del ricorso di diritto pubblico, soprattutto quando viene fatta valere la disattenzione del divieto d'arbitrio (DTF 125 I 492 consid. 1b; 117 Ia 10 consid. 4b), è quindi perlomeno dubbio che il gravame risulti ammissibile. In ogni caso, la questione può rimanere aperta, dal momento che l'impugnativa andrebbe comunque respinta nel merito.

3.
3.1 La ricorrente ritiene innanzitutto che la tesi della sua esclusione proceda da un'applicazione arbitraria degli art. 26 LCPubb e 31 del regolamento di applicazione della LCPubb, del 1°ottobre 2001 (RLCPubb). La prima norma prescrive che gli offerenti devono inoltrare la loro offerta per iscritto in modo completo e tempestivo (cpv. 1) e che il committente esclude dalla procedura le offerte tardive o quelle che presentano lacune formali rilevanti (cpv. 2). Il secondo disposto precisa poi che il capitolato d'appalto deve essere compilato dal concorrente in ogni sua parte (cpv. 1) e che eventuali allegati devono pervenire alla committenza contemporaneamente all'offerta (cpv. 3).

3.1.1 Secondo la giurisprudenza, una decisione non è arbitraria, giusta l'art. 9 Cost., per il semplice fatto che una soluzione diversa da quella adottata dall'autorità cantonale è immaginabile o addirittura preferibile; lo è, invece, quando risulta manifestamente insostenibile, in contraddizione palese con la situazione effettiva, gravemente lesiva di una norma o di un chiaro principio giuridico o in contrasto intollerabile con il sentimento di giustizia e di equità. Di conseguenza, il Tribunale federale si scosta dalla soluzione scelta dall'ultima istanza cantonale solo se questa risulta del tutto insostenibile o destituita di qualsiasi fondamento serio e oggettivo ed inoltre quando il giudizio impugnato è arbitrario nel suo risultato e non solo nella sua motivazione (DTF 129 I 8 consid. 2.1, 49 consid. 4, 173 consid. 3.1).

3.1.2 La ricorrente sostiene di aver ottemperato ai suoi obblighi di concorrente inoltrando il capitolato entro il 22 settembre 2003 e rispondendo alla sollecitazione ulteriore dell'ingegnere del comune entro il 5 dicembre seguente. Essa non contesta però di non aver fornito alcuna indicazione sull'intenzione di subappaltare i lavori già al momento della presentazione dell'offerta, malgrado le richieste in tal senso contenute nel complemento agli atti d'appalto del 26 agosto 2003. È vero che l'oggetto della commessa e le condizioni che disciplinano la gara vanno di principio definite in maniera esaustiva nel bando di concorso e nella relativa documentazione (Vinicio Malfanti, Principali novità introdotte dalla legge sulle commesse pubbliche, in: RDAT I-2001 pag. 439 segg., in part. pag. 448). Tuttavia, considerati i tempi e le modalità con cui, nel caso specifico, sono stati chiesti i ragguagli complementari, non è perlomeno insostenibile ritenere che la completezza delle offerte andava valutata pure in funzione dei medesimi. Lo scritto supplementare del consulente del committente non lasciava infatti spazio ad alcun equivoco interpretativo. Esso è inoltre stato inviato soltanto pochi giorni dopo la trasmissione degli atti di gara
- avvenuta entro il 22 agosto ai concorrenti che si erano annunciati entro il 31 luglio - e quasi un mese prima della scadenza del concorso. La trasparenza del procedimento e le opportunità di successo dei singoli offerenti non ne sono dunque state realmente pregiudicate.

Ammessa l'assenza d'arbitrio nel giudicare incompleta l'offerta della ricorrente, non risulta poi infondato concludere che la lacuna in questione ne imponesse l'esclusione. Tale conseguenza, oltre che espressamente prevista dal capitolato, deriva in effetti da un'applicazione senza dubbio ragionevole dell'art. 26 cpv. 2 LCPubb. Vista la quantità di miscela bituminosa necessaria per la pavimentazione e l'importanza certamente non trascurabile di queste opere per rapporto al complesso dei lavori, era in effetti lecito considerare l'offerta carente su un aspetto rilevante e, di riflesso, l'esclusione rispettosa del principio di proporzionalità.

3.2 La ricorrente lamenta poi la violazione del principio della buona fede (DTF 129 II 361 consid. 7.1, con numerosi riferimenti) in relazione alle richieste supplementari rivoltele dall'ingegnere del committente il 27 novembre 2003. In pratica sostiene che questa comunicazione ulteriore avrebbe in qualche modo legittimato il ricorso a dei subappaltanti, anche se una simile modalità operativa fosse stata annunciata soltanto a questo stadio.

Secondo il Tribunale amministrativo, l'attribuzione di un effetto di sanatoria alla controversa sollecitazione dell'ingegnere avrebbe disatteso il principio della parità di trattamento e il divieto di modificare le offerte dopo la loro apertura. Tali considerazioni non appaiono prive di pertinenza, dal momento che determinati concorrenti, negligenti al momento dell'inoltro dell'offerta, sarebbero stati riammessi a partecipare all'aggiudicazione al pari di chi avrebbe per contro scrupolosamente osservato le prescrizioni di gara. A ciò si aggiunga che quand'anche lo scritto del 27 novembre 2003 avesse potuto suscitare un'aspettativa legittima, non a torto l'offerta della ricorrente poteva comunque apparire incompleta. Di fronte alla richiesta di indicare il nominativo della ditta subappaltante, essa ha infatti menzionato ben cinque imprese, tra cui avrebbe poi scelto l'esecutrice effettiva dei lavori. In tal modo, l'insorgente non ha pertanto fornito con la dovuta precisione tutti gli elementi determinanti per la valutazione della sua offerta. In queste circostanze, poco importa sapere se queste differenti opzioni costituissero o meno delle varianti esecutive ai sensi dell'art. 29 LCPubb. Non è neppure di rilievo accertare se la
ricorrente fosse stata in grado, al momento di presentare l'offerta, di eseguire in proprio le opere di pavimentazione, né se abbia effettivamente deciso di far capo a delle imprese esterne soltanto traendo spunto dal controverso scritto. La censura non permette quindi di sovvertire il giudizio di esclusione.

