Urteilskopf

140 I 252

20. Estratto della sentenza della II Corte di diritto pubblico nella causa A. SA contro Dipartimento del territorio e Consiglio di Stato del Cantone Ticino (ricorso sussidiario in materia costituzionale) 2C_315/2013 del 18 settembre 2014

Regeste (de):
Art. 45 des Tessiner Gesetzes vom 20. Februar 2001 über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Art. 78 und 83 lit. f BGG; Sanktion, die darin besteht, dass eine Teilnehmerin für die Dauer von fünf Monaten von der Teilnahme an allen aufgrund dieses Gesetzes erfolgenden Ausschreibungen ausgeschlossen und zu einer Geldbusse verurteilt wird.

Die gegenüber der Beschwerdeführerin getroffenen Sanktionen haben Administrativcharakter; die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 ff. BGG kann nicht ergriffen werden (E. 1).

Der Entscheid über den Ausschluss der Teilnahme an allen öffentlichen Ausschreibungen für eine bestimmte Dauer zählt zu den Entscheiden im Sinne von Art. 83 lit. f BGG; ein Entscheid "auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung" liegt auch insoweit vor, als die Geldbusse ausdrücklich damit begründet wird, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren auf Grund von falschen Angaben erwirkt wurde. Da sich die Beschwerdeführerin zu den spezifischen Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 lit. f BGG nicht äussert, steht einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 45 de la loi tessinoise du 20 février 2001 sur les marchés publics, art. 78 et 83 let. f LTF; sanction prononçant l'exclusion de la participation à toutes les soumissions régies par la loi tessinoise sur les marchés publics pour une période de cinq mois, ainsi que l'obligation de s'acquitter d'une peine pécuniaire.

La sanction prise à l'encontre de la recourante est de nature administrative; le recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF est exclu (consid. 1).

La décision qui interdit de participer à toutes les soumissions régies par la loi tessinoise sur les marchés publics pour une période déterminée relève des décisions "en matière de marchés publics" au sens de l'art. 83 let. f LTF; il y a également lieu d'admettre l'existence d'une décision "en matière de marchés publics" lorsqu'une peine pécuniaire est prononcée pour le motif exprès que l'adjudication d'un marché public a été obtenue sur la base d'indications erronées. Dès lors que la recourante ne s'exprime au sujet d'aucune des conditions prévues à l'art. 83 let. f LTF, seule demeure ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 45 della legge ticinese del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb/TI), art. 78 e 83 lett. f LTF; provvedimento consistente nell'esclusione dalla partecipazione a tutti gli appalti soggetti alla legge ticinese sulle commesse pubbliche per un periodo di cinque mesi e nell'obbligo di pagare una pena pecuniaria.

Il provvedimento preso nei confronti della ricorrente ha carattere amministrativo; il ricorso in materia penale ex art. 78 segg. LTF è escluso (consid. 1).

La decisione di vietare la partecipazione a tutti gli appalti soggetti alla legge ticinese sulle commesse pubbliche per un periodo determinato rientra tra le decisioni "in materia di acquisti pubblici" ai sensi dell'art. 83 lett. f LTF; una decisione "in materia di acquisti pubblici" va ravvisata anche nella pronuncia di una pena pecuniaria, motivata espressamente dall'ottenimento di un appalto sulla scorta di false indicazioni. Ritenuto che

la ricorrente non si esprime su nessuna delle condizioni previste dall'art. 83 lett. f LTF, aperta è solo la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 253

BGE 140 I 252 S. 253

A. Il 21 maggio 2012, al termine di una procedura di concorso retta dalla legge ticinese del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb/TI; RL 7.1.4.1), la Fondazione B. ha aggiudicato alla A. SA le opere di pavimentazione e rivestimento di pareti in linoleum e sintetici del nuovo Centro C. di X. La delibera ha suscitato le proteste di diverse associazioni di categoria, le quali - in breve - dubitavano che l'aggiudicataria disponesse di un numero sufficiente di posatori di pavimenti. Il 18 settembre 2012 la Commissione paritetica cantonale del ramo della posa di pavimenti ha accertato che la A. SA occupava sul cantiere di X.

BGE 140 I 252 S. 254

cinque lavoratori assunti dopo l'aggiudicazione per tempo determinato. Qualche giorno dopo è stata presentata al Consiglio di Stato ticinese un'interpellanza volta a conoscere i motivi che avevano permesso di aggiudicare la commessa specialistica alla A. SA, la quale disponeva soltanto di due posatori di pavimenti occupati stabilmente, che non erano peraltro stati impiegati a X. Il 2 ottobre 2012, durante una riunione svoltasi tra le diverse parti interessate presso l'Ufficio cantonale dei lavori sussidiati e degli appalti, la A. SA ha riconosciuto questi fatti, precisando che per il cantiere di X. aveva assunto appositamente a tempo determinato cinque lavoratori stranieri.

B. Il 5 dicembre 2012, al termine di un'inchiesta amministrativa avviata dall'Ufficio di conciliazione, il Consiglio di Stato ha sanzionato la A. SA per avere ottenuto l'aggiudicazione sulla scorta di indicazioni false: in applicazione dell'art. 45 LCPubb/TI l'ha esclusa per cinque mesi dalla partecipazione a tutti gli appalti retti da tale legge e le ha inflitto una pena pecuniaria di fr. 40'000.-. Il provvedimento preso nei confronti della A. SA è stato confermato dal Tribunale cantonale amministrativo con sentenza del 12 marzo 2013.
Il Tribunale federale ha esaminato l'impugnativa interposta contro quest'ultimo giudizio quale ricorso sussidiario in materia costituzionale e l'ha respinta. (riassunto)

Erwägungen

Dai considerandi:

1. Il Tribunale federale esamina d'ufficio e liberamente la propria competenza e l'ammissibilità del rimedio proposto (art. 29 cpv. 1 LTF; DTF 136 II 470 consid. 1).

1.1 La sentenza impugnata è fondata sull'art. 45 LCPubb/TI. Questa norma stabilisce che "in caso di gravi violazioni della presente legge, il Consiglio di Stato infligge una congrua pena pecuniaria e/o può escludere il contravventore da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di 5 anni" (cpv. 1). L'espressione "pena pecu-

niaria" può definire una sanzione sia di diritto amministrativo, sia di diritto penale. Il carattere amministrativo del provvedimento è però attestato, oltre che dal titolo marginale ("sanzioni amministrative"), dal fatto che l'art. 45 LCPubb/TI permette di infliggere la pena pecuniaria in alternativa o, come è effettivamente accaduto, in aggiunta all'esclusione dai mercati pubblici, la quale costituisce

indubbiamente sanzione amministrativa. Il ricorso in materia penale degli art. 78 segg. LTF è pertanto escluso (cfr. DTF 138 I 367 consid. 1.2).

1.2 Scartata questa possibilità va però chiarito se l'impugnativa vada trattata come ricorso in materia di diritto pubblico o se, tenuto conto dell'art. 83 lett. f LTF, data sia solo la possibilità del ricorso sussidiario in materia costituzionale. Se è vero infatti che le critiche della ricorrente - tutte di ordine costituzionale - non impongono una distinzione (sentenza 2C_1022/2011 del 22 giugno 2012 consid. 2, non pubblicato in DTF 138 I 367), non così è per quelle contenute nella presa di posizione della COMCO, che la ricorrente ha dichiarato di condividere. Visto che la loro condivisione in replica è tardiva (DTF 135 I 19 consid. 2.2 pag. 21) e che, come ancora verrà precisato (cfr. consid. 8, non pubblicato), le censure di ordine costituzionale sollevate nel ricorso non permettono la verifica della conformità del giudizio impugnato con la legge sul mercato interno, tale aspetto può in effetti essere esaminato - d'ufficio - solo nel caso che fosse aperta la via del ricorso in materia di diritto pubblico (DTF 133 II 249 consid. 1.4 pag. 254 seg.).

2.

2.1 Giusta l'art. 83 lett. f LTF il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile contro le decisioni in ambito di acquisti pubblici se "il valore stimato della commessa non raggiunge la soglia determinante secondo la legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici o secondo l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici" (cifra 1) e se "non si pone alcuna questione di diritto d'importanza fondamentale" (cifra 2); i due motivi di esclusione, su cui compete al ricorrente pronunciarsi (art. 42 cpv. 2 LTF), sono cumulativi (DTF 133 II 396 consid. 2 pag. 398 seg.). Nel caso in esame l'insorgente non si esprime né sul raggiungimento della soglia determinante, né sul sussistere di una questione di diritto d'importanza fondamentale, che non appare del resto data, siccome l'impugnativa verte in sostanza solo sulla proporzionalità della misura presa. Prima di constatare l'inammissibilità del ricorso in materia di diritto pubblico, occorre però ancora chiedersi se il litigio, che ha per oggetto una sanzione composta dall'esclusione dalla partecipazione a tutti gli appalti soggetti alla legge ticinese sulle commesse pubbliche per un periodo di cinque mesi e da una pena pecuniaria, rientri davvero tra le decisioni "in materia di acquisti pubblici" ai sensi dell'art. 83 lett. f LTF.

2.2 Alla questione, rimasta indecisa nella sentenza 2C_1022/2011 del 22 giugno 2012 (cfr. consid. 2, non pubblicato in DTF 138 I 367), dev'essere risposto affermativamente. Come rilevato in dottrina, la formulazione aperta dell'art. 83 lett. f LTF segnala che lo stesso non mira alla sola decisione di aggiudicazione, bensì a tutte le decisioni emanate in una procedura di concorso pubblico (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2a ed. 2014, N. 78 SEG. AD ART. 83 LTF; THOMAS HÄBERLI, in Basler Kommentar,

Bundesgerichtsgesetz, 2a ed. 2011, n. 153 seg. ad art. 83 LTF). Secondo giurisprudenza, tra queste decisioni ricade anche quella di escludere un offerente da una procedura (sentenza 2D_17/2014 del 7 luglio 2014), e la soluzione non può quindi essere diversa quando una simile misura è pronunciata non già riguardo a un singolo concorso, bensì per tutte le procedure di appalto soggette alla legislazione sulle commesse pubbliche durante un periodo di tempo definito. Al pari di quella che sanziona un offerente con l'esclusione dalla procedura, una decisione "in materia di acquisti pubblici" va d'altra parte ravvisata nella pronuncia di una pena pecuniaria, motivata espressamente dall'ottenimento di un appalto sulla scorta di false indicazioni.

2.3 Confermata l'applicazione dell'art. 83 lett. f LTF alla fattispecie e non essendo stato sostanziato il rispetto delle condizioni da esso previste, il ricorso in materia di diritto pubblico è quindi inammissibile. L'impugnativa, rivolta contro una decisione finale (art. 90 e 117 LTF) di un tribunale cantonale di ultima istanza (art. 86 e 114 LTF), tempestiva (art. 100 cpv. 1 e art. 117 LTF) e presentata da persona legittimata a ricorrere (art. 115 LTF; DTF 138 I 367), dev'essere di conseguenza trattata quale ricorso sussidiario in materia costituzionale.