Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.5/2003 /bom

Sentenza del 21 marzo 2003
II Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Wurzburger, presidente,
Müller e Merkli,
cancelliere Cassina.

Parti
A._____ SA,
ricorrente, patrocinata dall'avv. Ettore Vismara, viale
C. Cattaneo 3, casella postale 2149, 6901 Lugano,

contro

C._____ SA,
patrocinata dalla avv. Dr. Tiziana Meyer-Tomassini, via Luvini 4, casella postale 3190, 6901 Lugano,
Consiglio di Stato del Cantone Ticino, residenza governativa, 6500 Bellinzona,
Tribunale amministrativo del Cantone Ticino, via Pretorio 16, 6901 Lugano.

Oggetto
art. 9 e 27 Cost. (appalti pubblici/servizio di raccolta e trasporto rifiuti per il periodo 2001-2004)

ricorso di diritto pubblico contro la sentenza del 19 novembre 2002 del Tribunale amministrativo del Cantone Ticino

Fatti:
A.
L'8 settembre 2000 il Consorzio raccolta rifiuti Rivera e dintorni (in seguito: Consorzio) ha messo a pubblico concorso il servizio raccolta rifiuti per il periodo 1°gennaio 2001 - 31 dicembre 2004. Quattro ditte hanno inoltrato un'offerta. Dopo aver esaminato le medesime e analizzato i prezzi, il 3 novembre 2000 il Consorzio ha comunicato ai partecipanti alla gara di prescindere da una delibera e di volere indire un nuovo concorso. La decisione non è stata contestata.
B.
Con pubblicazione sul Foglio ufficiale del Cantone Ticino n. 89, del 7 novembre 2000, il Consorzio ha quindi indetto un secondo concorso per lo stesso servizio e per il medesimo periodo. Il capitolato stabiliva che la delegazione avrebbe aggiudicato la commessa "all'offerta che liberamente" avrebbe ritenuto "più vantaggiosa e conveniente". Esso ha quindi chiesto ai concorrenti di produrre insieme alla loro offerta, tra l'altro, anche una dichiarazione dell'ufficio esecuzioni e fallimenti attestante l'assenza di esecuzioni in corso, una copia del contratto collettivo di lavoro e una copia dell'iscrizione a registro di commercio.

Entro il termine utile del 22 novembre 2000 sono pervenute al committente 8 offerte tra cui quella della ditta individuale B._____, alla quale la delegazione consortile l'11 dicembre 2000 ha aggiudicato la commessa per complessivi fr. 198'703.–, e quella della C._____ SA, che, pur essendo la meno cara, è stata scartata poiché la ditta non era iscritta da almeno due anni a registro di commercio, come prescriveva l'art. 14 cpv. 1 lett. a dell'allora vigente legge ticinese sugli appalti pubblici del 12 settembre 1978 (LApp) (nel frattempo abrogata in seguito all'entrata in vigore il 1°maggio 2001 della nuova legge cantonale sulle commesse pubbliche

[LCPubb]). Quest'ultima decisione è stata confermata su ricorso dal Consiglio di Stato del Cantone Ticino il 14 febbraio 2001.

Adito da C._____ SA, con sentenza del 22 maggio 2001 il Tribunale cantonale amministrativo ha tuttavia annullato tale giudizio governativo ed ha rinviato gli atti al committente affinché statuisse nuovamente sull'aggiudicazione. Secondo i giudici cantonali, l'abrogato art. 14 cpv. 1 lett. a LApp (ancora applicabile alla fattispecie concreta in virtù di quanto disposto dalla norma transitoria di cui all'art. 47 LCPubb), che faceva divieto alle ditte iscritte a registro di commercio da meno di due anni di partecipare alle procedure di concorso in materia di appalti pubblici, era contrario alla Costituzione federale in quanto impediva, senza alcuna valida ragione, a tutta una serie di imprese idonee ma da poco costituite di accedere ai mercati pubblici comunali e cantonali.

Preso atto di ciò, il 17 luglio 2001 la delegazione consortile ha proceduto a deliberare il servizio di raccolta dei rifiuti alla C._____ SA per un importo complessivo di fr. 190'060.–, ritenendo che quest'ultima ditta avesse presentato l'offerta più a buon mercato.
C.
Il 3 luglio 2001 è stata costituita la A._____ SA, la quale ha ripreso l'attivo e il passivo della ditta individuale B._____.

Il 6 agosto 2001 essa ha impugnato la suddetta delibera consortile davanti al Consiglio di Stato ticinese, il quale, con decisione del 18 settembre 2001, ha dichiarato il gravame inammissibile per carenza di legittimazione attiva. Adito l'8 ottobre 2001 dalla A._____ SA, il Tribunale cantonale amministrativo, con sentenza del 20 novembre 2001, ha annullato la citata decisione governativa e rinviato gli atti al Consiglio di Stato per statuire sul merito del ricorso del 6 agosto 2001. La Corte cantonale ha infatti considerato che la A._____ SA, era succeduta in diritto alla ditta individuale B._____ e che quindi le andava riconosciuta la legittimazione attiva a contestare l'esito del suddetto concorso.

Contro quest'ultimo giudizio l'8 gennaio 2002 C._____ SA ha esperito dinanzi al Tribunale federale, con un unico atto, un ricorso di diritto amministrativo e un ricorso di diritto pubblico. Entrambi i gravami sono stati dichiarati inammissibili mediante sentenza del 29 gennaio 2002 (inc. n. 2P.6/2002).
D.
Chiamato ad entrare nel merito del ricorso che era stato inoltrato il 6 agosto 2001 dalla A._____ SA, il 12 marzo 2002 il Consiglio di Stato ticinese ha annullato la delibera a favore di C._____ SA visto che quest'ultima, contrariamente a quanto richiesto dal capitolato, non aveva prodotto né l'attestazione comprovante la sua adesione al contratto collettivo di lavoro (art. 14 cpv. 1 lett. c LApp), né l'estratto del registro di commercio attestante l'avvenuta iscrizione a registro, né la dichiarazione dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti comprovante l'inesistenza di esecuzioni a suo carico.
Adito su ricorso dalla C._____ SA, il 19 novembre 2002 il Tribunale cantonale amministrativo ha deciso di annullare la predetta decisione governativa del 12 marzo 2002, e di confermare la decisione del 17 luglio 2001 con cui la delegazione del Consorzio aveva aggiudicato il servizio a concorso a quest'ultima ditta. Dopo avere escluso l'esistenza di vizi procedurali suscettibili di portare all'esclusione dell'offerta della C._____ SA, i giudici cantonali hanno in sostanza ritenuto che, decidendo di aggiudicare il servizio in questione a quest'ultima ditta, il committente aveva emanato una risoluzione rispettosa dei criteri di scelta stabiliti dal bando e non aveva abusato del proprio ampio margine di apprezzamento.
E.
Il 6 gennaio 2003 la A._____ SA ha inoltrato davanti al Tribunale federale un ricorso di diritto pubblico con cui chiede che sia annullata la predetta decisione cantonale. Censura in sostanza la violazione del divieto d'arbitrio, del principio della parità di trattamento, della libertà di commercio e di industria e del principio di legalità.

Chiamato ad esprimersi il Tribunale amministrativo si è riconfermato nel proprio giudizio, senza formulare nessuna osservazione. Dal canto suo, C._____ SA ha chiesto, in via principale, che il gravame sia dichiarato inammissibile, e, in via subordinata, che esso venga respinto nella misura in cui dovesse risultare ammissibile.

Il Consiglio di Stato del Cantone Ticino si è astenuto dal prendere posizione in merito al ricorso ed ha dichiarato di volersi rimettere al giudizio di questo Tribunale.

Diritto:
1.
Per costante giurisprudenza il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del rimedio esperito (DTF 128 I 177 consid. 1, 46 consid. 1a; 128 II 66 consid. 1 e riferimenti ivi menzionati).
1.1 Di norma, la sentenza resa su ricorso da un'autorità di ultima istanza cantonale nell'ambito di una vertenza concernente una decisione adottata da un committente di livello cantonale o comunale in materia di appalti pubblici, costituisce una decisione impugnabile ai sensi dell'art. 84 OG e può dunque fare l'oggetto di un ricorso di diritto pubblico (DTF 125 II 86 consid. 3b). In base ad una ormai consolidata giurisprudenza del Tribunale federale, chi partecipa ad una gara per l'assegnazione di una commessa pubblica dispone, sulla base del diritto materiale applicabile, di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 88 OG, che gli consente di sollevare, nell'ambito del citato rimedio di diritto, delle censure riferite non soltanto al modo nel quale si è svolta la procedura di concorso, ma anche al merito delle decisioni adottate dal committente (DTF 125 II 86 consid. 4).

Nel caso concreto, dev'essere dunque di principio riconosciuta la legittimazione ad agire della ditta insorgente, la quale lamenta la violazione dei suoi diritti costituzionali in relazione al giudizio con il quale i giudici cantonali hanno ripristinato la decisione con cui il committente ha risolto di aggiudicare la commessa pubblica a concorso alla C._____ SA, piuttosto che a lei stessa.
1.2 Con il giudizio impugnato il Tribunale amministrativo ticinese ha statuito definitivamente, nella sua qualità di ultima istanza cantonale di ricorso, ai sensi dell'art. 38 della legge ticinese sul consorziamento dei Comuni, del 21 febbraio 2001, (LCCom), dell'art. 208 cpv. 1 della legge organica comunale ticinese, del 10 marzo 1987 (LOC), nonché dell'art. 66 della legge di procedura per le cause amministrative, del 19 aprile 1966 (LPamm), sul gravame che era stato a suo tempo inoltrato dalla C._____ SA avverso la decisione del governo ticinese che escludeva dalla gara l'offerta inoltrata da quest'ultima ditta e aggiudicava il servizio in questione alla ricorrente. Pertanto il presente gravame è stato tempestivamente inoltrato (art. 89 OG) dopo che erano state esaurite tutte le possibilità di ricorso a livello cantonale, conformemente a quanto previsto dall'art. 86 OG.
2.
Giusta l'art. 90 cpv. 1 OG, l'atto di ricorso deve soddisfare rigorosamente determinati requisiti di forma: oltre alla designazione del decreto o della decisione impugnata (lett. a), esso deve contenere le conclusioni del ricorrente, l'esposizione dei fatti essenziali e quella concisa dei diritti costituzionali o della norma giuridica che si pretendono violati, specificando in che cosa consista tale violazione (lett. b). Nell'ambito di questo rimedio il Tribunale federale statuisce unicamente sulle censure sollevate dal ricorrente, alla condizione che esse siano sufficientemente sostanziate (DTF 117 Ia 412 consid. 1c e rinvii).
È dunque anche alla luce di questi principi che dev'essere esaminata la ricevibilità delle varie censure sollevate dalla ricorrente in questa sede.

3.
Innanzitutto va detto che, nella misura in cui con il suo gravame la A._____ SA invoca la disattenzione del principio di uguaglianza (art. 8 Cost.) e della libertà di commercio e di industria (art. 27 Cost.) il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile, non avendo l'insorgente spiegato in maniera conforme a quanto imposto dall'art. 90 cpv. 1 OG, in quale misura e per quali ragioni la decisione impugnata sarebbe lesiva di questi suoi diritti costituzionali. Su questo punto il gravame disattende dunque manifestamente i suddetti requisiti di forma.
4.
4.1 Come accennato in narrativa, la ricorrente censura pure la violazione del divieto d'arbitrio e del principio della legalità. A tale proposito occorre comunque subito sottolineare che, tranne in materia di diritto tributario e di diritto penale, quest'ultimo principio, pur essendo di rango costituzionale, non costituisce un diritto fondamentale la cui violazione può essere censurata autonomamente per mezzo di un ricorso di diritto pubblico. La sua disattenzione può quindi essere fatta valere unicamente insieme ad uno specifico diritto fondamentale. Allorquando, come nella fattispecie, ciò non è il caso, il Tribunale federale esamina questo genere di censura dal punto di vista dell'arbitrio (DTF 123 I 1 consid. 2b e c con rinvii).
4.2 Anche su questo punto l'allegato ricorsuale disattende però in larga parte le già menzionate condizioni di

motivazione fissate dall'art. 90 cpv. 1 OG. Infatti, la ricorrente ha sollevato in questa sede tutta una serie di argomenti di natura perlopiù appellatoria, con i quali si è limitata a contrapporre il proprio punto di vista a quello dei giudici cantonali, senza tuttavia riuscire a spiegare in maniera compiuta e precisa in quale misura il giudizio impugnato sarebbe lesivo dei diritti costituzionali da lei invocati. A questo proposito occorre rammentare che, per prassi costante, laddove specialmente viene fatta valere una disattenzione del divieto d'arbitrio, non basta fare genericamente riferimento all'art. 9 Cost., motivando poi il resto del ricorso con una critica della decisione impugnata, come se il Tribunale federale fosse un'istanza d'appello a cui compete di rivedere liberamente il fatto e il diritto e di ricercare la corretta applicazione ed interpretazione della normativa cantonale (DTF 107 Ia 186). In questi casi l'insorgente ha semmai il dovere di illustrare chiaramente quale norma giuridica l'istanza cantonale avrebbe violato in modo contrario alla Costituzione federale e precisare in che cosa consista una simile violazione (DTF 122 I 70 consid. 1c e rinvii). Cosa che, nel caso di specie, l'insorgente non è pressoché mai stata in grado di fare. È quindi perlomeno dubbio che il ricorso sia da considerare ammissibile. La questione può comunque restare aperta, visto che, in ogni caso, il gravame risulta infondato e come tale andrebbe respinto nel merito.

4.3

4.3.1 Per costante giurisprudenza una decisione è arbitraria quando la soluzione adottata è insostenibile, poiché contraddice manifestamente la situazione di fatto, viola una norma o un principio giuridico chiaro ed indiscusso o contrasta in modo palese con il senso di giustizia e di equità. Viceversa, una decisione non è arbitraria per il semplice fatto che un'altra soluzione, diversa da quella adottata dall'autorità cantonale, sia immaginabile o addirittura preferibile. Il Tribunale federale si scosta dalla soluzione scelta dall'ultima istanza cantonale solo se risulta del tutto insostenibile o destituita di fondamento serio e oggettivo, inoltre quando il giudizio impugnato è arbitrario nel suo risultato e non solo nella sua motivazione (DTF 127 I 60 consid. 5a; 125 I 166 consid. 2a e rinvii).

4.3.2 In primo luogo il Tribunale amministrativo ticinese, ribaltando le conclusioni alle quali era pervenuto in precedenza il Consiglio di Stato, ha ritenuto che l'offerta presentata dalla C._____ SA doveva essere considerata valida dal profilo formale, malgrado la mancata sottoscrizione da parte di quest'ultima del contratto collettivo di lavoro e malgrado l'invio tardivo al committente sia dell'estratto del registro di commercio che dell'attestato dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti. I giudici cantonali hanno in sostanza ritenuto che nessuno dei documenti mancanti giustificava l'esclusione dell'offerta presentata da C._____ SA e che la condizione facente obbligo a quest'ultima di aderire al contratto collettivo di lavoro, prevista anche dall'art. 14 cpv. 1 lett. c LApp, non poteva essere considerata di rilievo dal momento che era contraria al diritto federale, e segnatamente alla legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro, del 28 settembre 1956 (LOCCL; RS 221.215.311), oltre che lesiva del principio della proporzionalità e della libertà di associazione.

Ora, nell'ambito del presente gravame la ricorrente non si è minimamente confrontata con questi argomenti, i quali, comunque sia, appaiono senz'altro sostenibili e, in quanto tali, non possono essere considerati arbitrari nel senso sopra menzionato del termine. In effetti, la facoltà del committente di escludere un'offerta non conforme alle prescrizioni e alle condizioni stabilite dal bando trova i propri limiti nel rispetto del principio di proporzionalità e del divieto del formalismo eccessivo (Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001 I pag. 394 con riferimenti giurisprudenziali; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBl 101 2000, pag. 229 e 235 con rinvii). Di conseguenza, non ogni vizio è suscettibile di cagionare l'annullamento di un'offerta: soltanto la presenza di errori di una certa importanza può condurre ad un simile risultato (sentenza del 26 giugno 2000 nella causa 2P.4/2000 consid. 3b, pubblicata in ZBl 102 2001 215; nello stesso senso anche: Nicolas Michel, Droit public de la construction, Friburgo 1997, n. 1932 e 1935). Per quanto attiene poi all'obbligo per i concorrenti di aderire ai
contratti collettivi di lavoro, il Tribunale federale ha già avuto modo di esprimersi in merito a ciò in un caso concernente il Canton Giura, giungendo per l'appunto alla conclusione che tale esigenza è incompatibile con alcune garanzie costituzionali, tra cui in particolare la libertà di associazione (DTF 124 I 107 e segg.).

4.3.3 La Corte cantonale ha poi considerato che nella misura in cui il bando di concorso prevedeva che la scelta del Consorzio sarebbe ricaduta sull'offerta liberamente ritenuta più vantaggiosa e conveniente nel suo complesso, la decisione di aggiudicare la commessa a concorso a C._____ SA è rispettosa di tale criterio, ritenuto in particolare che la minor esperienza vantata da quest'ultima non era tale da imporre al Consorzio di scegliere

un'offerta, come quella della ricorrente, del 4,5% più cara.

Quest'ultima ha tuttavia obiettato che la C._____ SA è stata costituita apposta in funzione della gara e come tale non avrebbe alcuna esperienza nel settore della raccolta dei rifiuti. Sostiene che se da un lato non si può pretendere che le ditte partecipanti ad una procedura di concorso siano iscritte a registro di commercio da almeno due anni, dall'altro lato si giustifica però di esigere che le medesime dimostrino una comprovata esperienza nel settore d'attività a cui si riferisce il concorso. Ha poi aggiunto che la ditta resistente non disporrebbe né dei macchinari, né del personale necessario ad assicurare la corretta esecuzione del servizio in questione e pertanto essa dovrebbe far capo a ditte terze per poter svolgere i compiti previsti dal bando. A suo dire, la decisione di affidare a quest'ultima il servizio di raccolta dei rifiuti non tiene dunque sufficientemente conto degli interessi pubblici in gioco, i quali semmai imponevano di prendere in considerazione non solo il prezzo offerto ma anche l'effettiva capacità dei singoli concorrenti d'eseguire in maniera impeccabile quanto richiesto nel capitolato.

Sennonché, è perlomeno dubbio che la ricorrente possa far valere in questa sede la tutela degli interessi della collettività. Giusta l'art. 88 OG, può agire per il tramite di un ricorso di diritto pubblico soltanto chi è toccato dal giudizio impugnato nei propri interessi personali e giuridicamente protetti. Tale rimedio non può per contro essere impiegato per difendere meri interessi pubblici o di fatto, come sembra fare nel caso di specie la ricorrente (DTF 126 I 43 consid. 1a). A prescindere da ciò si deve comunque considerare che spetta essenzialmente al committente stabilire in quale misura si debba tener conto anche dell'esperienza dei concorrenti ai fini della delibera e sino a che punto questi sia disposto ad assumersi il rischio di favorire un concorrente che potrebbe in seguito rivelarsi non in grado di garantire la corretta esecuzione della commessa. Orbene, nel suo giudizio del 22 maggio 2001 il Tribunale amministrativo aveva considerato contraria alla Costituzione federale, e quindi inapplicabile la regola sancita dall'art. 14 cpv. 1 lett. a LApp, secondo cui i concorrenti dovevano essere iscritti da almeno due anni a registro di commercio per poter partecipare alla gara; e questo, come detto, soprattutto per il
motivo del tutto sostenibile che una simile disposizione impediva alle ditte di più recente costituzione di poter acceder ai mercati pubblici. Nel caso specifico si deve poi considerare che né il bando di concorso, né il capitolato d'offerta prevedevano che il committente avrebbe conferito un peso particolare all'esperienza dei concorrenti nel settore della raccolta dei rifiuti. Per il che, confermando la scelta dell'offerta più a buon mercato, la Corte cantonale non ha violato nessun criterio di aggiudicazione previsto dalle condizioni di gara.

