



Corte II

B-2028/2013

Decisione di stralcio del 10 settembre 2013

Composizione

Giudice unico Francesco Brentani,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____ SA,
patrocinata dall'avv. Flavio Canonica,
ricorrente,

contro

FFS SA Berna Infrastruttura,
Via Pedemonte 7, 6500 Bellinzona,
patrocinata dall'avv. Barbara Klett,
autorità aggiudicatrice.

Oggetto

Acquisti pubblici - bando di concorso relativo al progetto
"Sviluppo futuro infrastruttura ferroviaria (SIF) –
Nodo di Bellinzona" (pubblicazione SIMAP n. 762549 e
763203 del 15 marzo 2013).

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che con pubblicazione su SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; n. della pubblicazione 762549 in lingua italiana e n. della pubblicazione 763203 in lingua francese) del 15 marzo 2013 la FFS SA Berna (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura aperta, per la delibera di una commessa di prestazione di servizi intitolata "Sviluppo futuro infrastruttura ferroviaria (SIF) – Nodo di Bellinzona", che il termine di chiusura per la presentazione delle offerte è stato fissato al 2 maggio 2013 ore 16:00 e che i documenti di gara erano disponibili dal 15 marzo 2013 al sito web www.simap.ch (cifre 1. 4 e 3.13 del bando di concorso);

che al documento di gara B. Descrizione dei compiti, paragrafo 2.8.7, p. 9/30 si legge:

"Il Progetto di massima è stato elaborato dallo Studio d'ingegneria Y._____. Lo stesso studio sta inoltre realizzando il progetto di pubblicazione concernente la stazione di Bellinzona (BEL), con questo mandato concluderà il proprio incarico. Questo studio di ingegneria può inoltrare l'offerta anche per la presente procedura d'acquisto. La documentazione relativa al progetto di massima elaborata dallo studio sopraindicato è allegata (C. Documentazione)";

che contro il bando di concorso in versione italiana e francese la X._____. (di seguito: ricorrente) è insorta con ricorso dell'11 aprile 2013;

che, in ordine, la ricorrente propone di concedere l'effetto sospensivo al ricorso, dapprima in via supercautelare, e di conseguenza di vietare alla stazione appaltante di prendere in considerazione un'eventuale offerta di Y._____. (di seguito Y.) - inoltrata quale partecipante unica oppure quale membro di un consorzio - in relazione all'acquisto pubblico, in particolare di aprire o valutare tale offerta, riservandosi il diritto di ricorso contro un'eventuale aggiudicazione in favore di Y.; ella chiede inoltre di darle facoltà di consultare senza restrizioni tutti gli atti di gara richiamati come pure tutti i documenti di cui chiede l'edizione, in particolare la documentazione concernente il Progetto di pubblicazione dei piani elaborato da Y., nonché di replicare alle osservazioni eventualmente sollevate dalla stazione appaltante o da Y. in merito al conferimento dell'effetto sospensivo al presente ricorso, prima che lo scrivente Tribunale si pronunci in proposito e infine di ordinare un secondo scambio di allegati, eventualiter di dare facoltà alla ricorrente di inoltrare le proprie osservazioni in fatto e diritto dopo la consultazione degli atti riferiti all'acquisto pubblico in oggetto;

che, nelle conclusioni di merito, la ricorrente propone l'annullamento del bando di concorso e della relativa documentazione di gara, la pubblicazione di un nuovo bando di concorso e la modifica della documentazione di gara, nel senso che Y. non può partecipare agli acquisti pubblici in oggetto; eventualiter, la ricorrente postula la modifica dei nuovi bandi di concorso, nel senso di assegnare ai partecipanti ad eccezione di Y. un termine di 50 giorni per inoltrare la propria offerta contro i 20 giorni per Y., nonché il completamento della documentazione di gara relativa al bando di concorso, nel senso di mettere a disposizione di tutti i partecipanti anche la documentazione concernente il Progetto di Pubblicazione, in particolare sia quella rimessa dalla stazione appaltante a Y. che quella da essa allestita; in ogni caso, protestate tasse, spese e ripetibili;

che nella motivazione la ricorrente ritiene che Y., per aver allestito il progetto di massima riferito all'acquisto pubblico in oggetto, risulti chiaramente preimplicata e che di conseguenza Y. abbia beneficiato di un vantaggio concorrenziale psicologico, informativo e temporale;

che con decisione incidentale del 15 aprile 2013 lo scrivente Tribunale ha conferito al ricorso, in via superprovvisoriale, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice di aprire le offerte che le perverranno in relazione ai bandi di concorso;

che nel contempo il Tribunale ha fissato un termine all'autorità aggiudicatrice fino al 26 aprile 2013 per esprimersi sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, per inoltrare gli atti preliminari relativi alla gara d'appalto in oggetto, per indicare il valore approssimativo stimato della commessa e fino al 10 maggio 2013 per inoltrare una risposta nel merito del ricorso;

che con decisione incidentale del 16 aprile 2013 lo scrivente Tribunale ha dato a Y. la facoltà di presentare, entro il 26 aprile 2013, le osservazioni sulla domanda di concessione dell'effetto sospensivo e, entro il 10 maggio 2013, le osservazioni nel merito del ricorso, a condizione che si costituisca come parte e in questo caso di comunicarlo entro il 26 aprile 2013;

che nel contempo il Tribunale ha fatto ordine, in via superprovvisoriale, all'autorità aggiudicatrice di pubblicare senza indugio su SIMAP la proroga dei termini per presentare le offerte in relazione alla gara in oggetto fino al 12 maggio 2013, specificando che tale proroga non vale per un'e-

ventuale offerta presentata da Y. o da un eventuale consorzio al quale tale offerente potrebbe aderire;

che sempre con decisione incidentale del 16 aprile 2013 l'autorità aggiudicatrice e Y. sono state invitate a presentare osservazioni in merito al provvedimento superprovvisorio entro il 26 aprile 2013;

che con pubblicazione su SIMAP del 19 aprile 2013 (n. di pubblicazione 772797) l'autorità aggiudicatrice ha rettificato il bando di concorso e prorogato il termine di inoltro delle offerte dal 2 fino al 13 maggio 2013, ore 16:00;

che con presa di posizione del 26 aprile 2013 l'autorità aggiudicatrice chiede, in via preliminare, di respingere la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso - in via subordinata di concederle un nuovo termine di 20 giorni per inoltrare la presa di posizione nel merito -, di limitare la consultazione degli atti ai documenti che contengono dati che non possono essere ritenuti segreti aziendali, di assegnarle un nuovo termine per l'inoltro delle osservazioni nel caso in cui alla ricorrente sia concessa la possibilità di inoltrare ulteriori allegati; nel merito, l'autorità aggiudicatrice chiede di respingere integralmente il ricorso e di mettere a carico della ricorrente le spese e le indennità per ripetibili;

che a seguito dell'ordinanza del 1° maggio 2013 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato in data 6 maggio 2013 che in data 3 maggio 2013 le è stata recapitata per via postale un'offerta portante come mittente la ditta Y. e che, non potendo aprire l'offerta, non è in grado di dire se l'offerta è stata allestita con partecipazione a un consorzio;

che la ditta Y. ha lasciato trascorrere infruttuosamente i termini per costituirsi formalmente come controparte;

che con decisione incidentale del 15 maggio 2013 il giudice unico ha respinto la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo nella misura in cui non può essere accolta una proroga del termine per la presentazione delle offerte superiore a dieci giorni, annullato il divieto di aprire le offerte pronunciato con decisione incidentale del 15 aprile 2013, respinto – per quanto ammissibili – le domande volte ad ordinare un secondo scambio di scritti e di replicare alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice prima della decisione incidentale sull'effetto sospensivo, trasmesso alla ricorrente la presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice del 26 aprile 2013, compreso l'indice degli allegati e lo scritto della medesima del 6 maggio

2013 ed infine comunicato che le ordinanze concernenti la trasmissione degli atti preliminari, nonché eventuali ulteriori provvedimenti istruttori circa l'esame degli atti e ulteriori scambi di scritti seguono più tardi;

che il giudice unico ha in sintesi riconosciuto, sulla scorta di una valutazione prima facie, che la censura della preimplicazione di Y. sollevata dalla ricorrente può essere ritenuta manifestamente infondata, nella misura in cui la ricorrente abbia chiesto una proroga dei termini per l'inoltro delle offerte superiore a dieci giorni;

che con ordinanza del 26 giugno 2013 il giudice dell'istruzione, partendo dal presupposto che la decisione incidentale del 15 maggio 2013 non sia stata impugnata, ha comunicato che senza responso contrario delle parti fino al 12 luglio 2013 il presente procedimento avrebbe continuato il proprio corso;

che con scritto del 28 giugno 2013, anticipato con fax dello stesso giorno, la ricorrente per il tramite del proprio patrocinatore dichiara di ritirare il ricorso contro il bando di concorso impugnato, chiedendo di ridurre l'aggravio delle spese giudiziarie, in quanto ella ha parzialmente ottenuto successo e di non assegnare ripetibili alla stazione appellante;

che a seguito dell'ordinanza del 2 luglio 2013 con cui era stato comunicato il ritiro del ricorso, l'autorità aggiudicatrice ritiene che la ricorrente è da considerare parte soccombente e che di conseguenza le spese processuali devono essere da lei sopportate, né le spetta un diritto all'assegnazione di un'indennità a titolo di ripetibili;

che il presente procedimento è divenuto privo d'oggetto in seguito al ritiro del ricorso;

che giusta l'art. 23 cpv. 1 lett. a della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32), il giudice unico pronuncia lo stralcio dal ruolo delle cause divenute prive di oggetto;

che le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi e che la tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 1 cpv. 1, art. 2 cpv. 1 frase 1 del Regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008; TS-TAF, RS 173.320.2);

che, di regola, le spese processuali sono addossate alla parte il cui comportamento rende priva d'oggetto la causa (art. 5 prima frase TS-TAF) e che nel caso di un ritiro del ricorso il ricorrente è di principio da considerare parte soccombente (art. 63 cpv. 1 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa, PA, RS 172.021);

che se la parte soccombe solo parzialmente, le spese processuali sono ridotte e, per eccezione, si possono condonare (cfr. art. 63 cpv. 1 frasi 2 e 3 PA);

che le spese processuali possono essere condonate totalmente o parzialmente qualora un ricorso sia regolato da una rinuncia senza aver causato un lavoro considerevole al Tribunale (art. 6 lett. a TS-TAF) o se per altri motivi inerenti al litigio o alla parte in causa, non risulti equo addossare le spese processuali alla parte (art. 6 lett. b TS-TAF);

che nella decisione incidentale del 15 maggio 2013 è stato preannunciato che le spese processuali sono definite con la decisione di merito;

che nel caso in esame la ricorrente ha dichiarato il ritiro del ricorso e di principio dovrebbe essere considerata parte soccombente;

che, tuttavia, nel procedimento sfociato con la decisione incidentale del 15 maggio 2013 la ricorrente è, nel risultato, riuscita ad ottenere in via superprovvisoria l'ordine di proroga del termine d'inoltro delle offerte e che tale misura ha raggiunto un effetto definitivo che va oltre il carattere superprovvisorio della stessa;

che con decisione incidentale del 16 aprile 2013 il termine per inoltrare le offerte è stato prolungato di dieci giorni, mentre la ricorrente aveva richiesto, nel quadro di una conclusione eventuale nel merito condizionata alla pubblicazione di un nuovo bando di concorso, un termine di cinquanta giorni, per cui la ricorrente, anche se solo in minima parte vincente, non può essere considerata totalmente soccombente, indipendentemente dal fatto che la proroga del termine di inoltro delle offerte sia stata raggiunta con una misura superprovvisoria e non con l'accoglimento diretto della conclusione eventuale e, come esposto nei considerandi seguenti, indipendentemente dal fatto che la ricorrente abbia ritirato il ricorso;

che nel caso di specie, in virtù della soccombenza parziale della ricorrente, entra in linea di conto un condono parziale delle spese processuali (art. 6 lett. a TS-TAF), anche in ragione del fatto che il ritiro del ricorso è

stato dichiarato solo dopo che è stata emanata la decisione incidentale concernente la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo (cfr. decisione di stralcio del Tribunale amministrativo federale B-735/2011 del 15 febbraio 2011; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1433);

che, considerato che nel presente procedimento si sono rese necessarie due decisioni incidentali (divieto di non aprire le offerte e ordine di pubblicare senza indugio in SIMAP la proroga dei termini per presentare le offerte, entrambe le misure sono state ordinate in via superprovvisoria), nonché un semplice scambio di scritti e la decisione incidentale concernente la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo, ma che, tenuto conto che non ha dovuto essere presa una decisione finale di merito e che la ricorrente ha potuto comunque ottenere una proroga del termine d'invio delle offerte di dieci anziché dei cinquanta giorni da lei richiesti, si giustifica di prelevare spese processuali ridotte per un importo di fr. 3'000.-, e mettere tale somma a carico della ricorrente compensandola con l'anticipo spese di fr. 4'000.- da lei versato;

che all'autorità aggiudicatrice in virtù dell'art. 63 cpv. 1 PA non possono essere addossate spese processuali;

che di principio solo la parte vincente ha diritto alle ripetibili per le spese necessarie derivanti dalla causa, ossia le spese di rappresentanza o di patrocinio ed eventuali altri disborsi di parte (cfr. art. 64 cpv. 1 PA i. c. d. art. 7 cpv. 1 TS-TAF art. 8 cpv. 1 TS-TAF);

che se una causa diviene priva d'oggetto, il Tribunale esamina se devono essere accordate alla parte delle spese ripetibili e l'art. 5 TS-TAF si applica per analogia alla fissazione delle ripetibili (art. 15 TS-TAF);

che secondo dottrina e giurisprudenza è possibile assegnare un'indennità per le spese ripetibili anche in caso di ritiro del ricorso, segnatamente se il ricorrente poteva in buona fede sentirsi indotto ad agire in giudizio (cfr. sentenza della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] del marzo 1999 pubblicata in GAAC 63.61 consid. 2; DTF 114 Ia 254 consid. 5; MARCEL MAILLARD in: Waldmann/Weissenberger, *VwVG-Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurigo-Basilea-Ginevra 2009, N 21 ad art. 64 PA);

che nella prassi una deroga dal principio secondo cui l'indennità va concessa solo alla parte vincente è stata riconosciuta per motivi di equità, segnatamente nel caso di un'indicazione erronea del rimedio di diritto (cfr. MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/San Gallo 2008, N 9 ad art. 64, nota a piè di pagina 20 con rinvii alla giurisprudenza; decisione di stralcio del Tribunale federale del 21 giugno 2011 i.c. S. c. FFS SA);

che nel caso in questione è particolarmente da prendere in considerazione che il prolungamento del termine per l'inoltro delle offerte è stato deciso all'inizio della procedura e con effetti definitivi a favore della ricorrente e irreversibili per la procedura;

che la ricorrente è risultata solo parzialmente vittoriosa, per cui ha diritto a spese ripetibili ridotte (cfr. art. 7 cpv. 2 TS-TAF);

che il Tribunale fissa l'indennità dovuta alla parte e quella dovuta agli avvocati d'ufficio sulla base della nota particolareggiata delle spese e che se quest'ultima non è stata inoltrata, il Tribunale fissa l'indennità sulla base degli atti di causa (art. 14 cpv. 2 TS-TAF);

che il patrocinatore della ricorrente non ha prodotto la nota particolareggiata delle spese e che secondo apprezzamento del Tribunale l'indennità ridotta può essere fissata a fr. 600.-;

che la FFS SA Infrastruttura è un'autorità direttamente assoggettata alla legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (LAPub; RS 172.056.1; sulla base dell'art. 2 cpv. 2 LAPub i. c. d. con l'art. 2a cpv. 2 lett. b dell'ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995; OAPub, RS 172.056.11) ed in qualità di committente non ha diritto né per legge né per prassi costante ad un'indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA; art. 7 cpv. 1 e cpv. 3 TS-TAF).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

E' preso atto del ritiro del ricorso e la procedura è stralciata dai ruoli.

2.

Alla ricorrente è trasmesso lo scritto del committente del 16 agosto 2013 per conoscenza.

3.

Le spese processuali ridotte ammontanti a fr. 3'000.- sono messe a carico della ricorrente e compensate con l'anticipo spese versato di fr. 4'000.-. Il saldo di fr. 1'000.- è restituito alla ricorrente dopo un termine di trenta giorni dal passaggio in giudicato della presente decisione di stralcio.

4.

Alla ricorrente è assegnata un'indennità a titolo di spese ripetibili ridotta per un importo di fr. 600.- (IVA inclusa) a carico dell'autorità aggiudicatrice.

5.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario; allegato come da cifra 2 e formulario "indirizzo per il pagamento);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. simap, ID progetto 94321; atto giudiziario).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il giudice unico:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

La presente decisione può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), se il valore stimato della commessa 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 (art. 83 lett. f cifra 1 LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 11 settembre 2013