

## Chapeau

148 I 226

15. Estratto della sentenza della II Corte di diritto pubblico nella causa A. SA contro Consiglio di Stato del Cantone Ticino (ricorso sussidiario in materia costituzionale)  
2D\_8/2021 del 7 luglio 2022

## Regeste

**Art. 13 Cst.;** art. 45 al. 4 de la loi tessinoise sur les marchés publics, telle qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019 (LCPubb); droit à la protection de la sphère privée.

Conformément à l'ancien art. 45 al. 4 de la LCPubb, les décisions d'exclusion des futurs marchés publics doivent être publiées dans la Feuille officielle cantonale. Bien que cette publication se fonde sur une base légale suffisante et réponde à un intérêt public légitime (consid. 5.3.1 et 5.3.2), elle est disproportionnée et viole par conséquent le droit à la protection de la vie privée garanti par l'**art. 13 Cst.** (consid. 5.3.3 et 5.3.5). L'actuel art. 45a al. 4 LCPubb se prête en revanche à une interprétation conforme à ce droit fondamental, puisqu'il laisse à l'autorité compétente une marge d'appréciation appropriée concernant la manière de rendre la sanction publique (consid. 5.3.6).

**Faits** à partir de page 227

BGE 148 I 226 S. 227

**A.** Ottenuta, il 2 maggio 2017, l'aggiudicazione di un pubblico concorso concernente la fornitura e la posa di serramenti in legno-alluminio nell'ambito del risanamento di una scuola dell'infanzia e dopo un iter che non occorre ora rievocare, il 25 settembre 2019 la A. SA è stata sanzionata dal Consiglio di Stato del Cantone Ticino per aver subappaltato, senza il consenso del committente, opere ad una impresa che a sua volta si è rivolta ad un'altra ditta. Nei confronti della società è stata quindi decisa l'esclusione dall'aggiudicazione di tutte le commesse pubbliche soggette alla LCPubb ed al Concordato intercantonale del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 sugli appalti pubblici (CIAP; RL/TI 730.500) per la durata di due mesi a decorrere dalla data di pubblicazione della risoluzione nonché la condanna ad una multa di fr. 900.-. È stato altresì stabilito che il dispositivo relativo alla pronuncia dell'esclusione per due mesi andasse pubblicato a cura dell'Ufficio ticinese di vigilanza delle commesse pubbliche nel suo sito internet e nel Foglio ufficiale cantonale.

**B.** L'11 gennaio 2021 il Tribunale cantonale amministrativo, al quale la A. SA, senza contestare la materialità dell'infrazione né la sanzione pecuniaria irrogatale si era rivolta chiedendo che l'esclusione pronunciata nei suoi confronti e la relativa pubblicazione sul Foglio ufficiale fossero annullate, ne ha respinto integralmente il ricorso.

**C.** Il 15 febbraio 2021 la A. SA ha presentato dinanzi al Tribunale federale un ricorso sussidiario in materia costituzionale contro la decisione del Tribunale cantonale amministrativo.

Il Tribunale federale ha parzialmente accolto il ricorso sulla questione della pubblicazione dell'esclusione nel Foglio ufficiale.

*(riassunto)*

## Considérants

BGE 148 I 226 S. 228

Dai considerandi:

**5.**

**5.1** La ricorrente fa valere una violazione dell'**art. 13 cpv. 2 Cost.** Adduce che il dispositivo n. 2 della decisione governativa, poi confermato con la sentenza qui avversata, lederebbe gravemente il suo onore siccome renderebbe pubblici dati personali degni di particolare protezione, quali sono i dati

concernenti procedure e sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 3 lett. c n. 4 della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (LPD; RS 235.1) e dell'art. 4 della legge ticinese del 9 marzo 1987 sulla protezione dei dati personali (LPDP; RL/TI 163.100).

**5.2** Ai sensi dell'**art. 13 Cost.** ognuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, della sua abitazione, della sua corrispondenza epistolare, nonché delle sue relazioni via posta e telecomunicazioni (cpv. 1) e ha altresì il diritto d'essere protetto da un impiego abusivo dei suoi dati (cpv. 2). Il diritto all'autodeterminazione informativa, garantito da quest'ultima disposizione nonché dalla legge cantonale sulla protezione dei dati citata in precedenza, assicura di principio al singolo cittadino il dominio sui dati concernenti la sua persona, indipendentemente da quanto essi siano sensibili (**DTF 144 I 281** consid. 6.2 e richiamo). In particolare, sono protette la divulgazione e la diffusione di informazioni contenenti un riferimento identificabile ad una persona (**DTF 144 II 77** consid. 5.2 con riferimenti). Per le persone giuridiche come la ricorrente, in un contesto come quello oggetto della presente causa, la garanzia in questione si traduce in un diritto alla protezione della propria ditta, delle proprie comunicazioni e dei propri dati (**DTF 141 I 201** consid. 4.1), nonché della propria reputazione (**DTF 138 III 337** consid. 6.1; **DTF 114 IV 14** consid. 2a e 2b; **DTF 95 II 481** consid. 4 e rispettivi rinvii); quest'ultima comprende la tutela degli interessi commerciali della società (**DTF 121 III 168** consid. 3a e rinvii; cfr. ugualmente sentenza della Corte EDU *Uj contro Ungheria* del 19 luglio 2011 § 22 nonché HERTIG RANDALL/MARQUIS, in Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, n. 17 ad **art. 13 Cost.** e numerosi riferimenti).