D'altra parte si deve considerare che concretamente il compito di organizzare e svolgere il servizio in questione appare tutto sommato abbastanza semplice: esso non richiede pertanto una particolare esperienza da parte dell'assuntore e non necessita né di personale qualificato, né di particolari infrastrutture tecniche, se non di alcuni automezzi adatti allo scopo. Avuto riguardo anche di questa circostanza, è dunque senza incorrere nell'arbitrio che la Corte cantonale ha reputato del tutto legittima la scelta effettuata dalla delegazione consortile di favorire l'offerta meno cara presentata dalla C._____ SA, ritenuto comunque che dal profilo organizzativo quest'ultima aveva fornito determinate garanzie, potendo in particolare avvalersi della stretta collaborazione della ditta gemella D._____ SA, attiva da alcuni anni nel settore dei trasporti e appartenente al medesimo gruppo imprenditoriale.
Si deve poi aggiungere che anche la conclusione alla quale è pervenuta la Corte cantonale di escludere che la C._____ SA fosse venuta in possesso di documenti confidenziali inerenti all'offerta della ricorrente resiste alle critiche d'arbitrio sollevate nel gravame. In effetti i sospetti di irregolarità formulati a questo proposito dalla ricorrente non trovano riscontro né nelle prove agli atti, né nelle risultanze dell'istruttoria compiuta dal Tribunale amministrativo.

Da ultimo va detto che è ancora una volta senza violare il divieto d'arbitrio che i giudici cantonali hanno respinto la tesi della ricorrente secondo cui il sistema innovativo di carico dei rifiuti proposto dalla resistente costituiva un'inammissibile deroga alle condizioni di gara stabilite dal capitolato. In effetti, come correttamente sottolineato nella decisione impugnata, gli atti di gara non stabilivano in modo dettagliato e vincolante le caratteristiche tecniche dei mezzi che avrebbero dovuto essere impiegati per lo svolgimento di tale servizio, il che conferiva ai concorrenti ampia libertà di scelta. In questo senso la C._____ SA aveva diritto di formulare su

questo punto la propria offerta come meglio credeva, senza dover presentare una variante nel caso in cui avesse optato per un sistema di raccolta diverso da quelli usualmente utilizzati.
4.3.4 Alla luce di tutto quanto appena esposto, la decisione impugnata non appare manifestamente destituita di fondamento, e quindi arbitraria. Ciò vale a maggior ragione se si considera che in base alle norme legali ancora applicabili alla procedura di concorso in questione, il committente disponeva senz'altro di un ampio potere d'apprezzamento, sindacabile da parte delle autorità di ricorso cantonali soltanto con un certo ritegno.
5.
Visto quanto precede, nella misura in cui è ammissibile, il ricorso deve dunque essere respinto.

Visto l'esito del gravame, la tassa di giustizia va posta a carico della ricorrente (art. 156 cpv. 1, 153 e 153a OG), la quale rifonderà alla ditta C._____ SA, assistita da un legale, un congruo importo a titolo di ripetibili (art. 159 cpv. 1 OG).
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. 4'000.– è posta a carico della ricorrente, la quale rifonderà alla C._____ SA la somma di fr. 4'000.– a titolo di ripetibili della sede federale.
3.
Comunicazione ai patrocinatori delle parti, al Consorzio raccolta rifiuti Rivera e dintorni, al Consiglio di Stato e al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.
Losanna, 21 marzo 2003
In nome della II Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il presidente: Il cancelliere: