

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Publikation einer Stellungnahme, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une prise de position au sujet de l'application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence

Publicazione di una presa di posizione resa in applicazione della Legge sul mercato interno (art. 10a cpv. 1 LMI) con i commenti di Simon Odermatt e Gaël Schaffter, Centro di competenza Mercato interno, Segreteria della Commissione della concorrenza.

Publication d'une prise de position au sujet de l'application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Publikation einer Stellungnahme, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission.

1 Commenti / Commentaires / Erläuterungen

1.1 In italiano

1. Nel 2013, il Tribunale federale (TF) ha invitato la COMCO a prendere posizione secondo l'articolo 102 capoverso 1 in relazione con l'articolo 89 capoverso 2 lettera a della Legge sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110)¹ nel quadro di una procedura di ricorso (2C_315/2013) contro una sentenza del Tribunale amministrativo del Canton Ticino nell'ambito degli acquisti pubblici. Questa sentenza confermava una decisione del Dipartimento ticinese competente che aveva condannato un'impresa ticinese a cinque mesi di esclusione dagli acquisti pubblici e ad una multa di 40'000.- franchi per violazione grave della Legge cantonale sulle commesse pubbliche (art. 45 cpv. 1 LCPubb; RL 7.1.4.1). Questa decisione si giustificava per il fatto che l'impresa in oggetto ha ottenuto la commessa sulla base di false indicazioni (art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb). L'offerta contestata menzionava che l'impresa in causa disponeva di otto persone (di cui cinque operai) mentre in realtà essa non aveva (ancora) assunto gli operai necessari alla realizzazione dei lavori.

2. Nella sua sentenza il TF ha in primo luogo esaminato (consid. 1; cfr. punto 3.1.1 qui sotto) secondo quale procedura doveva essere trattato il ricorso. Dopo aver escluso il ricorso in materia penale (per il TF la sanzione è chiaramente di diritto amministrativo, consid. 1.1), il TF ha escluso anche il ricorso di diritto pubblico, avendo constatato che le condizioni dell'articolo 83 lettera f LTF non erano riunite (valore della commessa inferiore alle

soglie determinanti e assenza di questioni di diritto d'importanza fondamentale). A partire dall'avocazione del suo potere di esame (consid. 1.2), il TF ha indicato che avrebbe trattato le censure della ricorrente – tutte di ordine costituzionale - nell'ambito della procedura di ricorso sussidiario in materia costituzionale. Il TF non ha quindi esaminato la presa di posizione della COMCO sotto l'aspetto della Legge sul mercato interno (LMI; RS 943.02). In effetti, da un lato, il ricorrente aveva fatto sue tardivamente – nella sua replica – le considerazioni della COMCO relative alla LMI e, d'altro lato, il ricorrente non aveva invocato una censura costituzionale che permette di esaminare una violazione della LMI – la quale sarebbe stata esaminata d'ufficio nel quadro di un ricorso di diritto pubblico.

3. Ai considerandi 8.2 (cfr. punto 3.1.2 di seguito), il TF ha precisato le ragioni che l'hanno condotto a non considerare la presa di posizione della COMCO. Il TF ha così constatato che gli argomenti contenuti nella presa di posizione della COMCO uscivano dal quadro legale di quelli contenuti nell'atto della ricorrente che non aveva invocato né l'arbitrarietà nell'apprezzamento del fatto o nell'applicazione della norma, né rimesso in causa la compatibilità della LCPubb con il diritto federale attraverso l'effetto derogatorio del diritto federale (art. 49

¹ Ciò che il TF può anche fare in virtù dell'articolo 10 capoverso 2 della Legge federale sul mercato interno. La COMCO non era parte alla procedura ma unicamente invitata a prendere posizione, come risulta d'altronde dalla prima pagina della decisione.

cpv. 1 Cost.) e neppure si era lamentata di una violazione dell'articolo 27 Costituzione federale (fatta eccezione per una semplice critica della misura della sanzione). Ne consegue che, tenuto conto della LTF e le regole che reggono il ricorso subsidiario in materia costituzionale, il TF non poteva che respingere il ricorso senza esaminare la posizione e gli argomenti della COMCO.

4. In sostanza, nella sua presa di posizione (punto 2), la COMCO ha considerato da una parte, che l'esigenza di disporre della manodopera già al momento di sottoporre un'offerta costituiva una restrizione all'accesso al mercato contrario all'articolo 5 LMI, di modo che il diritto cantonale sulle commesse pubbliche non era stato violato e che la sanzione doveva essere annullata. D'altra parte, la COMCO è d'avviso che la sanzione di 5 mesi di esclusione dagli appalti pubblici non era proporzionata. Per concludere, la COMCO ha inoltre precisato che le sue considerazioni valevano anche in analogia con le censure relative al ricorso subsidiario in materia costituzionale della sanzione.

5. In conclusione, la Segreteria della COMCO attira l'attenzione dei futuri ricorrenti nell'ambito degli appalti pubblici sulla possibilità di censure che offre la LMI e a fare uso di queste nell'ambito di ricorsi subsidiari in materia costituzionale attraverso i rinvii all'articolo 49 Costituzione federale.

6. **NB:** i numeri di paragrafo così come i numeri delle note a piè di pagina della presa di posizione di seguito (cfr. para. 19 a 70) non corrispondono a quelli del documento originale in lingua italiana.

1.2 En français

7. En 2013, sur la base de l'art. 102 al. 1 en lien avec l'art. 89 al. 2 let. a de la Loi sur le tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)², le Tribunal fédéral (TF) a invité la COMCO à prendre position dans une procédure de recours (2C_315/2013) contre un jugement du Tribunal administratif du canton du Tessin dans le domaine des marchés publics. Ce jugement confirmait une décision du Département tessinois compétent qui avait condamné une entreprise tessinoise à cinq mois d'exclusion des marchés publics et 40'000.- francs d'amende pour violation grave de la Loi cantonale sur les marchés publics (art. 45 al. 1 de la *Legge sulle commesse pubbliche*; LCPubb; RL 7.1.4.1), au motif qu'elle avait obtenu le marché en cause sur la base d'indications fausses (art. 45 al. 2 let. c LCPubb). L'offre litigieuse mentionnait que la société en cause disposait de 8 personnes (dont 5 ouvriers) alors qu'en réalité elle n'avait pas (encore) engagé les ouvriers nécessaires à la réalisation des travaux.

8. Dans son arrêt, le TF a en premier lieu (consid. 1; cf. pt 3.2.1 ci-dessous) examiné selon quelle procédure de recours il devait traiter l'acte du recourant. Après avoir exclu le recours en matière pénale (pour le TF la sanction est clairement de droit administratif; consid. 1.1), le TF a également exclu le recours de droit public, ayant constaté que les conditions de l'art. 83 let. f LTF n'étaient pas réunies (valeur seuil inférieure aux seuils déterminants et absence de question juridique de principe). Dès l'évocation de son pouvoir d'examen (consid. 1.2), le TF a indiqué qu'il allait traiter les griefs de la

recourante - tous d'ordre constitutionnel - dans le cadre de la procédure du recours constitutionnel subsidiaire. Le TF n'a pas examiné la prise de position de la COMCO qui considérait l'affaire sous l'angle de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). En effet, d'une part ce n'était que tardivement - dans sa réplique - que le recourant avait fait siennes les considérations de la COMCO relatives à la LMI et, d'autre part, ce que le TF a encore précisé dans le considérant 8, le recourant n'avait pas invoqué un grief constitutionnel qui permette d'examiner une violation de la LMI - qui s'examinerait d'office dans le cadre d'un recours de droit public.

9. Au consid. 8.2 (cf. pt 3.2.2 ci-dessous), le TF a précisé les raisons qui l'avaient amené à ne pas prendre en considération la prise de position de la COMCO. Le TF a ainsi constaté que les arguments contenus dans la prise de position de la COMCO sortaient du cadre de ceux de l'acte du recourant qui n'avait au demeurant invoqué ni l'arbitraire dans l'appréciation des faits ou dans l'application de la norme, ni remis en cause la compatibilité de la LCPubb avec le droit fédéral par le biais de l'effet dérogoratoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), ni ne s'était plaint d'une violation de l'art. 27 Cst. (hormis une simple critique de la mesure de la sanction). Il s'ensuivait que, tenu par la LTF et les règles qui régissent le recours constitutionnel subsidiaire, le TF ne pouvait que rejeter le recours sans examiner la position et les arguments de la COMCO.

10. En substance, dans sa prise de position (pt 2), la COMCO a considéré d'une part que l'exigence de disposer de la main d'œuvre déjà au moment de la soumission d'une offre constituait une restriction à l'accès au marché contraire à l'article 5 LMI, de sorte que le droit cantonal sur les marchés publics n'avait pas été violé et que la sanction devait être annulée. D'autre part, la COMCO a jugé que la sanction de 5 mois d'exclusion des marchés publics était disproportionnée. Pour terminer, la COMCO a encore expliqué que ses considérations valaient également par analogie pour les griefs du recours constitutionnel subsidiaire relatifs à la sanction.

11. En conclusion, le Secrétariat de la COMCO attire l'attention des futurs recourants potentiels dans le domaine des marchés publics sur les possibilités de griefs qu'offre la LMI et à faire usage de celles-ci dans le cadre de recours constitutionnels subsidiaires (par des renvois à l'article 49 Cst.).

12. **Remarque:** les numéros de paragraphe ainsi que les numéros de note de bas de page de la prise de position ci-dessous (ch. 19 à 70) ne correspondent pas à ceux du document d'origine en langue italienne.

² Ce que le TF peut également faire en vertu de l'art. 10 al. 2 de la Loi fédérale sur le marché intérieur. La COMCO n'était pas partie à la procédure, mais uniquement invitée à prendre position, comme cela ressort d'ailleurs de la page de couverture de l'arrêt.

1.3 In Deutsch

13. Gestützt auf Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes (LTF; RS 173.110)³ hat das Bundesgericht die WEKO 2013 zur Stellungnahme in einem Beschwerdeverfahren (2C_315/2013) gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin im Bereich des Beschaffungswesens eingeladen. In diesem Urteil wurde eine Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde des Kantons Tessin bestätigt, mit welcher ein Unternehmen für fünf Monate von künftigen öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen und zu einer Busse von CHF 40'000 verurteilt wurde wegen einer schwerwiegenden Verletzung des kantonalen Gesetzes über die öffentliche Beschaffung (Art. 45 Abs. 1 *Legge sulle commesse pubbliche*, LCPubb, RL 7.1.4.1). Das Verwaltungsgericht begründete dies damit, dass das Unternehmen den Zuschlag aufgrund von falschen Angaben erhalten habe (Art. 45 Abs. 2 Bst. c LCPubb). Das Unternehmen hatte in ihrem Angebot angegeben, dass es über acht Mitarbeiter (davon fünf Handwerker) verfüge, wobei sich herausstellte, dass es die für den Auftrag erforderlichen Handwerker (noch) nicht angestellt hatte.

14. In seinem Urteil prüft das Bundesgericht zunächst, nach welchem Verfahren es die Eingabe der Beschwerdeführerin behandeln soll (E. 1; vgl. Ziff. 3.3.1 weiter unten). Das Bundesgericht schliesst eine Beschwerde in Strafsachen aus (für das Bundesgericht handelt es sich bei den verhängten Sanktionen zweifelsfrei um verwaltungsrechtliche Sanktionen). Ebenso erachtet es die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 Bst. f BGG nicht als erfüllt (Auftragswert unter dem massgeblichen Schwellenwert und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung). In den Ausführungen zur Überprüfungsbefugnis (E. 1.2) hält das Bundesgericht fest, dass es die Rügen der Beschwerdeführerin (alle sind verfassungsrechtlicher Art) im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde prüft. Das Bundesgericht berücksichtigt dabei die Stellungnahme der WEKO, welche die Sache unter dem Aspekt des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) geprüft hatte, nicht. Denn die Beschwerdeführerin habe die Argumente der WEKO zum BGBM erst in ihrer Replik aufgegriffen, also zu spät. Die Beschwerdeführerin selbst habe kein verfassungsmässiges Recht vorgebracht, welche es erlauben würde, eine Verletzung des BGBM zu prüfen (eine solche Prüfung würde im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen vorgenommen).

15. In E. 8.2 (vgl. Ziff. 3.3.2 weiter unten) führt das Bundesgericht die Gründe weiter aus, welche es veranlasst haben, die Stellungnahme der WEKO nicht zu berücksichtigen. So würden die Argumente in der Stellungnahme der WEKO über jene in der Eingabe der Beschwerdeführerin hinausgehen. Die Beschwerdeführerin habe selbst weder eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts noch eine willkürliche Rechtsanwendung geltend gemacht; ebensowenig stelle sie die Vereinbarkeit zwischen der LCPubb und dem Bundesrecht mit Verweis auf Art. 49 Abs. 1 BV in Frage oder bringe sie eine Verletzung von Art. 27 BV vor (mit Ausnahme einer Kritik über die Höhe der Sanktion). Daraus folgert das

Bundesgericht mit Verweis auf das BGG und die Voraussetzungen der subsidiären Verfassungsbeschwerde, dass es die Beschwerde abweisen muss, ohne den Standpunkt und die Argumente der WEKO zu prüfen.