### 5.3

**5.3.1** L'effettività del diritto alla protezione della sfera privata dipende ampiamente dalla sua concretizzazione nel diritto ordinario, in particolare, nel concreto caso, del vecchio art. 45 cpv. 4 della legge sulle commesse pubbliche, nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2019 (LCPubb; BU 2019 211). Questa dev'essere applicata

BGE 148 I 226 S. 229

in maniera conforme all'**art. 13 Cost.**, il quale impone agli organi dello Stato non solo di astenersi da una qualsivoglia ingerenza ingiustificata, ma anche di attuare un quadro giuridico appropriato, in grado di assicurare una protezione effettiva delle diverse componenti della sfera privata (cf. **art. 35 cpv. 1 Cost.**; in tal senso vedasi pure HERTIG RANDALL/MARQUIS, op. cit., n. 71 ad **art. 13 Cost.**). A ragione la ricorrente (riferendosi all'art. 3 lett. c n. 4 LPD che tuttavia, va rilevato, può essere richiamato solo per analogia poiché inapplicabile in concreto) sottolinea che l'informazione relativa ad una sanzione amministrativa costituisce un dato sensibile, degno di protezione particolare. Occorre ammettere che la sua divulgazione attraverso il Foglio ufficiale e il sito internet dell'Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche (in seguito: UVCP) comporta un'ingerenza nella garanzia della protezione della sfera privata della ricorrente, per la quale va quindi esaminato se sono date le condizioni dell'**art. 36 Cost.** (cfr. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, 3<sup>a</sup> ed. 2018, pag. 184; BRUNO BAERISWYL, Internet als Fahndungsmittel mit Kollateralschäden, in Sicherheit & Recht 1/2010 pagg. 11 segg.).

**5.3.2** La misura in questione si fonda sul vecchio art. 45 cpv. 4 LCPubb, che, come visto, costituisce una base legale in senso formale e che mira essenzialmente a garantire una lotta più efficace agli abusi riscontrati negli appalti pubblici, in particolare nel settore edile attraverso il meccanismo dei subappalti a catena. La ricorrente contesta tuttavia che esista un interesse pubblico a mettere "*alla berlina*" le imprese escluse, divulgando in maniera indiscriminata informazioni così sensibili attraverso il Foglio ufficiale, accessibile a chiunque abbia un accesso a internet. Sostiene che sarebbe come voler pubblicare sul Foglio ufficiale tutti i nominativi di coloro che sono stati condannati per qualsiasi reato amministrativo e/o penale, ciò che sarebbe scioccante e inammissibile. A torto.

A mente di questa Corte, in concreto, in realtà la pubblicazione di una sanzione nell'ambito delle commesse pubbliche per aver violato le disposizioni in materia di subappalto, cui il legislatore cantonale accorda una particolare attenzione per le ragioni già evocate, risponde ad un interesse pubblico di per sé legittimo, che è quello di "*scoraggiare coloro che intendono violare o aggirare abusivamente le norme di legge*" per evitare il riprodursi di casi anche molto gravi di dumping salariale derivanti da una "*degenerazione dei metodi e delle condizioni di lavoro (soprattutto nel settore edile, con in particolare la dinamica dei subappalti a catena)*" (cfr. Rapporto n. 6455

BGE 148 I 226 S. 230

R del 28 settembre 2011 della Commissione della legislazione sul messaggio n. 6455 dell'8 febbraio 2011 concernente la modifica dell'art. 45 della Legge cantonale sulle commesse pubbliche relativo

alle sanzioni amministrative, pag. 2). Ne consegue che su questo punto la ricorrente non può essere seguita, poiché la restrizione persegue un interesse di per sé legittimo e deve quindi, in principio, essere tollerata.

**5.3.3** Occorre tuttavia che detta restrizione sia anche, con riferimento ai principi che tutelano la protezione dei dati, proporzionale. Per come era formulato nella versione in vigore all'epoca della pronuncia contestata ("*le decisioni... sono rese pubbliche per il tramite del Foglio ufficiale*"), il vecchio art. 45 cpv. 4 LCPubb era tassativo riguardo alla pubblicazione della sanzione e non lasciava alcun margine di apprezzamento all'autorità competente. Tale automatismo appare già di per sé problematico dal profilo del principio della proporzionalità (si veda infra consid. 5.3.4; cfr. pure, per analogia, sentenza 2C\_929/2010 del 13 aprile 2011 consid. 5.2.1 nonché LUKAS MÜLLER, *Unzulässige Entgegennahme von Publikumsgeldern, gruppenweises Handeln und Veröffentlichung eines Werbeverbots* ["naming and shaming"], *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* [GesKR], 2011 pagg. 423 segg. e pag. 428), ma lo diventa ancor di più alla luce del canale scelto dal legislatore ticinese per la pubblicazione automatica dell'esclusione dalle commesse pubbliche future. È vero che, come ha affermato il Consiglio di Stato nella sua risposta, la disposizione sulla pubblicazione delle decisioni di esclusione non comporta la diffusione di segreti d'affari o professionali ma mira unicamente a rendere disponibile l'informazione relativa alla ragione sociale ed al domicilio o sede di chi è oggetto della sanzione. D'altra parte la pubblicazione sul sito dell'UVCP ha luogo limitatamente al periodo in cui l'esclusione è effettiva, venendo poi rimossa dal portale dell'autorità di vigilanza una volta terminato il periodo in questione. La situazione è tuttavia molto diversa per la pubblicazione sul Foglio ufficiale. Sebbene venga indicata la durata dell'esclusione anche in quella sede, il Foglio ufficiale resta disponibile negli archivi sul sito del Cantone Ticino e può essere liberamente consultato da qualsiasi persona anche diversi anni dopo, soprattutto a seguito della sua recente completa digitalizzazione (dal 2021) e del suo inserimento nella piattaforma centrale gestita dalla Confederazione ([www.amtsblattportal.ch](http://www.amtsblattportal.ch)). In simili circostanze, occorre convenire con la ricorrente che esiste un concreto rischio che gli svantaggi e le conseguenze

BGE 148 I 226 S. 231

irrimediabili della pubblicazione vadano "ben al di là della mancata considerazione [dell'impresa] nell'ambito di una commessa pubblica". Il rischio reputazionale è poi ancor più elevato se si pensa che, come afferma il Consiglio di Stato nelle sue osservazioni, "rendere nota l'esclusione non è necessario solo per i committenti e le autorità di vigilanza e di controllo, ma anche agli offerenti stessi per la loro valutazione preventiva in materia di consorzio e subappalto" (risposta del 17 marzo 2021 pag. 7). In concreto, quindi, il sacrificio per gli interessi della ricorrente alla protezione della sua reputazione è manifestamente eccessivo rispetto all'interesse perseguito dalla pubblicazione della sanzione. Ciò vale a maggior ragione se si tiene conto del fatto che, dopo aver pubblicato il Foglio ufficiale su internet, non sarà più possibile (o lo sarà solo molto difficilmente) porre fine alla facoltà per i terzi di accedere a tali informazioni relative alla ricorrente e che quindi il danno d'immagine e la conseguente lesione della personalità a cui quest'ultima resta esposta perdurerà nel tempo, senza che nel contempo l'interesse pubblico sussista ancora.

**5.3.4** Una pubblicazione automatica dell'esclusione su internet attraverso il Foglio ufficiale, pur tenendo conto degli interessi pubblici in gioco, non si giustifica nemmeno confrontandola con soluzioni analoghe in altre leggi che contemplano la pubblicazione quale sanzione disciplinare aggiuntiva che l'autorità può valutare di pronunciare in caso di grave violazione di doveri professionali. Ad esempio, l'art. 34 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (LFINMA; RS 956.1) prevede che, in caso di grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza, la FINMA può decidere di pubblicare in forma elettronica o a stampa la sua decisione finale con l'indicazione dei dati personali (cpv. 1). Per un simile provvedimento, che ha lo scopo di realizzare la trasparenza dei mercati garantendo un'informazione preventiva e di protezione del pubblico, la giurisprudenza del Tribunale federale ha posto l'esigenza che la pubblicazione sia delimitata in riferimento al suo oggetto, alla sua estensione geografica, alla sua durata ed alle persone interessate (DTF 147 I 57 consid. 5.4.3.1. e 5.4.3.3 e riferimenti) e che la FINMA soppesi in ogni caso concreto gli interessi pubblici in gioco con gli interessi privati del soggetto i cui dati personali vengono diffusi (cfr. MÜLLER, op. cit., pagg. 428 segg.). D'altra parte, con riguardo alle sanzioni disciplinari pronunciate nei confronti di un avvocato, l'art. 10 della legge federale del 23 giugno 2000 sulla libera circolazione degli avvocati (LLCA;

