



Corte II

Casella postale
CH-3000 Berna 14
Telefono +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunale-amministrativo.ch

Numero di ruolo: B-2083/2011
stm/beo

Decisione incidentale del 19 aprile 2011

Nella causa

Parti

X. _____,
patrocinata dall'avv. Andrea Bersani,
Studio legale e notarile Bersani & Schiavi
viale Stazione 11, 6501 Bellinzona,
ricorrente,

Contro

Alptransit SA, viale Stazione 32, 6501 Bellinzona,
autorità aggiudicatrice,

Oggetto

Lotto 841-01 - Prove di laboratorio meccanica delle rocce,

Visto e considerato

che l'autorità aggiudicatrice, per l'aggiudicazione del Lotto 841-01 (Prove di laboratorio meccanica delle rocce) ha svolto una procedura su invito e trasmesso in data 29 ottobre 2010 la documentazione della gara d'appalto alle imprese invitate;

che in data 16 marzo 2011 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente che i lavori concernenti la commessa in oggetto sono stati aggiudicati al laboratorio Z. _____ di A. (luogo).

che contro tale comunicazione la ricorrente è insorta con ricorso del 6 aprile 2011 (anticipato con fax del 7 aprile 2011) presso lo scrivente Tribunale amministrativo federale, postulando, in via principale, l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione del 23 marzo 2011 (recte: 16 marzo 2011), nonché l'annullamento del contratto sottoscritto nel frattempo dalla committente e dall'aggiudicataria, e, proponendo in via subordinata, l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione del 23 marzo 2011 (recte: 16 marzo 2011) e del contratto tra la committente e l'aggiudicataria, nonché lo stralcio della ditta aggiudicataria dalla lista degli offerenti per mancanza di adempimento dei requisiti minimi per lo svolgimento della commessa, ed il rinvio della causa alla committente per nuova delibera, e, in ogni caso, chiedendo di concedere l'effetto sospensivo al ricorso e la messa a disposizione dell'intero incarto presentato dai rimanenti offerenti, nonché di riconoscere alla ricorrente il diritto alla rifusione dei danni ai sensi dell'art. 34 LAPub, protestate tasse, spese e ripetibili;

che con ordinanza del 7 aprile 2011 lo scrivente Tribunale ha accusato ricezione del presente ricorso e vietato all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicataria;

che con ordinanza dell'8 aprile 2011 lo scrivente Tribunale ha assegnato alla ricorrente ed all'autorità aggiudicatrice un termine fino al 15 aprile 2011 per esprimersi sulla questione a sapere se il valore soglia è stato raggiunto;

che con scritto del 14 aprile 2011 la ricorrente ha spiegato che per lei non è possibile prendere posizione sul raggiungimento del valore soglia in quanto la committente non avrebbe mai comunicato alcun valore, specificando che sarebbe stata la stessa committente ad indicare che il

concorso era basato su una procedura ad invito e sottoposto alla LAPub, per cui la ricorrente avrebbe agito in perfetta buona fede senza conoscere il valore stimato della commessa e quindi poter valutare a priori la ricevibilità del ricorso;

che con trasmissione via fax del 15 aprile 2011 la ricorrente ha segnalato che l'aggiudicataria starebbe eseguendo i prelievi per le analisi presso il lotto in esame;

che con osservazioni del 15 aprile 2011 la committente propone in via principale di dichiarare irricevibile il ricorso, mancando il presupposto del superamento del valore soglia determinante fissato ex lege a fr. 640'000.- (IVA esclusa) a fronte di una prudente stima della stazione appaltante di fr. 350'000.- (IVA esclusa), e, in via subordinata, nella denegata ipotesi che il presente ricorso sia ricevibile in virtù del superamento del valore soglia determinante, la reiezione della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo e la reiezione del gravame nel merito, protestate tasse, spese e ripetibili;

che con scritto del 18 aprile 2011 l'autorità aggiudicatrice ha inoltre preso posizione sulla trasmissione via fax della ricorrente del 15 aprile 2011;