16. Die WEKO hatte in ihrer Stellungnahme (siehe Titel 2 unten) einerseits vorgebracht, dass die Pflicht, schon bei Einreichung der Offerte über die notwendige Belegschaft zu verfügen, eine Marktzugangsbeschränkung darstellt, die Art. 5 BGBM verletzt. Das sanktionierte Tessiner Unternehmen hat deshalb nicht gegen das kantonale Recht verstossen, sodass die verhängten Sanktionen hätten aufgehoben werden müssen. Andererseits qualifizierte die WEKO einen Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von fünf Monaten als unverhältnismässig. Abschliessend wies die WEKO darauf hin, dass ihre Vorbringen analog auch für Rügen in der subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen die Sanktion gelten würden.

17. Gestützt auf diese Ausführungen macht das Sekretariat der WEKO potentielle Beschwerdeführer im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf die Rügen gemäss BGBM aufmerksam und weist auf die Möglichkeit hin, davon im Rahmen von subsidiären Verfassungsbeschwerden (mit Verweis auf Art. 49 BV) Gebrauch zu machen.

18. Bemerkung: Die Randziffern und Fussnoten der nachfolgenden Stellungnahme (Rz 19-70) entsprechen nicht denjenigen des beim Bundesgericht eingereichten Originaldokuments in Italienisch.

2 Estratto della presa di posizione della COMCO del 11 luglio 2013 nella procedura 2C_315/2013 / Extrait de la prise de position de la COMCO du 11 juillet 2013 dans la procédure 2C_315/2013 / Auszug aus der Stellungnahme vom 11. Juli 2013 der WEKO im Verfahren 2C_315/2013

[...]

I. In ordine

19. *Con decreto del 22 maggio 2013 la Cancelleria del Tribunale federale, per ordine del Presidente della IIa Corte di diritto pubblico, ha invitato la COMCO a prendere posizione in merito al ricorso sopra citato entro il 24 giugno 2013. In data 29 maggio 2013 la COMCO ha richiesto una proroga del termine fino al 12 luglio 2013. Con decreto del 31 maggio 2013 la Cancelleria del Tribunale federale, per ordine del Presidente della IIa Corte di diritto pubblico, ha accordato una proroga del termine fino al 12 luglio 2013. Ne consegue che la presente presa di posizione è tempestiva.*

II. In fatto

20. *In base alla documentazione in possesso della COMCO, segnatamente la decisione dell'istanza inferiore e il gravame della ricorrente, la fattispecie si presenta come segue:*

³ Die WEKO kann auch gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM im Verfahren vor Bundesgericht angehört werden. Die WEKO war nicht als Partei am Verfahren beteiligt, sondern wurde lediglich zur Stellungnahme eingeladen.

21. La B. ha pubblicato il 14 febbraio 2012 un bando di concorso soggetto alla Legge cantonale sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL TI 7.1.4.1) per l'aggiudicazione delle opere di pavimentazione per C. di X.

22. La committente ha richiesto agli offerenti di indicare il numero di maestranze relativo all'intera ditta nonché quelle previste per l'esecuzione della commessa. La ricorrente ha presentato un'offerta indicando che all'esecuzione dell'opera avrebbero contribuito, tra quadri e maestranze, otto persone, precisando che si sarebbe trattato di un'unità di personale amministrativo, una di personale tecnico, una di personale domiciliata e cinque di personale estero.

23. Il 21 maggio 2012 la committente ha deliberato l'aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente [A.].

24. A seguito di successivi controlli svolti dalla Commissione paritetica cantonale, è emerso che parte dei lavoratori presenti sul cantiere sono stati assunti a titolo temporaneo solo dopo la delibera di aggiudicazione della commessa. In seguito è stato aperto un procedimento amministrativo ai sensi dell'articolo 45 LCPubb per violazione delle normative cantonali vigenti in materia di appalti pubblici.

25. Con decisione del 5 dicembre 2012 il Consiglio di Stato ticinese, ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb, che prevede sanzioni in caso di gravi violazioni della LCPubb, segnatamente in caso di ottenimento di un'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni, ha escluso la ricorrente dalla partecipazione a tutte le commesse pubbliche soggette alla LCPubb per il periodo di cinque mesi infliggendole una pena pecuniaria di CHF 40'000.-.

26. La ricorrente è insorta d'innanzi al Tribunale amministrativo del Canton Ticino contestando la qualifica dell'accaduto nel novero delle violazioni gravi di cui all'articolo 45 LCPubb. Il ricorso è stato tuttavia respinto. La decisione è stata in seguito impugnata d'innanzi al Tribunale federale.

27. La COMCO, nella stesura della propria presa di posizione, si basa sui fatti presentati dall'istanza inferiore in maniera determinante per il Tribunale federale (art. 105 cpv. 1 Legge sul Tribunale federale; RS 173.110).

III. In diritto

28. La COMCO sorveglia il rispetto della Legge federale sul mercato interno (LMI; RS 943.02) da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a svolgere compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). La COMCO è legittimata a presentare ricorso contro decisioni cantonali al fine far accertare se una decisione limiti in modo inammissibile l'accesso al mercato, ovvero se la decisione sia compatibile con la LMI (art. 9 cpv. 2bis LMI). Inoltre, secondo l'articolo 10 capoverso 2 LMI, la COMCO può essere sentita in occasione di procedure d'innanzi al Tribunale federale.⁴

29. La LMI garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e indiscriminato al mercato al fine di poter esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI).

Per questo scopo la LMI sancisce varie libertà (art. 2 LMI) che è possibile limitare solo a determinate condizioni (art. 3 LMI).

30. Il diritto all'accesso al mercato comprende egualmente l'accesso agli appalti pubblici cantonali e comunali. Le disposizioni del diritto del mercato interno applicabili alle commesse pubbliche si trovano all'articolo 5 LMI. Si tratta di una disposizione di diritto federale direttamente applicabile alle commesse pubbliche cantonali e comunali.⁵ L'articolo 5 LMI statuisce i principi minimi materiali e formali che devono venir rispettati dalle procedure di aggiudicazione cantonali. Si tratta segnatamente del principio di non discriminazione (art. 5 cpv. 1 LMI) e dell'obbligo di pubblicazione (art. 5 cpv. 2 LMI).

31. L'articolo 5 capoverso 1 LMI sancisce il diritto all'accesso indiscriminato alle commesse pubbliche cantonali e comunali così come degli enti preposti allo svolgimento di compiti cantonali o comunali. Secondo la dottrina del Tribunale federale l'accesso indiscriminato alle commesse pubbliche è garantito a tutti gli offerenti, siano essi indigeni o esterni.⁶ Ciò significa che anche offerenti con sede all'interno del territorio in cui è stata indetta la commessa godono delle garanzie statuite dall'articolo 5 capoverso 1 LMI. Questa disposizione costituisce un principio di uguaglianza e di non discriminazione nell'ambito delle commesse pubbliche cantonali e comunali regolate dal diritto intercantonale o cantonale.⁷

32. L'articolo 5 capoverso 2 LMI impone inoltre che i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza, a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto, siano pubblicati su un organo ufficiale. Tale prescrizione sancisce l'obbligo di trasparenza per gli enti pubblici nell'ambito delle commesse pubbliche indicando tutti i criteri necessari per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

33. In altri termini i principi sanciti dall'articolo 5 LMI devono essere trasposti e concretizzati attraverso la legislazione cantonale ed intercantonale e rispettati dalla committente nell'ambito di una commessa pubblica. Concretamente le disposizioni cantonali riguardanti le commesse pubbliche devono rispettare i criteri sanciti dall'articolo 5 LMI.⁸ Ciò vale anche per le disposizioni circa le sanzioni amministrative. Una decisione in tal senso deve rispettare i principi sanciti dalla LMI.⁹ Ne

⁴ DTF 136 II 470, consid. 1.1.

⁵ EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Terrier (curatori), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2a ed., art. 5 LMI N 37; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 segg., 184.

⁶ MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch / Rolf Weber / Roger Zäch (curatori), Kommentar Wettbewerbsrecht II, art. 5 LMI N 1; DTF 125 I 406, consid. 2; decisione del Tribunale federale 2P.151/1999 del 30.5.2000, consid. 1c.

⁷ DTF 125 I 406, consid. 2; decisione del Tribunale federale 2P.151/1999 del 30.5.2000, consid. 1c; DIEBOLD, 180; OESCH/ZWALD, art. 5 LMI N 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1 volume, 2a ed., N 53.

⁸ Messaggio del Consiglio di Stato ticinese del 28 ottobre 1998, nr. 4806.

⁹ DIEBOLD, 184; CLERC, art. 5 LMI N 130.

consegue che la decisione del 5 dicembre 2012 del Consiglio di Stato ticinese è rilevante dal punto di vista della LMI.

34. La COMCO nella presente presa di posizione analizzerà due aspetti che, oltre a quelli di natura costituzionale, sono rilevanti per la valutazione del ricorso. Innanzitutto verrà analizzato se, nell'ambito di un'interpretazione conforme al diritto federale, sia possibile dedurre un obbligo per gli offerenti di disporre della manodopera già al momento della presentazione dell'offerta, come riconosciuto implicitamente dall'istanza inferiore. In seguito verrà analizzata la legittimità della sanzione alla luce della LMI.

A. L'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'offerta è contrario alla LMI

35. La sanzione comminata alla ricorrente è stata pronunciata in applicazione dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb, che prevede la possibilità per il Consiglio di Stato, in caso di gravi violazioni della LCPubb, segnatamente in caso di ottenimento di un'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni (art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb), di comminare al contravventore una congrua pena pecuniaria (al massimo 20 % del valore della commessa) e/o la sua esclusione da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di 5 anni.

36. Stando all'accertamento dei fatti stabilito in maniera determinante per il Tribunale federale dall'istanza inferiore, la ricorrente ha inoltrato l'offerta più bassa, "indicando che all'esecuzione della commessa avrebbero contribuito – tra quadri e maestranze – otto persone" (cfr. decisione del 12 marzo 2013, punto A). Avendo la ricorrente assunto parte dei lavoratori solo dopo aver ottenuto l'aggiudicazione (cfr. decisione del 12 marzo 2013, punto B.d), tale indicazione è stata giudicata fallace ai sensi dell'articolo 45 capoverso 2 lettera c LCPubb. La ricorrente, a detta dell'istanza inferiore, si sarebbe procurata in tal modo un vantaggio nei confronti degli altri offerenti permettendole di aggiudicarsi la commessa.

37. L'istanza inferiore ha riconosciuto nel comportamento della ricorrente una grave violazione della legge sulle commesse pubbliche. Essa ha quindi implicitamente riconosciuto un obbligo da parte dei partecipanti ad una commessa pubblica di disporre della manodopera necessaria all'esecuzione dell'opera già al momento dell'inoltro dell'offerta.

38. A tal proposito va costatato che, in base alle circostanze di fatto stabilite dall'istanza inferiore, si può unicamente dedurre la presenza della richiesta agli offerenti di indicare il numero di maestranze relative all'intera ditta e quelle previste per l'esecuzione della commessa. Non vi sono elementi che possano far desumere la presenza di un'esplicita richiesta agli offerenti da parte della committente, sia attraverso la fissazione dei criteri di idoneità o di aggiudicazione che in qualsiasi altra forma, di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta. Se quale criterio di idoneità o di aggiudicazione fosse stato effettivamente richiesto di disporre della manodopera necessaria già al momento della presentazione dell'offerta, i capitolati avrebbero previsto l'inoltro di documentazione comprovante

l'assunzione delle maestranze necessarie. Non essendo elementi in tal senso, la COMCO parte dal presupposto che il bando di concorso non prevedesse esplicitamente alcun obbligo formale di disporre della manodopera necessaria al momento della presentazione dell'offerta e pertanto la richiesta formulata dalla committente non può essere interpretata come fatto dall'istanza inferiore. Se tuttavia la committente nel caso specifico avesse effettivamente espresso una richiesta in tal senso, tale condizione rappresenterebbe una restrizione illecita della libertà d'accesso al mercato delle commesse pubbliche.

39. Per la COMCO si pone la questione se sia conforme ai sensi della LMI qualificare, attraverso un'interpretazione della legislazione cantonale in materia di commesse pubbliche, l'assunzione della manodopera necessaria dopo l'inoltro dell'offerta come grave violazione della legge sulle commesse pubbliche e se sia legittimo qualificare le indicazioni fornite dalla ricorrente come false e di conseguenza se sia possibile ritenere sanzionabile questo comportamento.

40. Nella legislazione cantonale non vi sono obblighi di disporre della manodopera al momento dell'inoltro dell'offerta e non possono essere dedotti dall'articolo 45 LCPubb come ha fatto l'istanza inferiore.¹⁰ L'istanza inferiore cita l'articolo 20 LCPubb che prevede la possibilità per il committente di esigere dagli offerenti la prova dell'idoneità tecnica richiedendo la relativa documentazione. L'articolo 22 LCPubb concretizza questa norma prevedendo la facoltà di richiedere una dichiarazione riguardante le capacità del personale che concorre nello svolgimento della commessa. Tuttavia, come già affermato in precedenza, non vi sono elementi che possano ricondurre alla presenza della richiesta, in virtù delle norme citate, di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta.