BGE 148 I 226 S. 232

RS 935.61) prevede un diritto di consultazione del registro degli avvocati differenziandone tuttavia le condizioni e la portata in funzione del soggetto (autorità o persona) interessata. Un diritto ampio di

consultazione è in particolare accordato alle autorità di sorveglianza cantonali al fine di garantire un'adeguata informazione rispetto alle misure disciplinari nelle relazioni intercantionali, ma solo su richiesta (STAEHELIN/OETIKER, in *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2<sup>a</sup> ed. 2011, n. 1 e 3 ad **art. 10 LLCA**). Da parte sua il diritto del pubblico di consultare il registro (**art. 10 al. 2 LLCA**) è incondizionato, nel senso che non viene fatto dipendere dall'esistenza di un interesse particolare, ma non illimitato. Il pubblico può unicamente chiedere all'autorità cantonale preposta se un determinato avvocato è iscritto nel registro e se gli è stato imposto un divieto di esercitare la professione definitivo o provvisorio (BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, pag. 316 seg.; GUILLAUME BRAIDI, *L'individu en droit de la surveillance financière: Autorisation, obligations et interdiction d'exercer*, 2016, pag. 333). Infine, riguardo alle misure disciplinari pronunciate nei confronti di chi svolge una professione medica universitaria le stesse vengono iscritte nel registro delle professioni mediche (artt. 51 e 52 della legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche universitarie [LPMed; RS 811.11] nonché, sul contenuto del registro, vedasi l'ordinanza del 5 aprile 2017 sul registro delle professioni mediche universitarie [RS 811.117.3], segnatamente gli artt. 3 a 8). L'accesso a questi dati non è però pubblico, contrariamente ad altre informazioni figuranti nel menzionato registro, che sono accessibili via Internet o su richiesta (**art. 53 cpv. 4 LPMed** in relazione con l'art. 10 dell'ordinanza sul registro delle professioni mediche nonché l'allegato 1 alla stessa), ma è concesso unicamente, su richiesta, alle autorità competenti per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio della professione e alle autorità di vigilanza (**art. 53 cpv. 1 LPMed** nonché art. 12 dell'ordinanza sopramenzionata; vedasi anche YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, vol. II, 2021, pag. 2792 e seg. n. 5849 segg.).

**5.3.5** Alla luce dei suoi effetti molto severi, anche in confronto con altre misure analoghe, occorre quindi concludere che nella fattispecie la pubblicazione sul Foglio ufficiale, prevista dal vecchio art. 45 cpv. 4 LCPubb, dell'esclusione della ricorrente dagli appalti pubblici futuri confermata con la decisione impugnata lede l'**art. 13 Cost.** e va quindi annullata. Nell'ambito di un ricorso indirizzato contro una decisione concreta, il Tribunale federale, pur non potendo più

BGE 148 I 226 S. 233

procedere ad un controllo astratto, può infatti comunque sempre pronunciare l'annullamento di una misura adottata sulla base di una disposizione cantonale che, a causa della sua formulazione eccessivamente stringente, non è possibile applicare in maniera conforme alla protezione offerta dall'**art. 13 Cost.** (cosiddetto controllo accessorio, vedasi sentenza 2C\_731/2018 del 22 aprile 2021 consid. 2.4 e riferimenti). Per quanto attiene invece alla pubblicazione sul sito dell'UVCP, limitata alla durata dell'esclusione, essa può nel concreto caso, alla luce dell'interesse pubblico inteso ad assicurare un'informazione adeguata che il legislatore ha fermamente voluto, essere ancora considerata proporzionale e quindi mantenuta.

**5.3.6** A titolo abbondanziale va ancora rilevato che il nuovo art. 45a cpv. 4 LCPubb, in vigore dal 1° gennaio 2020, sembra prestarsi ad un'applicazione conforme alla garanzia costituzionale della sfera privata, nella misura in cui stabilisce che "[l]e decisioni di esclusione devono essere rese pubbliche per il tramite del Foglio ufficiale o tramite altri mezzi destinati al medesimo scopo", lasciando così all'autorità un adeguato margine di apprezzamento rispetto al canale di pubblicità, margine che dovrà essere utilizzato tenendo conto delle considerazioni che precedono ed in particolare interrogandosi sulla necessità, in ogni caso concreto, di rendere accessibile l'informazione a tutto il pubblico (forse anche solo per un periodo limitato) o soltanto ai committenti.