che il Tribunale amministrativo federale statuisce sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo (cfr. art. 28 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994; LAPub; RS 172.056.1) e che la procedura dinanzi al Tribunale amministrativo è retta dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021), fintanto che la LAPub e la legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub, art. 37 LTAF);

che, conformemente alla giurisprudenza dello scrivente Tribunale, la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo nell'ambito dell'impugnazione della decisione di aggiudicazione è decisa di regola da un collegio di tre giudici (decisione incidentale del TAF B-3402/2009 del 2 luglio 2009, pubblicata per estratto in DTAF 2009/19, consid. 1.3 con rinvii);

che, nel caso di specie, il ricorso è sì rivolto contro la comunicazione dell'aggiudicazione della commessa relativa al Lotto 841-01 (Prove di laboratorio meccanica delle rocce), ma che d'altra parte va statuito sulle conclusioni procedurali in considerazione di un requisito formale e di

diritto specifico per l'ammissibilità del ricorso, per cui sono disponibili tutti gli elementi di fatto rilevanti per dirimere sulla questione (cfr. decisione incidentale del TAF del 15 giugno 2009 B-2561/2009, consid. 1.2) e quindi la domanda di concessione dell'effetto sospensivo può essere decisa dal giudice unico;

che se può essere partito dal presupposto che da un esame prima facie della situazione giuridica materiale sulla base degli atti esistenti risulta con ogni probabilità che non è data la competenza del Tribunale, la ricorrente non può imporsi già a priori con le sue conclusioni procedurali e che in questo caso è superfluo eseguire una ponderazione degli interessi in gioco (cfr. decisione incidentale del TAF B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 2.2 e 3.1);

che il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere di cognizione la questione a sapere se sono adempiuti i presupposti processuali e se si deve entrare nel merito del ricorso (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato);

che, conformemente all'art. 6 cpv. 1 LAPub, la LAPub si applica soltanto se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge il valore soglia corrispondente e che se il valore soglia non è raggiunto, la commessa non rientra nel campo di applicazione della LAPub e non è quindi data la competenza del Tribunale amministrativo federale quale istanza di ricorso giusta l'art. 27 LAPub (cfr. decisione incidentale del TAF B-3311/2009 del 16 luglio 2009, consid. 3.2 s. con rinvii; cfr. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Volume 1, Zurigo/Basilea/Ginevra 2007, N 776, 787);

che le opere messe in concorso riguardano prestazioni di ingegneria che rientrano senz'altro nell'ambito di prestazioni di servizio, come indicano giustamente entrambe le parti;

che la ricorrente segnala come la committente abbia ammesso nella sua lettera del 23 marzo 2011 che nel caso concreto sia applicabile la LAPub, deducendo da tale circostanza che l'art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub fissa a fr. 263'000.- il valore soglia per prestazioni di servizi ed indica inoltre che l'offerta da lei presentata ha un valore complessivo pari a fr. 402'016.50 (IVA compresa);

che per forniture e servizi su incarico di un committente giusta l'art. 2 cpv. 2 LAPub vale uno speciale valore soglia (art. 6 cpv. 1 lett. d LAPub);

che il Consiglio federale designa le organizzazioni di diritto pubblico e privato che esercitano in Svizzera attività nei settori dell'erogazione dell'acqua e dell'energia, nonché dei trasporti e delle telecomunicazioni e che per tali attività sono soggette alla LAPub in virtù dell'Accordo GATT o di altri trattati internazionali (art. 2 cpv. 2 LAPub);

che secondo l'art. 6 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. d cifra 1 dell'ordinanza del DFE sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il secondo semestre dell'anno 2010 e per l'anno 2011 (RS 172.056.12) i valori soglia ammontano a fr. 700'000.- per forniture e servizi su incarico di committenti, che sono assoggettati alla LAPub sulla base dell'Accordo sugli appalti pubblici GATT/WTO del 15 aprile 1994 (AAPub, GPA; RS 0.632.231.422);

che nel settore ferroviario (costruzione ed esercizio di infrastrutture ferroviarie), sulla base dell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera-CE; RS 0.172.052.68), sono direttamente soggette alla LAPub le Ferrovie federali svizzere (FFS) come pure le imprese operanti nei settori della costruzione o dell'esercizio di impianti ferroviari, in cui le FFS detengono la maggioranza, o altri operatori ferroviari sotto l'influenza predominante della Confederazione e che fanno eccezione tutte le attività di queste imprese che non sono in rapporto diretto con il settore dei trasporti (art. 2a cpv. 2 lett. b dell'ordinanza federale dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici, OAPub, RS 172.056.11);

che per costante prassi dello scrivente Tribunale si può partire dal presupposto che la committente Alp Transit SA rientri nel novero delle autorità assoggettate alla LAPub giusta all'art. 2 cpv. 2 LAPub in combinato disposto con l'art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub (cfr. DTAF 2007/33 consid. 1.1);

che i valori soglia delle commesse richieste da committenti come l'autorità aggiudicatrice sulla base dell'art. 2a cpv. 1 lett. a OAPub ammontano a fr. 640'000.- (esclusa IVA) per commesse di forniture e servizi di cui all'art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub (v. art. 2a cpv. 3 lett. b OAPub), per cui l'argomentazione della ricorrente che parte da un presupposto valore

soglia di fr. 230'000.- sulla base dell'art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub non può essere condivisa;

che la committente spiega che il preventivo della presente commessa è stato stimato in data 14 ottobre 2010 dalla medesima, nonché dallo studio di ingegneria da lei incaricato a fr. 350'000.- (cfr. doc. 1 allegato alle osservazioni della committente del 15 aprile 2011 "Losbeschrieb Lotto 841.01, pag. 8);

che benché l'autorità aggiudicatrice abbia fatto notare alla ricorrente già con scritto del 23 marzo 2011, in vista della preparazione del debriefing, che l'aggiudicazione non è impugnabile, la ricorrente non porta nemmeno nella sua memoria del 14 aprile 2011 né allegazioni sui valori soglia applicabili, né espone in maniera sostanziata se e in che misura la stima del valore della commessa sia scorretta;

che anche l'offerta della ricorrente con i suoi fr. 402'016.50 (IVA inclusa) è palesemente al di sotto del valore soglia rilevante di fr. 640'000.-;

che, visto quanto precede, emerge che con ogni probabilità non si potrà entrare nel merito del ricorso, per cui la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta;

che, considerato inoltre che dalle memorie della ricorrente è possibile dedurre che l'autorità aggiudicatrice abbia nel frattempo – secondo le indicazioni dell'autorità aggiudicatrice del 28 marzo 2011 – già stipulato il contratto con l'aggiudicataria, si può concludere che la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo sia divenuta priva d'oggetto nella misura in cui non ha potuto essere impedita la conclusione del contratto;

che con la presente decisione incidentale viene a cadere il provvedimento superprovvisorio ordinato con ordinanza del 7 aprile 2011;

che le spese processuali verranno definite con la decisione di merito;

che lo scambio di scritto nella causa principale va limitato alla questione dell'ammissibilità del ricorso e che verrà data alla ricorrente l'opportunità di prendere posizione sull'ammissibilità del ricorso e sulle spese processuali, ma che ciò sarà oggetto di un'ordinanza separata;

il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Lo scritto dell'autorità aggiudicatrice anticipato con fax del 18 aprile 2011 è trasmesso alla ricorrente per conoscenza.

2.

La domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo è respinta, per quanto non sia divenuta priva d'oggetto.

3.

Le spese processuali sono definite con la decisione di merito.

4.

Comunicazione a:

- ricorrente (rappresentante legale; atto giudiziario; anticipato per fax; allegato come da cifra 1);
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario; anticipato per fax);
- aggiudicataria (posta A per conoscenza; anticipato per fax).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il giudice dell'istruzione:

Il cancelliere:

Marc Steiner

Corrado Bergomi

Rimedio giuridico

La presente decisione incidentale 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 essa può causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).