41. L'interpretazione data dall'istanza inferiore, secondo la quale sussiste l'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta, rappresenta una limitazione dell'articolo 5 LMI. Infatti, tale premessa agisce in maniera discriminatoria nei confronti di quelle imprese che, per varie ragioni, non possono disporre in maniera stabile di un ampio numero di collaboratori. L'accesso al mercato delle commesse pubbliche verrebbe in particolare limitato per le piccole e medie imprese. Esse potrebbero partecipare soltanto a commesse misurate al loro attuale numero di dipendenti. La concorrenza tra gli offerenti necessaria per l'ottenimento dell'offerta più favorevole dal punto di vista economico verrebbe in tal modo manipolata.

42. L'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta agisce in modo discriminante ai sensi dell'articolo 5 LMI e rappresenta una limitazione al libero accesso al mercato e in quanto tale

¹⁰ L'art. 45 LCPubb ha come scopo quello di rispondere all'esigenza emersa alla luce di "[...] fenomeni di degenerazione dei metodi e delle condizioni di lavoro [...]" di "rafforzare l'apparato sanzionatorio [...] in modo da garantire una più efficace lotta agli abusi che si riscontrano nella gestione dei cantieri pubblici.", in: Rapporto della Commissione della legislazione del 28 settembre 2011 concernente la modifica dell'art. 45 LCPubb, 1.

deve essere giustificata dalle premesse di cui all'articolo 3 LMI. Concretamente, la norma su cui si basa la limitazione deve essere valida per chiunque e non discriminante, la sanzione deve essere indispensabile per il perseguimento di un interesse pubblico preponderante e rispettare il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 LMI).

43. La norma applicata varrebbe per tutte le imprese operanti nell' settore delle commesse pubbliche e di conseguenza non agirebbe in maniera discriminante nei confronti di un solo offerente. La premessa di cui all'articolo 3 capoverso 1 lett. a LMI è pertanto adempiuta.

44. In relazione all'interesse pubblico si pone la questione se un tale obbligo sia indispensabile per la tutela di un interesse pubblico preponderante. Di principio la committente ha un interesse legittimo affinché la realizzazione della commessa possa iniziare come pianificato, senza che a causa del mancato reperimento dei lavoratori necessari da parte dell'aggiudicante vi siano ritardi nella realizzazione dell'opera o subentrino maggior costi. Un ulteriore interesse consiste nel permettere alla committente, attraverso le indicazioni contenute nelle offerte, una valutazione delle varie offerte in modo da poter stabilire quella economicamente più vantaggiosa. Se ad esempio un'offerente dovesse offrire la manodopera altamente specializzata indispensabile per la realizzazione dell'offerta, senza tuttavia averla formalmente sotto contratto, l'offerta verrebbe alterata. Lo scopo di tale restrizione sarebbe quello di tutelare l'interesse pubblico consistente in una corretta esecuzione della commessa, senza che a causa di inadempimenti da parte dell'aggiudicante vi siano ritardi nella realizzazione dell'opera o subentrino maggior costi.

45. Restrizioni al libero accesso al mercato rappresentano una limitazione della libertà economica.¹¹ Per l'esame della proporzionalità della restrizione si deve pertanto tener conto degli stessi principi applicabili alle limitazioni dei diritti fondamentali secondo l'articolo 36 capoverso 3 della Costituzione federale (Costituzione federale; RS 101).¹² Tali principi prevedono tre elementi che devono essere adempiuti cumulativamente: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto.¹³

46. Richiedere agli offerenti di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta, può essere una misura idonea per poter perseguire lo scopo previsto e tutelare l'interesse pubblico consistente nella realizzazione inopinabile della commessa (cfr. para. 26 [44]).

47. Tuttavia tale restrizione non è per nulla necessaria. Il diritto mette a disposizione sufficienti mezzi per tutelare l'interesse pubblico consistente in una corretta esecuzione della commessa. Vi è la possibilità di agire nei confronti dell'aggiudicante, qualora non fosse in grado di iniziare i lavori, con una richiesta di risarcimento o inserendo pene convenzionali nel contratto d'appalto per il ritardo nello svolgimento dei lavori. Tali misure forniscono sufficienti garanzie adatte a coprire la perdita e i maggior costi causati da eventuali ritardi dai lavori. Inoltre basterebbe richiedere agli offerenti garanzie circa la reale facoltà di disporre della manodopera necessaria in tempo per l'inizio dell'esecuzione della commessa. Va inoltre fatto notare che la commessa in questione non

aveva come oggetto lavori specialistici richiedenti manodopera particolarmente qualificata di difficile reperimento sul mercato del lavoro, per i quali può essere giustificabile la richiesta di particolari garanzie circa la disponibilità di tali specialisti.¹⁴

48. Infine, bisogna ponderare gli interessi in gioco. Da una parte quelli pubblici e dall'altra quelli privati dell'offerente. Gli effetti negativi di tale restrizione non sarebbero in alcun modo giustificati dalla tutela dell'interesse pubblico perseguito. Un obbligo tale avrebbe un effetto discriminante stabilendo di fatto una barriera d'accesso al mercato delle commesse pubbliche, limitando la libertà di numerose aziende nell'organizzazione del proprio esercizio, creando la necessità di assumere costi sproporzionati e non giustificati.

49. Il comportamento della ricorrente, da un punto di vista puramente aziendale, può essere inoltre giustificabile. Infatti la partecipazione ad un concorso pubblico non dà alcuna garanzia all'ottenimento dell'appalto e quindi sulla possibilità di poter eseguire i lavori offerti. Assumere il personale necessario per l'esecuzione dei lavori ancor prima che l'offerente abbia la certezza di poter effettivamente eseguire l'opera, comporta un rischio notevole per l'offerente. Essa infatti si troverebbe a dover assumere costi che, qualora non dovesse aggiudicarsi la commessa, non verrebbero in alcun modo coperti. Assicurandosi al momento dell'offerta di essere in grado, una volta ottenuta la commessa, di poter assumere il personale necessario per l'esecuzione dell'opera, l'offerente minimizza i rischi.

50. Inoltre la disponibilità della manodopera al momento dell'offerta non rientra nel completo controllo dell'offerente. Fluttuazioni del personale sono possibili in ogni momento. Nel caso in cui l'offerente non dovesse poter disporre della manodopera prevista prima dell'inoltro dell'offerta, ad esempio in seguito alle dimissioni di uno o più collaboratori, essa sarebbe obbligata ad assumere nuovo personale per l'esecuzione dell'opera, senza che le possa venir rimproverato di aver fornito indicazioni fallaci, altrimenti si vedrebbe costretta a rinunciare alla partecipazione alla commessa.

51. Il Tribunale amministrativo del Canton Ginevra, in una sentenza del 2000¹⁵, è stato chiamato a giudicare un caso analogo a quello contestato alla ricorrente. In tale occasione la Corte ginevrina ha riconosciuto che una concorrente può depositare un'offerta senza disporre della totalità del personale necessario per fornire la prestazione, alla condizione che essa sia in grado di procurarsi la manodopera necessaria per tempo. Viene riconosciuto inoltre che è giustificabile che parte degli investimenti necessari alla realizzazione dell'opera vengano effettuati solamente una volta ottenuta la commessa.

¹¹ Decisione del Tribunale federale 2C_85/2008 del 24.9.2008, consid. 6.2.3.

¹² Decisione del Tribunale federale 2C_85/2008 del 24.9.2008, consid. 6.2.3.

¹³ DTF 124 I 107, consid. 4.

¹⁴ Cfr. para. 33 [51].

¹⁵ Sentenza del Tribunale amministrativo di Ginevra, ATA/100/2000 del 15.02.2000.

52. Ciò vale ancor di più nel caso della ricorrente, essendo la stessa attiva solo in modo marginale nello specifico mercato della posa di pavimenti. Dover disporre in ogni momento della manodopera qualificata necessaria per lo svolgimento di tali lavori, non avrebbe alcun senso dal punto di vista aziendale per la ricorrente. È del tutto legittimo, dal punto di vista gestionale e concorrenziale, ricorrere alla manodopera necessaria e ad altri fattori di produzione in vista di un determinato progetto. In caso contrario si precluderebbe la partecipazione alle commesse pubbliche a nuovi offerenti o ad aziende attive principalmente in altri settori. In relazione a quali fattori di produzione debbano essere disponibili già al momento dell'inoltro dell'offerta e quali al momento dell'inizio della realizzazione della commessa, la COMCO ritiene determinante la questione della loro reperibilità sul mercato. Se un fattore di produzione sia di difficile reperimento sul mercato, è giustificabile che vengano poste delle condizioni relative alla prova circa la disponibilità di tale fattore di produzione, rispettivamente circa la possibilità di disporre in tempo per l'inizio dei lavori. Nella fattispecie la ricorrente ha indicato la partecipazione di un numero di posatori di pavimenti che sarebbe stato possibile reperire senza alcuna difficoltà, per cui non si giustifica un obbligo di assunzione già al momento dell'inoltro dell'offerta.

53. Si lascia desumere che quanto stabilito dall'istanza inferiore sia in palese contrasto con la LMI. Alla luce di quest'ultima e di un'interpretazione della legislazione cantonale conforme al Diritto federale, esigere di disporre della manodopera al momento dell'inoltro dell'offerta rappresenta una limitazione del libero accesso al mercato non giustificata ai sensi dell'articolo 3 LMI ed è pertanto illecita. Per questo motivo la COMCO ritiene che il comportamento della ricorrente non rappresenti una violazione della LCPubb e pertanto non deve essere sanzionabile.

B. La sanzione non è giustificata ai sensi dell'articolo 3 LMI

54. Qualora tuttavia, contrariamente al parere della COMCO, l'interpretazione data dall'istanza inferiore dovesse essere ritenuta conforme alla LMI e quindi il comportamento della ricorrente dovesse essere giudicato contrario alla LCPubb, si pone in ogni caso la questione sulla legittimità della sanzione comminata alla ricorrente (esclusione per 5 mesi da tutte le commesse pubbliche e multa di CHF 40'000).

55. Una sanzione, sia essa una multa o una esclusione dalle commesse pubbliche, pronunciata in applicazione di una norma amministrativa penale nei confronti di un offerente, agisce nei suoi confronti in maniera discriminante e rappresenta quindi una lesione dell'articolo 5 LMI.¹⁶ L'esclusione della ricorrente da ogni aggiudicazione per un periodo di 5 mesi rappresenta una limitazione al libero accesso al mercato e in quanto tale deve essere giustificata dalle premesse di cui all'articolo 3 LMI (cfr. punto 24 [para. 42]).

56. Qualunque offerente che dovesse violare la legislazione cantonale in materia di appalti pubblici in maniera grave potrebbe venir sanzionato ai sensi dell'articolo 45 LCPubb. Di conseguenza non vi sarebbe una discriminazione nei confronti di un solo offerente. La premessa

di cui all'articolo 3 capoverso 1 lettera a LMI è pertanto adempiuta.

57. In merito all'interesse pubblico può essere affermato che sanzionare il comportamento scorretto degli offerenti nell'ambito di una commessa pubblica ha uno scopo di prevenzione generale e speciale. Di principio va impedito che un offerente mediante un comportamento scorretto si crei un vantaggio nei confronti di altri offerenti. Inoltre il reciproco rapporto di fiducia necessario tra la committente e l'offerente non può venir leso da comportamenti scorretti di quest'ultimo.

58. La ricorrente con il suo comportamento non si è tuttavia creata alcun vantaggio illecito nei confronti degli altri offerenti. Essa attraverso il proprio modello gestionale, ovvero l'assunzione di manodopera in relazione ad un progetto specifico, deve sostenere costi minori potendo quindi accedere e rimanere attiva in mercati nei quali è presente solo marginalmente. Fintantoché la ricorrente si attiene alle norme in materia di protezione dei lavoratori e di assicurazioni sociali e di lavoratori stranieri, tale vantaggio concorrenziale non è in alcun modo illecito.

59. Dal momento che la ricorrente è stata in grado di fornire la manodopera promessa ed iniziare i lavori come stabilito riuscendo a concluderli per tempo, senza che nessuno sollevasse obiezioni, una sanzione di questa portata non è indispensabile per salvaguardare l'interesse pubblico perseguito. Come illustrato in precedenza, assumere manodopera, anche straniera, in totale rispetto delle normative vigenti rappresenta un comportamento legittimo (cfr. para. 32 [50]). Viene quindi meno un interesse di prevenzione generale atto a impedire il ripetersi di tali pratiche. Non si giustifica così l'esclusione della ricorrente da tutte le commesse pubbliche per un periodo così lungo.

60. La limitazione della libertà di accesso al mercato rappresentata da una esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche non è quindi in alcun modo necessaria e non indispensabile per la tutela dell'interesse pubblico preponderante in questione. Come illustrato precedentemente, vi sono altri strumenti in grado di garantire la corretta esecuzione della commessa o di ridurre i rischi ad essa connessi. Per il comportamento della ricorrente, una esclusione di cinque mesi non è affatto necessaria bensì è del tutto sproporzionata. Sarebbe sufficiente, qualora il comportamento rappresenti una violazione della LCPubb, comminare unicamente una multa o un ammonimento. Inoltre, dal momento che la ricorrente è un importante attore nel mercato delle commesse pubbliche cantonali, si può affermare che essa in tal modo si atterrebbe alle norme in futuro, con il rischio di veder preclusa la possibilità di accedere liberamente al mercato delle commesse pubbliche.

61. Bisogna infine riconoscere che il comportamento tenuto dalla ricorrente non consiste nel aver dato in false indicazioni in merito alle qualifiche dei propri dipendenti o in merito alle proprie referenze. Inoltre, alla ricorrente

¹⁶ DIEBOLD, 185.

non vengono contestati comportamenti di indubbia gravità quali la violazione delle norme vigenti in materia di diritto del lavoro o di norme riguardanti l'assunzione di lavoratori stranieri. In tal caso la ricorrente si sarebbe senza dubbio procacciata un chiaro vantaggio illecito nei confronti degli altri offerenti in quanto le sarebbe stato possibile inoltrare un'offerta più bassa, violando tuttavia la legge. Un comportamento simile rappresenterebbe sicuramente una violazione grave ai sensi dell'articolo 45 LCPubb.

62. Guardando nella giurisprudenza di altri Cantoni, vi sono diversi casi in cui sono state applicate sanzioni simili a quella comminata alla ricorrente. Tuttavia le fattispecie si differenziano di molto da quella del caso oggetto del presente procedimento. Nel caso di violazioni gravi delle normative vigenti in materia di protezione dei lavoratori, il Tribunale amministrativo del Canton Grigioni ha riconosciuto come adeguata una esclusione da tutti gli appalti pubblici per un periodo di due mesi.¹⁷ Il Tribunale amministrativo del Canton Ginevra ha giudicato l'aver alle proprie dipendenze un lavoratore straniero per la durata di due anni senza i necessari permessi come violazione non grave delle disposizioni legali in materia di lavoro nero.¹⁸ La lodevole II^a Corte di diritto pubblico del Tribunale federale ha avuto modo di giudicare un caso in cui per l'impiego di lavoratori sprovvisti dei permessi necessari per svolgere attività in Svizzera è stata comminata unicamente una multa.¹⁹

63. Paragonato alle fattispecie citate il comportamento contestato alla ricorrente non può essere qualificato come grave violazione ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb. È evidente come una sanzione di questa portata e l'esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche sia sproporzionata.

64. Infine si può dedurre che, essendo la ricorrente è un importante attore nel mercato delle commesse pubbliche e avendo la stessa una comprovata esperienza nel settore, la stessa non avrebbe riscontrato grandi difficoltà nel reperire la manodopera necessaria, sia svizzera che straniera, per l'esecuzione di una commessa che non richiede manodopera altamente specializzata (cfr. para. 29 [47]). Per la tipologia dei lavori in questione, la ricorrente sarebbe stata in grado, come effettivamente è accaduto, di reperire i lavoratori necessari in breve tempo, rendendo infondata e oltremodo priva di ogni giustificazione una sanzione di tale entità.

65. Riassumendo, l'esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche non è indispensabile per la salvaguardia dell'interesse pubblico ed è palesemente sproporzionata in relazione alla gravità del comportamento contestato. La ricorrente verrebbe danneggiata oltre modo subendo una grave limitazione della propria libertà economica vedendosi preclusa la possibilità di accedere liberamente al mercato. Una multa sarebbe ampiamente sufficiente per la tutela dell'interesse pubblico.

IV. Conclusione

66. Alla luce di quanto esposto, esigere dai partecipanti ad una commessa pubblica di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta rappresenti una restrizione della libertà di accesso al mercato ai sensi dell'articolo 5 LMI non giustificata dalle

premesse di cui all'articolo 3 LMI e pertanto illecita. Il comportamento della ricorrente non è da considerarsi una violazione ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb e di conseguenza non è sanzionabile. Per questo motivo la sanzione pronunciata deve essere annullata.

67. Qualora tuttavia tale obbligo generale dovesse essere giudicato una restrizione legittima della LMI, l'esclusione della ricorrente da tutte le commesse pubbliche per cinque mesi rappresenta una restrizione sproporzionata del libero accesso al mercato e non giustificabile ai sensi dell'articolo 3 LMI. La sanzione deve quindi venir ridotta.

68. Le argomentazioni presentate sono applicabili anche all'esame della costituzionalità della sanzione lamentata dalla ricorrente nel suo gravame.

69. [saluti]

70. [sig.]

3 Estratto dei considerandi, decisione del Tribunale federale del 18 settembre 2014 (2C_315/2013) / Extraits (traduits) des considérants, Arrêt du Tribunal fédéral du 18 septembre 2014 (2C_315/2013) / Auszüge (übersetzt) aus den Erwägungen des Urteils des Bundesgerichts vom 18. September 2014 (2C_315/2013)

3.1 In italiano

3.1.1 Considerando 1.2 (estratto): Ricevibilità del ricorso in materia di diritto pubblico (art. 83 lett. f LTF) e del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 seg. LTF)

71. "[...] Se è vero infatti che le critiche della ricorrente - tutte di ordine costituzionale - non impongono una distinzione [NdR: tra le due tipi di ricorso] (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), 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.)."

¹⁷ Decisione del Tribunale amministrativo del Canton Grigioni del 12.4.2005, U 05 13.

¹⁸ Decisione del Tribunale amministrativo del Canton Ginevra del 13.12.2011, TA GE ATA/758/2011.

¹⁹ Decisione del Tribunale federale 2C_1022/2011 del 22.6.2012.

3.1.2 Considerando 8.2: gli effetti della limitazione del potere di cognizione del Tribunale federale nell'ambito di un ricorso subsidiario in materia costituzionale

72. «Le obiezioni della COMCO, che attengono alla conformità della LCPubb e dell'applicazione fattane dal Tribunale cantonale amministrativo con il diritto federale, ovvero con gli art. 5 e 3 LMI, vanno al di là delle critiche contenute nell'impugnativa, esaminata qui quale ricorso subsidiario in materia costituzionale. S'è visto che la ricorrente non contesta di avere violato l'art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb, e neppure che il suo comportamento debba perciò essere sanzionato in forza dell'art. 45 cpv. 1 LCPubb. A questo proposito essa non si prevale né dell'accertamento arbitrario dei fatti, né dell'applicazione arbitraria della norma; tantomeno mette in dubbio la compatibilità della LCPubb con il diritto federale, tramite la censura costituzionale fondata sull'art. 49 cpv. 1 Cost. (DTF 134 I 269 consid. 6.2 pag. 283), o denuncia una violazione dell'art. 27 Cost. che vada oltre la critica dell'entità della sanzione comminata. Nel contesto di un ricorso subsidiario in materia costituzionale, censure simili potrebbero essere esaminate soltanto se la ricorrente le avesse proposte e motivate sufficientemente (art. 106 cpv. 2 LTF; cfr. consid. 3).

73. Il Tribunale federale non può perciò affrontare le questioni sollevate dalla COMCO; deve dare per acquisito che la ricorrente ha ottenuto l'aggiudicazione sulla scorta di indicazioni false, ha violato così facendo il diritto cantonale e va sanzionata in applicazione dell'art. 45 cpv. 1 e cpv. 2 lett. c LCPubb. Anche per l'esame della proporzionalità delle sanzioni il Tribunale federale non può prescindere dai fatti accertati nella sentenza e dalle argomentazioni della ricorrente.»

3.2 En français

3.2.1 Considérant 1.2 (extrait) : Recevabilité du recours en matière de droit public (art. 83 let. f LTF) et du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF)

74. «[...] S'il est vrai que les griefs de la recourante – tous d'ordre constitutionnel – n'imposent pas de faire la distinction [NDR: entre les deux types recours] (arrêt 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 2, non publié dans l'ATF 138 I 367), il n'en va pas de même avec la prise de position de la COMCO à laquelle la recourante a déclaré adhérer. Vu que son adhésion, au moment de la réplique, est tardive (ATF 135 I 19, consid. 2.2, p. 21) et que, comme cela sera encore précisé plus loin (cf. consid. 8), les griefs d'ordre constitutionnel soulevés dans le recours ne permettent pas la vérification de la conformité du jugement attaqué avec la Loi sur le marché intérieur, cet aspect pourrait en effet être examiné – d'office – seulement dans le cas où la voie du recours en matière de droit public était ouverte (ATF 133 II 249, consid. 1.4, p. 254 s.).»²⁰

3.2.2 Considérant 8.2 : Les effets de la limitation du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire

75. «Les observations de la COMCO qui concernent la conformité de la LCPubb et de son application faite par le Tribunal cantonal administratif avec le droit fédéral, à

savoir avec les articles 5 et 3 LMI, vont au-delà des griefs contenus dans le recours, examiné ici en tant que recours constitutionnel subsidiaire. Il apparaît que la recourante n'a pas contesté avoir violé l'art. 45 al. 2 let. c LCPubb, ni même que son comportement pouvait être sanctionné au sens de l'article 45 al. 1 LCPubb. À cet égard, la recourante n'invoque ni l'arbitraire dans l'appréciation des faits, ni une application arbitraire de la norme et ne remet pas en cause la compatibilité de la LCPubb avec le droit fédéral par le biais de l'effet dérogatoire du droit fédéral de l'art. 49 al. 1 Cst. (ATF 134 I 269, consid. 6.2, p. 283) ou ne se plaint d'une violation de l'art. 27 Cst. allant au-delà de la critique de la mesure de la sanction. Dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire, de tels griefs peuvent être examinés seulement si la recourante les invoque et les motive suffisamment (art. 106 al. 2 LTF ; cf. consid. 3).

76. Le Tribunal fédéral ne peut donc pas traiter les questions soulevées par la COMCO ; il est ainsi acquis que la recourante a obtenu l'adjudication sur la base de fausses indications, ce faisant a violé le droit cantonal et doit être sanctionnée en application de l'art. 45 al. 1 et al. 2 let. c LCPubb. Même dans l'analyse de la proportionnalité de la sanction, le Tribunal fédéral ne peut pas faire abstraction des faits établis dans le jugement et de l'argumentation de la recourante.»²¹

3.3 In Deutsch

3.3.1 Erwägung 1.2 (Auszug) : Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 83 Bst. f BGG) und der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

77. «[...] In den Vorbringen der Beschwerdeführerin – welche alle verfassungsrechtlicher Art sind – ist keine Unterscheidung vorzunehmen [Anm. d. Aut.: zwischen den zwei Beschwerdearten] (Urteil 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 2, nicht publiziert im BGE F 138 I 367), anders als in den Vorbringen der WEKO, auf welche die Beschwerdeführerin verweist. Da dieser Verweis in der Replik zu spät erfolgt (BGE 135 I 19, E. 2.2, S. 21) und da es, was nachfolgend weiter erläutert wird (vgl. E. 8), die verfassungsrechtlichen Rügen der Beschwerde nicht zulassen, das angefochtene Urteil auf seine Konformität mit dem Binnenmarktgesetz zu prüfen, kann dieser Aspekt – von Amtes wegen – nur geprüft werden, wenn der Weg der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offenstehen würde. (BGE 133 II 249, E. 1.4, S. 254 f.).»²²

3.3.2 Erwägung 8.2 : Die Auswirkungen der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde

78. «Die Einwände der WEKO zur Konformität der LCPubb und ihrer Anwendung durch das kantonale Verwaltungsgericht mit dem Bundesrecht, d.h. mit Art. 5

²⁰ Traduction libre du ch. 71.

²¹ Traduction libre des ch. 72 s.

²² Sinngemässe Übersetzung von Rz 71.

Abs. 3 BGBM, gehen weiter als die Rügen der Beschwerde, welche an dieser Stelle als subsidiäre Verfassungsbeschwerde geprüft wird. Es hat sich gezeigt, dass die Beschwerdeführerin weder bestreitet, Art. 45 Abs. 2 Bst. c LCPubb verletzt zu haben, noch dass ihr Verhalten folglich nach Art. 45 Abs. 1 LCPubb sanktioniert werden kann. In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin weder eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts noch eine willkürliche Rechtsanwendung vor; ebensowenig stellt sie mit Verweis auf Art. 49 Abs. 1 BV (BGE 134 I 269, E. 6.2, S. 283) die Vereinbarkeit zwischen der LCPubb und dem Bundesrecht in Frage oder bringt sie eine Verletzung von Art. 27 BV vor, die über die Kritik an der Höhe der Sanktion hinausgeht. Im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde können solche Rügen nur geprüft werden, wenn sie von der Beschwerdeführerin vorgebracht und ausreichend begründet wurden (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. E. 3).

79. Das Bundesgericht kann deshalb die von der WEKO aufgeworfenen Fragen nicht prüfen ; somit gilt als erstellt, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag aufgrund falscher Angaben erhielt, dass sie damit das kantonale Recht verletzt hat und dass sie in Anwendung von Art. 45 abs. 2 Bst. c LCPubb sanktioniert wird. Auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Sanktion kann das Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Urteils und die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht ausser Acht lassen.»²³

²³ Sinngemässe Übersetzung von Rz 72 ff.