3.3 La ricorrente si richiama pure al principio di uguaglianza (DTF 130 I 65 consid. 3.6; 129 I 113 consid. 5.1, 265 consid. 3.2). Tale precetto risulterebbe disatteso poiché tutti gli offerenti che hanno fornito la documentazione richiesta in un secondo tempo dal consulente del committente avrebbero dovuto venir esclusi dalla gara d'appalto. Visto che la commessa non è stata attribuita a nessuno di questi concorrenti, la critica appare già di primo acchito destituita di fondamento.

3.4 In virtù di quanto sin qui esposto, il giudizio impugnato, laddove conclude che l'offerta della ricorrente avrebbe dovuto venir esclusa, non appare dunque lesivo dei diritti costituzionali invocati. Tale giudizio si fonda invero su una motivazione differente da quella della decisione di delibera. L'autorità comunale si è infatti espressa nel senso dell'estromissione della ricorrente non a quel momento, ma soltanto con la risposta al Tribunale amministrativo. L'insorgente non pretende comunque che questo modo di procedere, operando una sostituzione della motivazione, violi il diritto. Tutelata l'esclusione, non occorre evidentemente esaminare, oltre alle critiche in merito ai criteri di aggiudicazione (cfr. consid. 2.2), nemmeno l'asserito diniego di giustizia (art. 29 cpv. 1 Cost.) per la mancata pronuncia dell'istanza cantonale sul miglior punteggio ottenuto dalla ricorrente.

4.
La ricorrente rimprovera infine ai giudici cantonali di essere incorsi nell'arbitrio, ponendo a suo carico tassa di giustizia e ripetibili. Sostiene che, tenendo conto delle richieste complementari rivoltele il 27 novembre 2003, poteva supporre di vantare validi motivi di ricorso. Dal momento che il Tribunale amministrativo ha ritenuto sbagliato il comportamento del consulente del committente in tale circostanza, l'impugnativa in sede cantonale sarebbe in pratica da ricondurre ad un errore del comune. Gli oneri processuali avrebbero perciò dovuto venir accollati all'autorità comunale.

Anche su questo aspetto, la motivazione del gravame non appare pienamente conforme ai requisiti dell'art. 90 cpv. 1 lett. b OG, già perché la ricorrente non indica quali norme del diritto cantonale disciplinano la questione litigiosa e sarebbero pertanto state applicate in maniera arbitraria. Ad ogni modo, il risultato a cui è pervenuta la Corte cantonale non integra gli estremi dell'arbitrio. Come esposto, quest'ultima ha tutelato la delibera non per le ragioni addotte in quella sede, che non ha condiviso, ma procedendo ad una sostituzione dei motivi. Ciò non toglie che la ricorrente sia comunque risultata soccombente, poiché le sue domande di giudizio sono state integralmente respinte. In queste circostanze, è vero che non sarebbe stato del tutto insostenibile prescindere

dall'aggravio delle spese giudiziarie all'insorgente, che ha di per sé contestato con successo la debole motivazione della decisione di prima istanza. Tuttavia, considerato per di più il vasto margine di apprezzamento di cui gode l'autorità cantonale nella fissazione degli oneri processuali (DTF 125 V 408 consid. 3a; 118 Ia 133 consid. 2b), il rispetto del criterio fondamentale della soccombenza non appare certo gravemente lesivo di un principio giuridico
chiaro ed indiscusso, né manifestamente iniquo. Nel loro ammontare, incontestato in quanto tale, tassa e ripetibili appaiono peraltro fissati in maniera prudente e ragionevole. Pure su questo punto, la sentenza avversata resiste perciò alle censure ricorsuali.

5.
5.1 In esito alle considerazioni che precedono, il ricorso va pertanto respinto, nella misura in cui è ammissibile, con la conseguente conferma del giudizio impugnato.

5.2 Data la soccombenza, le spese processuali vanno poste a carico della ricorrente (art. 156 cpv. 1, art. 153 cpv. 1 e art. 153a OG). La stessa va parimenti astretta a rifondere un'indennità per ripetibili alla ditta resistente, rappresentata da un legale, così come al Comune di Sorengo, il quale si è pure fatto assistere da un patrocinatore e che, in ragione delle sue dimensioni, è privo di un servizio giuridico proprio (art. 159 cpv. 1 e 2 OG; DTF 125 I 182 consid. 7, con riferimenti).
Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.
Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto.
2.
La tassa di giustizia di fr. 8'000.– è posta a carico della ricorrente, che rifonderà alla Y._____ SA e al Comune di Sorengo un'indennità di fr. 2'000.– ciascuno, a titolo di ripetibili della sede federale.
3.
Comunicazione ai patrocinatori delle parti e al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.
Losanna, 17 dicembre 2004
In nome della II Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il presidente: Il cancelliere: