



Decisione incidentale del 2 luglio 2008

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Marc Steiner, Vera Marantelli;
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,
4. **D.** _____,
5. **E.** _____,
6. **F.** _____,
7. **G.** _____,

tutti patrocinati dall'Avvocato Piero Colombo,
vicolo Concordia 1, casella postale 147,
6932 Breganzona,
ricorrenti,

contro

1. **H.** _____,
2. **I.** _____,
3. **J.** _____,
4. **K.** _____,

tutti patrocinati da Studio legale e notarile Mattei,
Avv. Luigi Mattei, via Dogana 2, 6500 Bellinzona,
controparti,

Ufficio federale delle costruzioni e della logistica UFCL,
Gestione progetti Svizzera tedesca, Holzikofenweg 36,

3003 Berna,
patrocinato da L'Etude,
Avv. Denis Esseiva, Avocat, LL.M.,
21, boulevard de Pérolles, 1701 Fribourg,
autorità aggiudicatrice.

Oggetto

Aggiudicazione del progetto b709, Ristrutturazione della
sede definitiva del Tribunale federale penale di
Bellinzona - Team di progettazione.

Fatti:**A.**

L'11 giugno 2007 l'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica (UFCL) (in seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha pubblicato sul no. 110 del Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) un bando di concorso di progetto con procedura selettiva dal titolo "CH-6500 Bellinzona, Viale Stefano Franscini, Progetto (b709), Ristrutturazione della sede definitiva del Tribunale penale federale di Bellinzona - Team di progettazione". Scopo del concorso è di raccogliere prestazioni di pianificazione con funzione di pianificatore generale per la ristrutturazione / costruzione ex novo della sede definitiva del Tribunale penale federale di Bellinzona e dell'edificio "Pretorio" in prospettiva di un concetto che consenta uno sfruttamento ottimale degli edifici dal profilo della durata, dello spazio e dell'esercizio.

I concorrenti interessati hanno ricevuto in seguito dal committente un documento di prequalifica datato dell'11 giugno 2007. Con esso veniva data la possibilità di inoltrare la propria candidatura.

Il committente ha pubblicato nel FUSC No. 169 del 3 settembre 2007 i nominativi di sette team di progettazione per i quali era stata ammessa la partecipazione al concorso, adducendo quale motivazione che essi soddisfano al meglio i requisiti indicati nel bando di concorso dell'11 giugno 2007. Tra i partecipanti ammessi figurano anche i ricorrenti e la controparte. I team designati hanno ricevuto il programma della seconda fase del concorso di progetto datato del 6 settembre 2007.

I candidati ebbero occasione di porre domande all'autorità aggiudicatrice. Quest'ultima ha risposto alle domande in un documento successivamente trasmesso ai candidati e datato del 19 novembre 2007. Entro il termine loro impartito i sette team partecipanti hanno inoltrato in modo anonimo le loro proposte di soluzione nonché un modello.

Il rapporto della giuria del 22 febbraio 2008 è stato comunicato ai team partecipanti.

Nel FUSC No. 51 del 13 marzo 2008 è stata pubblicata la graduatoria dei partecipanti al concorso, compresa la raccomandazione della giuria di

affidare il mandato per proseguo dei lavori all'autore del progetto vincente.

Con pubblicazione nel FUSC No. 89 del 9 maggio 2008 rispettivamente scritto del 13 maggio 2008 il committente ha aggiudicato la commessa per la ristrutturazione al team di progettazione della controparte. Il team di progettazione dei ricorrenti si è classificato al secondo posto.

Con lettera del 14 maggio 2008 i ricorrenti hanno chiesto all'autorità aggiudicatrice di fornire l'intero incarto relativo al concorso (ad esclusione dei progetti dei team classificati dal terzo posto in avanti), di inoltrare la lettera dei Servizi urbani comunali precedente lo scritto del 20 giugno 2007 dell'Ufficio dei beni culturali, nonché tutta la corrispondenza intercorsa con questo Ufficio. Il 19 maggio 2008 il committente ha inoltrato ai ricorrenti il rapporto di valutazione della giuria del 22 febbraio 2008.

B.

Con ricorso del 29 maggio 2008 (data d'entrata 2 giugno 2008) dinanzi al Tribunale amministrativo federale il Team di progettazione diretto da A._____, titolare del progetto denominato "IUS MMVIII" e composto da A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, F._____ e G._____, tutti rappresentati dall'avv. Piero Colombo (di seguito ricorrenti) è insorto contro la decisione di aggiudicazione pubblicata il 9 maggio 2008. I ricorrenti postulano in via preliminare il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso e in via principale l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e l'aggiudicazione del progetto "b709" (ristrutturazione della sede definitiva del Tribunale penale federale di Bellinzona e del Pretorio) al Team di progettazione dei ricorrenti, protestate spese e ripetibili.

Per quanto attiene all'aspetto formale, i ricorrenti censurano una violazione del diritto di essere sentito, considerato che l'autorità aggiudicatrice non ha fatto fronte integralmente alla loro richiesta di consultazione degli atti del 14 maggio 2008. In particolare essi ritengono indispensabile la presa in visione del progetto DE IURE in scala leggibile e valutabile nonché della lettera dell'Ufficio dei servizi urbani del Comune di Bellinzona che interpella l'Ufficio dei beni culturali e alla quale l'Ufficio dei beni culturali risponde con lettera del 20 giugno 2007.

Nel merito della causa i ricorrenti fanno valere una ripetuta violazione del bando di concorso da parte del progetto vincente. A loro avviso il progetto

DE IURE, prevedendo la demolizione completa delle ali laterali sia dell'ex scuola di commercio sia del Pretorio e mantenendo unicamente le facciate edificate lungo Viale Franscini, è in contrasto con il bando di concorso, con la presa di posizione della Commissione dei beni culturali (CBC) (doc. 7.1 punto 1.4.1 modificato nella sua seconda fase), con la corretta gestione dei rischi (doc. 7.2 punto 7), con le esigenze del Cantone per quanto concerne il Pretorio (punto 1.3.2 del. Doc. 7.1 – risposta 41) e con il Piano Regolatore di Bellinzona (doc. 7.1 punto 4.4). I ricorrenti lamentano che i due corpi ricostruiti che sostituiscono le ali demolite modificano radicalmente la tipologia (tre invece dei due piani originali, tetto piatto invece di tetto a falde) e la volumetria (file di finestre aumentano a 4 in confronto alle 3) originali e sono per questo in contrasto con le indicazioni della CBC e con il bando di concorso. I ricorrenti sostengono che nel progetto DE IURE - che secondo loro modifica la tipologia delle ali, aumenta il volume ed elimina il tetto a falde - si è dovuto modificare anche il corpo su viale Franscini, eliminando il tetto a falde, costruendo un parapetto di ca. 1 m che racchiude a sua volta un nuovo tetto a falde più piccolo. Ciò si trova in contrasto con il bando di concorso (rapporto della giuria pag. 30, punto 3 della lettera della CBC). Inoltre i ricorrenti affermano che il progetto De IURE occupa la corte quasi integralmente, mantenendo della corte originale unicamente gli spazi laterali, contrariamente al parere della CBC, la quale ha stabilito che “è possibile, se necessario occupare almeno parzialmente la corte centrale, naturalmente senza negare la sua esistenza”. Questo avrebbe come significato che l'occupazione delle corti interne deve avvenire solo a titolo eccezionale (doc. 4). Già sulla base di questi motivi i ricorrenti fanno valere una violazione della parità di trattamento, dell'affidamento e della trasparenza.

I ricorrenti ritengono che il progetto, proponendo la realizzazione di una rampa d'accesso alle autorimesse interrato proprio dove è prevista la pista ciclabile e pedonabile nel piano regolatore, sia in contrasto con quest'ultimo (rapporto della giuria, pag. 17). Secondo loro al progetto DE IURE mancano non solo le vie di fuga e gli accessi, ma anche il WC per disabili e così facendo non rispetta i requisiti del bando di concorso (doc. 7.2 cpv. 3.4.1.4: “gli accessi per disabili devono essere progettati in conformità alle esigenze dei disabili (sedie a rotelle, impianto per non udenti”). Inoltre i ricorrenti fanno presente che il bando di concorso prevede che “l'aula grande e l'aula piccola devono essere separate mediante una parete mobile (fonoassorbente e protetta contro gli sguardi) che può essere aperta in caso di bisogno” (doc. 7.2 punto 3.1.1.1 p. 23; 9.42, tabella 7.2.2). Da questa citazione essi desumono la necessità di

avere due aule adiacenti, eventualmente unibili in una grande sala, sottolineando che nel progetto DE IURE non è prevista alcuna relazione diretta tra l'aula grande e le due aule piccole e non è possibile collegarle o unirle in caso di necessità. A detta dei ricorrenti il progetto DE IURE viola in modo crasso il bando di concorso anche per quanto attiene all'aspetto dell'impiantistica. Essi rinviano alla pag. 22 della descrizione critica del progetto DE IURE, dove si legge che lo standard MINERGIE-ECO probabilmente non è raggiunto. Per i ricorrenti il progetto DE IURE prevede come unico progetto in gara lo sfruttamento del suolo come fonte di calore, ciò che i restanti concorrenti hanno escluso.

Per quanto attiene alla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo, a mente dei ricorrenti nel caso concreto non sussistono motivi per negarlo, poiché il ricorso non è manifestamente infondato. La violazione irrimediabile del bando di concorso da parte del progetto aggiudicatario è prima facie evidente ed insanabile. Ciò prevale su eventuali interessi pubblici ad una delibera immediata, in quanto le censure sono tali che il mancato accordo dell'effetto sospensivo rende illusorio il rimedio di diritto in una situazione dove la commessa è importante e le violazioni gravi.

Infine i ricorrenti chiedono che l'autorità aggiudicatrice produca tutta la corrispondenza intercorsa tra lei, la città di Bellinzona e la Commissione dei Beni Culturali e / o l'Ufficio dei beni culturali, il bando di concorso completo e il rapporto sul progetto "DE IURE" in scala del bando. Su riserva di ulteriori richieste in sede di replica i ricorrenti chiedono una perizia tecnica sulle violazioni sollevate per il progetto DE IURE (salvo rinuncia).

C.

Con decisione del 2 giugno 2008 il Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso in via superprovvisoria l'effetto sospensivo e ha vietato all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione finché non si avrà deciso sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

D.

In data 16 giugno 2008 la committente, per il tramite del suo rappresentante legale, ha inoltrato le proprie osservazioni in lingua francese, postulando in via preliminare il rigetto della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo e nel merito la reiezione del ricorso e la conferma della decisione impugnata.

In riferimento alla questione dell'effetto sospensivo, la committente sostiene che il ricorso è privo di chances di successo, in quanto i ricorrenti contestano solo l'esercizio del potere di apprezzamento senza dimostrare che la decisione impugnata è arbitraria. La valutazione della giuria, su cui si è fondata la committente, è stata eseguita in maniera di garantire un'intera obbiettività nel rispetto dell'uguaglianza di trattamento dei concorrenti. La valutazione è avvenuta in modo anonimo. Inoltre tra i membri della giuria figurano specialisti nell'ambito delle costruzioni e in più sono stati interpellati due esperti esterni, Edy Quaglia della Commissione dei beni culturali e Filippo Gianoni, Direttore delle costruzioni della città di Bellinzona. Per la committente l'interesse pubblico ad un'esecuzione immediata dell'aggiudicazione è preponderante. Da una parte la situazione attuale del Tribunale penale federale è molto delicata, in quanto mancano locali sufficienti, la sala d'udienza non ha una capienza sufficiente a partire da un numero di cinque imputati e questa situazione provvisoria comporta costi supplementari. D'altra parte motivi d'urgenza impongono il rifiuto della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo. L'aggiudicatario deve aver terminato imperativamente le prestazioni del progetto preliminare con preventivo di spesa nonché del progetto principale con preventivo generale a partire da oggi fino al marzo 2009 (cifra 2.10 bando). Per poter cominciare i lavori il Parlamento dovrà autorizzare un credito di costruzione. In vista di ciò il Consiglio Federale deve disporre del progetto con il preventivo generale in modo da poter integrare le informazioni nel Messaggio 2009. Se nel marzo 2009 le informazioni non sono in possesso del Consiglio federale la domanda di autorizzazione del credito dovrà essere rimandata al 2010. Di conseguenza vi sarà un ritardo di un anno nel programma dei lavori (costi supplementari stimati a Fr. 117'300.-).

La committente è dell'avviso che non sussiste una violazione del diritto di essere sentito, in quanto i ricorrenti hanno ottenuto il rapporto di valutazione delle offerte del 22 febbraio 2008 dove è motivato il giudizio della giuria. Essa indica che i ricorrenti possono accedere ai documenti secondo il borderau no. I, ma che non possono consultare i documenti giusta il borderau no. II e III. Infine la committente non giudica pertinenti le censure sollevate dai ricorrenti secondo cui il progetto DE IURE abbia violato il bando di concorso.

Nella lettera d'accompagnamento alle osservazioni del 16 giugno 2008 la committente ha allegato i borderau degli atti preliminari no. II e III e nuovamente rivolto l'attenzione ai motivi di urgenza, nel senso che se il

contratto non può essere concluso con il team aggiudicatario ancora questo mese di giugno, i lavori concernenti il Tribunale penale federale saranno ritardati al minimo di un anno, comportando per la Confederazione e in particolare per il Tribunale penale federale un pregiudizio e notevoli inconvenienti. La committente rimanda alla recente giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale, secondo cui l'autorità di ricorso può rifiutare l'effetto sospensivo per motivi d'urgenza senza occuparsi delle questioni di merito e senza tangere la questione a sapere se l'urgenza invocata è imputabile all'autorità aggiudicatrice.

In data 16 giugno 2008 l'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica ha consegnato al Tribunale amministrativo federale gli atti relativi al borderau II, rendendo attenti che si tratta di documenti di carattere confidenziale.

E.

Con scritto del 16 giugno 2008 i ricorrenti hanno prodotto la versione appurata del doc. 6 in modo da trasmetterlo alle parti nonché la procura aggiornata.

F.

Con decisione del 20 giugno 2008 il giudice istruttore ha ordinato la conclusione dello scambio degli scritti per quel che concerne le proposte procedurali.

G.

Il 18 giugno 2008 le controparti hanno formulato le proprie osservazioni sulla richiesta dell'effetto sospensivo, proponendo in ordine l'irricevibilità del ricorso e nel merito la reiezione della domanda di concessione dell'effetto sospensivo, protestate tasse, spese e ripetibili. Sotto l'aspetto formale le controparti censurano che la procura non è stata sottoscritta da tutte le ditte che formano il team ricorrente. Inoltre le controparti asseriscono che da un esame prima facie della situazione giuridica materiale emerge chiaramente che l'aggiudicazione effettuata dalla committente è avvenuta a giusto titolo, per cui il ricorso non può che rivelarsi manifestamente infondato.

H.

Conseguentemente all'inoltro del fax dei ricorrenti del 23 giugno 2008, con cui i ricorrenti hanno chiesto un termine di replica sia in merito alla domanda dell'effetto sospensivo sia nel merito del ricorso e anche la

trasmissione di diversi documenti, il giudice istruttore ha emanato in data 24 giugno 2008 una decisione. In essa si indica nuovamente che lo scambio degli scritti è terminato solo per quanto attiene alle conclusioni procedurali e all'effetto sospensivo, mentre ulteriori decisioni verranno prese in un secondo tempo.

I.

Con scritto del 28 giugno 2008 anticipato via fax i ricorrenti hanno inoltrato ulteriori documenti a contestazione dell'urgenza fatta valere dall'autorità inferiore e inoltre richiesto di prendere visione di tutti i documenti, anche di quelli confidenziali. In particolare essi hanno richiesto la trasmissione dell'allegato citato nello scritto del 16 maggio 2007 dei servizi urbani comunali.

J.

Ulteriori fatti e argomenti adottati dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi.

Diritto:

1.

La commessa di cui si tratta è appaltata dall'UFCL, che è un servizio dell'amministrazione generale della Confederazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1).

La presente commessa riguarda una prestazione di servizi che verte su un concorso di progetto per la ristrutturazione della sede definitiva del Tribunale penale federale di Bellinzona. La procedura di concorso è quella selettiva. I requisiti previsti dalle norme vigenti sono pertanto adempiuti (cfr. allegato 1 appendice 4 dell'Accordo GATT, ripresa nell'allegato 1 dell'ordinanza federale dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub; RS 172.056.11], art. 1 cpv. 1 lett. a e art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub, nonché art. 3 cpv. 1 OAPub che rimanda all'allegato 1 dell'OAPub; cfr. anche art. 40 ss. OAPub).

L'art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub prevede che il valore stimato della commessa pubblica da appaltare deve raggiungere nel caso di prestazioni di servizi il valore soglia di Fr. 263000.-, esclusa l'imposta sul valore aggiunto. D'intesa con il Dipartimento federale delle finanze (DFF), il Dipartimento federale dell'economia (DFE) adegua periodicamente i valori soglia ai dati

dell'Accordo GATT (art. 6 cpv. 2 LAPub). A questo proposito è stata emanata l'ordinanza del DFE del 26 novembre 2007 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2008 (RS 172.056.12). Secondo l'art. 1 lett. b di tale ordinanza il valore soglia per le prestazioni di servizi ammonta a Fr. 248950.-. Giusta la pubblicazione dell'aggiudicazione in FUSC no. 89 del 9 maggio 2008 il prezzo della commessa è di CHF 9,3 milioni (IVA esclusa) e si basa sull'offerta di onorario secondo SIA LHO 102 / 103 / 108 e SIA LM 112 nonché sulle attuali stime della somma di entrambi i progetti del Tribunale penale federale e "Pretorio" determinanti per il calcolo dell'onorario (cifra 4.3 dell'aggiudicazione). Il concorso riguarda i due edifici "Pretorio" e "Scuola di commercio"; al termine del concorso tuttavia la superficie del fondo verrà suddivisa in parcelle e la Confederazione porterà avanti le ulteriori fasi di progetto limitatamente alla ex-scuola di commercio, mentre il "Pretorio", edificio destinato a raccogliere la sede del tribunale distrettuale, verrà invece risanato dall'Amministrazione cantonale del Canton Ticino (cifra 2.8 del bando di concorso). Sulla base dell'aggiudicazione e del bando di concorso si può partire dal presupposto che il valore soglia nell'ambito della presente commessa è con ogni probabilità raggiunto, tenendo anche conto delle precisazioni nel bando riguardo allo sviluppo e al finanziamento del progetto.

La presente commessa ha quindi avuto luogo in applicazione dei disposti di diritto federale vigenti.

2.

2.1. Contro le decisioni del committente aventi come oggetto l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 LAPub). Il Tribunale amministrativo federale statuisce sulle richieste di accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF).

Il Tribunale amministrativo federale rispettivamente giusta l'art. 39 cpv. 1 LTAF il giudice dell'istruzione deve statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo e sulla domanda di visionare gli atti. Nella sua giurisprudenza costante il Tribunale amministrativo federale ha riconosciuto - allacciandosi alla prassi della vecchia Commissione di

ricorso in materia di acquisti pubblici - che la decisione incidentale sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo può essere emessa anche da un collegio di tre giudici (decisione incidentale nella causa B-743/2007, consid. 1.4.2; nota in sostanza positiva di BEYELER in Baurecht 2/2007, pag. 86; DTAF 2007/13, consid. 1.3.2, non pubblicato; decisione incidentale nella causa B-4719/2007 consid. 1.2.2, decisione incidentale nella causa B-6136/2007 consid. 4.1).

2.2. In materia di acquisti pubblici gli offerenti esclusi dall'aggiudicazione ovvero in casu i membri del consorzio ricorrente sono destinatari della decisione di aggiudicazione impugnata e sono direttamente toccati dalla stessa, per cui sono senz'altro legittimati a ricorrere ai sensi dell'art. 48 PA i. r. c. l'art. 26 cpv. 1 LAPub (decisione incidentale nella causa B-4719/2007, consid. 1.3 con rinvii).

Nell'atto ricorsuale la procura dell'avv. Colombo non era stata sottoscritta né da F._____ né da G._____. Questo vizio è stato sanato dai ricorrenti con lettera del 16 giugno 2008 con cui hanno prodotto una procura aggiornata. La censura sollevata in questo senso dalle controparti è divenuta di conseguenza priva di oggetto. In riassunto si può affermare senz'altro che tutti i membri di questo consorzio ricorrono congiuntamente, per cui il loro interesse ad agire è evidente.

2.3. I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti. Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti.

Contrariamente ai dubbi sollevati dai ricorrenti con scritto del 28 giugno 2008, le procure inoltrate dal rappresentante legale delle controparti sono in regola.

Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni procedurali dei ricorrenti.

3.

Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo.

A differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub prevede che il ricorso contro le decisioni del committente non ha per legge effetto sospensivo. Il Tribunale amministrativo federale può, su richiesta, accordare l'effetto sospensivo (Art. 28 cpv. 2 LAPub). Nel caso in esame il ricorso contiene una conclusione corrispondente.

3.1. La LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo. Possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA. Conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutorietà della decisione impugnata sono più gravi di quelli a favore della soluzione contraria (DTF 129 II 288 s. consid. 3 con rinvii, 117 V 191 consid. 2b con rinvii; ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. edizione, Zurigo 2006, N. a margine 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume II, 2. edizione, Berna 2002, pag. 680 s.). L'autorità di ricorso si limita - conformemente alla prassi relativa all'art. 55 PA - ad una valutazione "prima facie". Queste riflessioni sono di principio parimenti determinanti anche nell'ambito degli acquisti pubblici. Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso al ricorso l'effetto sospensivo per legge, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra soltanto che egli era consapevole della portata di questa disposizione nel diritto in materia di acquisti pubblici e che ha ritenuto necessario un esame individuale di suddetta questione, ma non significa che egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (DTAF 2007/13 consid. 2.1, decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-5865/2007 del 3 dicembre 2007 consid. 2.1 con rinvii alla prassi del Tribunale amministrativo federale e della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici nonché alla dottrina).

3.2. Nel caso in cui è presentata richiesta di concedere l'effetto sospensivo al ricorso, occorre in una prima fase esaminare ai sensi di una valutazione prima-facie della situazione giuridica se il ricorso è manifestamente infondato. In questo caso, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve essere respinta a priori. Qualora siano riconosciute possibilità di successo o permangano dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo sulla base della ponderazione di interessi citata. All'interesse pubblico ad un'attuazione più veloce possibile della decisione di aggiudicazione è attribuita fin da principio un'importanza considerevole, ad esso non deve però essere attribuito un peso maggiore già a priori (DTAF B-5838/2007 del 6 dicembre 2007 consid. 3.3 con ulteriori rinvii; DTF 2P.103/2006 del 29 maggio 2006 consid. 4.2.1). Secondo la prassi, nell'ambito della ponderazione degli interessi sono da includere gli interessi del ricorrente, gli interessi pubblici del committente ed eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Base dell'esame deve essere - anche in considerazione degli

obiettivi dell'Art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 ss.) - la concessione di una tutela giudiziaria efficiente e l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2., decisione incidentale della CRAP del 22 agosto 2006 nella causa 2006-011 consid. 2c).

4.

4.1. Nella lettera d'accompagnamento alle osservazioni sull'effetto sospensivo e nelle stesse osservazioni il committente rimanda all'urgenza dell'affare, sottolineando che se il contratto non può essere concluso con il team aggiudicatario ancora entro il mese di giugno, i lavori concernenti il Tribunale penale federale subiranno un ritardo di almeno un anno e che questo slittamento dei termini comporterà per la Confederazione e in particolare per il Tribunale penale federale un pregiudizio e degli inconvenienti di notevole entità. Secondo la cifra 2.10 del bando, le scadenze sono state fissate come segue:

“Inizio della pianificazione: probabilmente da giugno 2008; Progetto preliminare incl. la stima dei costi: giugno 2008 – ottobre 2008; Progetto di costruzione incl. preventivo: novembre 2008 - febbraio 2009; Esecuzione a partire da marzo 2009.”.

Conformemente alle spiegazioni dell'autorità aggiudicatrice nelle osservazioni al ricorso e nella lettera di accompagnamento alle stesse, per poter cominciare i lavori il Parlamento dovrà autorizzare un credito di costruzione. Il Consiglio Federale deve disporre del progetto con il preventivo generale in modo da poter integrare le informazioni nel Messaggio 2009. Se nel marzo 2009 le informazioni non sono in possesso del Consiglio federale la domanda di autorizzazione del credito dovrà essere rimandata al 2010. Di conseguenza, a mente dell'autorità aggiudicatrice, vi sarà un ritardo di un anno nel programma dei lavori con costi supplementari importanti per la Confederazione (Fr. 377'860.- costi per l'affitto di diversi locali che occupa la sede provvisoria del Tribunale penale federale, Fr. 1'190'000.- all'anno per trovare soluzioni alternative in caso la sala delle udienze attuale non è sufficiente, Fr. 117'300.- equivalenti al rincaro del costo previsto di costruzione del 4,6% per anno, se l'inizio dei lavori di costruzione subisce un ritardo di un anno).

4.2. L'interesse pubblico ad un'esecuzione immediata di un progetto è un aspetto che di regola è considerato e di principio andrebbe trattato nell'ambito della ponderazione degli interessi, sempre che al ricorso sono attribuite certe probabilità di successo. Poiché l'autorità aggiudicatrice chiede di respingere direttamente la domanda sull'effetto sospensivo per motivi d'urgenza e senza che ci si soffermi sulle conclusioni e motivazioni ricorsuali, si giustifica anticipare l'esame della sua richiesta.

4.3. Il committente motiva la sua richiesta adducendo che nel suo caso è applicabile la giurisprudenza della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici nonché quella recente del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale.

Va innanzitutto rilevato che nelle decisioni citate dal committente - contrariamente a quanto egli vuol far credere - le autorità di ricorso adite hanno sì respinto la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo basandosi su una ponderazione di interessi a favore della stazione appaltante, tuttavia, prima di eseguire tale ponderazione, esse si sono ogni volta occupate ad affrontare la questione se il ricorso appare manifestamente infondato sulla base di un esame prima facie della questione giuridica materiale (cfr. BRK 2001-014, consid. 2d s., CRM 2005-003, consid. 2, DTF del 29 maggio 2006 2P.103/2006 consid. 4.2 e 15 giugno 2007 2C.131/2007, DTAF B-5838/2007 consid. 6 e 7).

Secondo la giurisprudenza della vecchia commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici si distinguono due tipi di urgenza che devono essere comprovati nell'ambito di una richiesta volta al conferimento dell'effetto sospensivo. Da un lato l'urgenza che fa apparire inaccettabile al committente l'attesa della decisione sull'effetto sospensivo, dall'altro l'urgenza che comporta il rigetto della domanda dell'effetto sospensivo sulla base di una ponderazione di interessi (BRK 2001-014, consid. 2b). Il primo tipo di urgenza ha un carattere qualificato ("qualifiziert") e si riferisce in primo luogo all'urgenza di concludere il contratto immediatamente. Per poter adempiere al concetto di urgenza la prassi presuppone una situazione simile ad uno stato di necessità (BRK 2001-014, consid. 2b). Nel caso in esame non si presenta tuttavia la stessa costellazione come richiesto dalla giurisprudenza in materia.

L'argomentazione dell'autorità aggiudicatrice solleva diverse questioni e per questo non è in grado di convincere pienamente. L'aggiudicazione qui impugnata ha avuto luogo in un momento che fa apparire già a priori illusoria l'intenzione di poter concludere il contratto con il team

aggiudicatario ancora prima della fine di giugno 2008. Anche se la domanda sull'effetto sospensivo avesse dovuto essere respinta unicamente a causa dell'urgenza nell'ambito della ponderazione degli interessi, l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto considerare che non era realistico che l'esame della situazione da parte dell'autorità di ricorso avvenisse ancora prima della fine di giugno 2008.

D'altra parte anche gli argomenti portati che vertono sui costi supplementari e sull'infrastruttura provvisoria indiscutibilmente insoddisfacente non riescono a convincere totalmente. Per quanto attiene ai costi supplementari fatti valere per l'affitto di sale alternative, le allegazioni non sembrano sostanziate in modo tanto sufficiente da far apparire preponderante l'interesse ad un'immediata esecutorietà della decisione. Per quanto riguarda i rimanenti costi che l'autorità aggiudicatrice rivendica e che sono apparentemente parecchio minori rispetto ai costi per l'affitto di sale alternative, essi non appaiono decisivi in rapporto ai costi complessivi del progetto. Per quanto concerne l'infrastruttura insufficiente del Tribunale penale federale ed il relativo problema di sicurezza si deve partire dal fatto, che si è potuto superare detta situazione fino al momento attuale, benché ciò sia stato reso possibile solo con i mezzi finanziari menzionati dall'autorità aggiudicatrice. Anche questo aspetto non parla però a favore dell'urgenza rivendicata. Inoltre si deve prendere in considerazione in modo realistico la possibilità che la decisione sull'effetto sospensivo potrà essere impugnata dinanzi al Tribunale federale. E infine bisogna anche osservare che l'autorità aggiudicatrice non espone in maniera convincente, se e in che misura il temuto ritardo di un anno nell'esecuzione dipende unicamente dal fatto che sia stato possibile concludere il contratto ancora prima della fine di giugno 2008 o eventualmente qualche giorno o settimana più tardi.

4.4. Del resto va rilevato che la stazione appaltante dovrebbe già considerare nella fase di pianificazione della commessa la possibilità di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione. In altre parole, nell'ambito di un'operazione relativa agli acquisti pubblici, lo svolgimento della procedura d'appalto e di un'eventuale procedura di ricorso devono essere pianificati nel limite del possibile a lungo termine così che di principio non può verificarsi un'urgenza (PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007, n. 876 con ulteriori rinvii alla prassi e alla dottrina, nota a piè di pagina 1819). In casu, nelle sue osservazioni il committente ha apparentemente previsto la

conclusione del contratto per la fine di giugno 2008, malgrado ciò non emerga esplicitamente dal bando di concorso, il quale si limita a fissare l'inizio della pianificazione "probabilmente da giugno 2008". Se si considera che la decisione di aggiudicazione è stata pubblicata il 9 maggio 2008 è legittimo che sorgano dei dubbi circa la questione se il committente ha incluso la durata di un'eventuale procedura di ricorso nel pianificare i termini di attuazione della commessa. Nelle sue osservazioni il committente non ha pertanto addotto per quali motivi non ha potuto tenere conto in modo maggiore della durata di una procedura di ricorso nella pianificazione dei termini (cfr. BEAT DENZLER / HEINRICH HEMPEL, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, edito da JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY e HUBERT STÖCKLI, pag. 312 ss, in particolare pag. 333, numero 54). In queste circostanze non può essere dato seguito alla sua richiesta di negare l'effetto sospensivo senza una valutazione prima-facie degli aspetti materiali del ricorso.

Il committente espone le eventuali ripercussioni negative di un ritardo nell'attuazione della commessa, ponendo l'accento sui costi supplementari che egli stesso nonché il Tribunale penale federale dovranno apparentemente sopportare. Questo aspetto verte inequivocabilmente sugli interessi pubblici e sarà preso in considerazione in modo più approfondito qualora una ponderazione degli interessi in gioco dovesse rivelarsi necessaria, ovvero se dopo un esame prima facie del ricorso quest'ultimo non apparirà manifestamente infondato.

Per i motivi suesposti, in particolare in assenza di una situazione simile ad uno stato di necessità, non appare giustificato prendere una decisione immediata di rifiuto dell'effetto sospensivo senza che prima venga eseguito un esame prima facie della situazione giuridica materiale del ricorso.

Con scritto del 28 giugno 2008 anticipato via fax i ricorrenti hanno inoltrato ulteriori documenti a contestazione dell'urgenza fatta valere dall'autorità inferiore. Considerato che da un esame degli argomenti del committente si è giunti alla conclusione che la sola urgenza non è in grado di condurre ad un rigetto della domanda sull'effetto sospensivo senza dapprima esprimersi sulla fondatezza del ricorso, non si rivela necessario a questo stadio occuparsi più a fondo degli allegati inviati dai ricorrenti.

5.

Alla luce delle allegazioni suesposte va quindi accertato se il presente ricorso è manifestamente infondato sulla base di una valutazione prima-facie della situazione giuridica.

In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere d'apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lit. a e b PA). Non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub).

Il committente dispone di un ampio margine di giudizio nella scelta dei criteri di idoneità e di aggiudicazione, dei mezzi di prova richiesti nonché nella ponderazione dei criteri di aggiudicazione (DTF 125 II 86 consid. 6 ; GAAC 68.119 consid. d/aa). L'autorità di ricorso s'impone tuttavia un certo riserbo quando si tratta di valutare le circostanze locali o questioni di spiccato apprezzamento oppure prettamente tecniche. L'apprezzamento del Tribunale federale amministrativo non può pertanto sostituirsi a quello dell'ente appaltante: esso interviene quindi soltanto se vi è un abuso o un eccesso del potere di apprezzamento. Questa Corte riesamina pertanto l'apprezzamento delle prestazioni in base ai criteri di aggiudicazione soltanto con gran ritegno, poiché detto apprezzamento presuppone spesso di avere delle conoscenze tecniche, si fonda necessariamente su di un confronto tra le diverse offerte ed implica anche, inevitabilmente, una componente soggettiva da parte del committente (DTAF B-5838/2007 consid. 4 con rinvii).

6.

Sotto l'aspetto formale, i ricorrenti rivendicano una violazione del diritto di essere sentito, in quanto il committente avrebbe rifiutato la loro richiesta scritta del 14 maggio 2008 di fornire l'intero incarto relativo al concorso, ad esclusione dei progetti dei team classificati dal terzo posto in avanti e in particolare "la lettera alla quale risponde per il Dipartimento del Territorio l'Ufficio dei beni culturali il 20 giugno 2007 ai Servizi urbani comunali Pianificazione e catasto di Bellinzona e in generale tutta la corrispondenza intercorsa con questo Ufficio".

6.1. Nel quadro della procedura in materia di acquisti pubblici (procedura di aggiudicazione giusta la sezione 4 della LAPub) il diritto di consultare gli atti conformemente agli art. 26-28 PA è escluso esplicitamente sulla base dell'art. 26 cpv. 2 LAPub. Questo vale fino alla scadenza del termine

per presentare ricorso dopo la decisione di aggiudicazione. Il diritto di consultare gli atti e le deroghe a questo diritto sono applicabili solo nella procedura di ricorso. Su richiesta, il committente deve comunicare senza indugio agli offerenti non considerati le seguenti informazioni: (a) la procedura d'aggiudicazione seguita; (b) il nome dell'offerente scelto; (c) il prezzo dell'offerta scelta o i prezzi inferiore e maggiore delle offerte considerate per la procedura di aggiudicazione; (d) i motivi essenziali dell'eliminazione; (e) le caratteristiche essenziali e i vantaggi dell'offerta scelta (art. 23 cpv. 2 LAPub). Giusta l'art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub il committente tutela la natura confidenziale di tutti i dati comunicatigli dall'offerente. Sono salve le comunicazioni che saranno pubblicate dopo l'aggiudicazione e le informazioni previste dall'articolo 23 capoversi 2 e 3 LAPub. Oltracciò la disposizione dell' art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub è da osservare per analogia anche nel procedimento di ricorso, altrimenti essa verrebbe completamente svuotata del senso.

6.2. Dagli atti si evince che con lettera del 19 maggio 2008 in lingua tedesca il committente ha comunicato ai ricorrenti quali offerenti non considerati per l'aggiudicazione le informazioni previste all'art. 23 cpv. 2 LAPub. Per quanto attiene alle informazioni giusta l'art. 23 cpv. 2 lett. a-c (procedura d'aggiudicazione seguita, il nome dell'offerente scelto, il prezzo dell'offerta scelta o i prezzi inferiore e maggiore delle offerte considerate per la procedura di aggiudicazione) il committente ha rimandato alla pubblicazione dell'aggiudicazione del 9 maggio 2008. Da essa sono effettivamente evincibili le tre informazioni menzionate (cfr. cifra 1.3, 3.1 e 4.3). Per quanto invece attiene alle informazioni alle lett. d e e dell'art. 23 cpv. 2 LAPub, il committente rimanda al rapporto della giuria del 22 febbraio 2008. I motivi essenziali dell'eliminazione del progetto dei ricorrenti sono enunciati a partire dalla pag. 32 ss., mentre le caratteristiche essenziali e i vantaggi dell'offerta scelta si possono evincere dalla pag. 17 e 20 ss.

Da quanto precede, da un esame prima facie della situazione si può affermare che il committente ha già inoltrato ai ricorrenti gli atti su cui è fondata la decisione impugnata. Non sono quindi ravvisabili motivi che potrebbero affermare una violazione del diritto di essere sentito. Il mancato inoltro del progetto del team aggiudicatario è conforme alla prassi (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., Nr. 898 ss.). Per quel che concerne la lettera precedente la risposta del 20 giugno 2007 dell'Ufficio dei beni culturali si constata che i ricorrenti intendevano la lettera dei Servizi urbani comunali del 16 maggio 2007 con cui si chiedeva all'Ufficio dei beni culturali un parere sul progetto in questione. Avendo trasmesso

ai ricorrenti nuovamente la lettera del 20 maggio 2007, il committente sembra non aver capito di quale documento i ricorrenti avessero effettivamente chiesto una presa in visione. Tuttavia questo malinteso non basta a giustificare una violazione del diritto di essere sentito, tanto più che sorgono forti dubbi se il documento richiesto abbia avuto un notevole influsso sulla valutazione dell'offerta dei ricorrenti e sulla decisione impugnata. Del resto i ricorrenti hanno avuto accesso a questo documento in sede di ricorso.

7.

Per quanto attiene agli aspetti materiali del ricorso, i ricorrenti fanno valere che il progetto degli aggiudicatari viola più volte il bando di concorso e con ciò la parità di trattamento, dell'affidamento e della trasparenza.

7.1. In primo luogo i ricorrenti fanno presente che una violazione del bando di concorso risiede nella circostanza che il progetto DE IURE prevede la completa demolizione delle ali laterali dei due edifici ex Scuola di Commercio e Pretorio, mantenendo unicamente le facciate lungo Viale Franscini. Per dimostrare che secondo loro il bando di concorso doveva essere interpretato nel senso che non è dato spazio ad una demolizione delle ali laterali i ricorrenti rimandano a una serie di allegati (bando doc. 7.1: Programma 2a fase, punti 1.4.1, 1.4.4, 4.4; bando doc. 7.10: estratto dal Piano Regolatore, in particolare la lettera del 20 giugno 2007 della Commissione dei beni culturali ad esso allegata, allegato 5 al ricorso "Rapporto di pianificazione", punto 2.2.7 pag. 6, 7, allegato 6 al ricorso concernente le domande 5, 15, 41 e 55.).

7.1.1. Al punto 1.4.1 del documento 7.1 del bando è indicato che agli architetti partecipanti al concorso è lasciata facoltà di interpretazione delle prescrizioni edilizie e della presa di posizione dell'Ufficio dei beni culturali, allegate al bando. Il punto 1.4.4 del documento 7.1 del bando segnala che i due edifici sono considerati beni culturali di importanza comunale e ripete che sta ai progettisti interpretare il rapporto dell'Ufficio dei beni culturali del 20 giugno 2007 (allegato 7.10 del bando). Al punto 4.4 del documento 7.1 del bando sono fissate le condizioni quadro superiori che devono assolutamente essere rispettate, ovvero tutte le leggi e le ordinanze di diritto federale e cantonale, le norme di attuazione (legge edilizia) e il piano regolatore del territorio del comune politico di Bellinzona e l'inventario delle costruzioni del comune politico di Bellinzona.

I ricorrenti e del resto anche il bando di concorso attribuiscono una rilevanza centrale alla lettera del 20 giugno 2007 della Commissione dei beni culturali (CBC). Per quanto attiene agli edifici ex scuola di commercio e Pretorio, la CBC ritiene che *“debbano senz'altro essere conservati e valorizzati. Ritiene inoltre che le due ali laterali della Ex scuola di Commercio vadano conservate nella loro volumetria (ampie modifiche possibili all'interno), perché parti significative della primitiva costruzione ed elementi essenziali della struttura tipologica (ad “u”) dell'edificio.”*

I ricorrenti interpretano questo passaggio della presa di posizione della CBC nel senso che la CBC in questo modo “imponesse il mantenimento delle ali laterali” ed escludesse espressamente la demolizione completa e conseguentemente la ricostruzione delle medesime. L'autorità aggiudicatrice e le controparti sono invece dell'opinione che la presa di posizione del 20 giugno 2007 intendesse che solo la volumetria delle ali laterali, ovvero lo spazio da esse occupato, deve essere conservato, lasciando libertà di prevedere ampie modifiche interne. Per il Tribunale amministrativo federale già il senso letterale che può essere attribuito al passaggio citato non esclude a priori l'interpretazione data dall'autorità aggiudicatrice e dalla controparte. In effetti l'espressione “conservare nella loro volumetria” verte sul mantenimento della medesima distribuzione dei volumi dei fabbricati, indipendentemente dal fatto che si tratti dell'edificio originale o di uno nuovo ricostruito. Tuttavia per stabilire se la demolizione parziale delle ali laterali non viola il bando di concorso, occorre esaminare se quest'interpretazione poteva essere data sulla base delle condizioni quadro del bando.

7.1.2. Oltre alla presa di posizione della CBC il bando richiedeva l'assoluta osservanza tra l'altro di tutte le leggi e le ordinanze di diritto federale e cantonale, delle norme di attuazione (legge edilizia) e del piano regolatore del territorio del comune politico di Bellinzona, indicando che per quanto attiene ai due edifici ex-scuola di commercio e Pretorio si tratta di beni culturali di importanza comunale.

Giusta l'art. 34 delle Norme di attuazione del piano regolatore (NAPR) del Comune di Bellinzona gli edifici ex scuola di commercio e Pretorio sono considerati solo come beni culturali di interesse locale. Contrariamente a quanto vorrebbero far credere i ricorrenti, non si tratta di beni figuranti nell'inventario ISOS o dell'UNESCO.

Nella legge cantonale sulla protezione dei beni cantonali del 13 maggio 1997 (Raccolta delle leggi della Repubblica e Cantone Ticino 9.3.2.1) viene fatta una differenza tra i beni mobili e immobili di interesse cantonale (art. 24) e beni immobili di interesse locale (art. 25). Le domande di costruzione che prevedono interventi sui beni di cui agli art. 24 e 25 devono essere inoltrate al Consiglio di Stato. Per gli interventi sui beni giusta l'art. 24 è obbligatorio consultare preliminarmente la CBC, per gli interventi sui beni giusta l'art. 25 come nel caso di specie la consultazione preliminare della CBC ha solo carattere facoltativo, per cui, come giustamente affermano le controparti e l'autorità aggiudicatrice, la CBC ha solamente una competenza consultiva in riguardo. Di questo aspetto è stato ampiamente tenuto conto nella procedura in esame, tanto è vero che gli organizzatori si sono adoperati a richiedere un parere alla CBC e di assumere la partecipazione dell'arch. Edy Quaglia della CBC quale esperto consulente nella giuria (cfr. anche rapporto della giuria, pag. 15 "Inoltre per questi progetti si ha ritenuto necessario un'ulteriore verifica da parte degli specialisti per quanto riguarda i costi e le superfici, e da parte del Delegato della Commissione dei beni culturali per quanto riguarda le specifiche richieste.").

In virtù del carattere consultivo e facoltativo della presa di posizione della CBC si rivela comprensibile che al punto 1.4.1 del documento 7.1 del bando si prevedesse che "agli architetti che partecipano al presente concorso è lasciata facoltà di interpretazione delle prescrizioni edilizie e della presa di posizione dell'Ufficio dei beni culturali". Nella fase di domanda e risposta, in seguito alla domanda 5 dei ricorrenti su come interpretare il punto 1.4.1, il committente ha modificato il punto 1.1 sostituendo la citazione menzionata con la frase "Gli architetti che partecipano al presente concorso devono rispettare le prescrizioni edilizie e la presa di posizione della Commissione dei beni culturali". Contrariamente a quanto vogliono far credere i ricorrenti, questa modifica non esonera i concorrenti dall'interpretare la presa di posizione della CBC, né permette loro di intendere in modo assoluto che una demolizione delle ali laterali dei due edifici fosse completamente esclusa senza che vi fosse una possibilità di deroga. Alla modifica del punto 1.1 non è quindi possibile dare il significato ad essa attribuito dai ricorrenti. Eventuali malintesi e contestazioni in riguardo all'interpretazione da dare alla modifica del punto 1.1 avrebbero dovuto essere risolti già nella fase di domanda e risposta. Il comportamento dei ricorrenti a questo riguardo appare discutibile e in contraddizione con il principio della buona fede (cfr. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine

Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 2003 p. 1 ss., in particolare p. 10).

All'interpretazione data dai ricorrenti si oppone già in partenza il Piano Regolatore della Città di Bellinzona allegato al doc. 7.10 del bando. In esso, alla voce "Allineamenti" si legge: "Considerata l'esistenza del vincolo di protezione quali Beni culturali locali, di principio gli edifici non possono essere demoliti. Tuttavia - a dipendenza dell'impostazione del progetto - anche una nuova costruzione dovrà rispettare la linea di costruzione obbligatoria lungo viale Franscini, lungo il quale vi è l'obbligo di arredo urbano ai sensi dell'art. 10 NAPR, appena approvato dal C. d. S. ". Il Piano regolatore sembra lasciare spazio a deroghe dal principio secondo cui gli edifici non possono essere demoliti. Di conseguenza emerge da questa circostanza che il committente, non avendo mai escluso in fase di domanda e risposta un'eventuale demolizione e ricostruzione parziale delle due ali laterali, ha interpretato le esigenze poste dal Piano regolatore in modo sostenibile e coerente e non ha dato assolutamente adito ad un comportamento contraddittorio (cfr. risposta a domanda 5). Sempre in questa fase di procedura anche i concorrenti sembrano aver inteso il bando di concorso nel senso che il solo rispetto della linea di costruzione obbligatoria lungo viale Franscini "non può che sottintendere che quanto edificato ora lungo viale Franscini possa essere demolito" (domanda 15). Dal Piano Regolatore si deduce unicamente che deve essere osservata imperativamente la linea di costruzione obbligatoria lungo viale Franscini. Questa condizione sembra comunque essere adempiuta dal progetto delle controparti, tanto più che gli stessi ricorrenti sottolineano che il progetto DE IURE mantiene le facciate edificate lungo viale Franscini.

Nemmeno dal Rapporto di Pianificazione del Piano del paesaggio (doc. 5 allegato al ricorso), in particolare al punto 2.2.7 alla voce "Beni culturali" a cui rimandano i ricorrenti, non emergono in nessun modo indizi che lascino supporre un divieto assoluto di demolire le ali laterali dei due edifici in questione.

7.1.3. Alla luce delle allegazioni suesposte emerge che i documenti chiamati in causa (bando di concorso, documentazione del bando con le indicazioni sulle norme in materia di diritto di costruzioni, inclusi Piano regolatore e presa di posizione della CBC) non escludono a priori l'interpretazione che il progetto del team aggiudicatario ha messo alla base della propria offerta. Al massimo si può concludere che veniva esclusa unicamente la possibilità di demolire completamente i due edifici,

richiedendo il mantenimento delle ali laterali dei due edifici solo per quanto attiene alla loro volumetria, prevedendo tuttavia la possibilità di ampie modifiche interne.

A questo riguardo va rimarcato che nell'ambito di una procedura per un concorso di progettazione come nel caso di specie l'ampio potere di apprezzamento di cui dispone il committente è messo ancora più in evidenza, nella misura in cui per la decisione di aggiudicazione egli si affida a una giuria di esperti. Inoltre per questo genere di commesse si suole concedere ai concorrenti una grande libertà ad inoltrare progetti il più possibile creativi, per cui va evitato che l'autorità di ricorso adita si atteggi a giuria superiore (GALLI/MOSER/LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2003, Nr. 493).

La commessa in esame ha come particolarità che al momento della sua pubblicazione come pure al momento attuale non sussiste ancora l'autorizzazione a costruire. A differenza di una commessa pubblicata dopo che è stato rilasciato il permesso di costruzione, non si conoscono in modo dettagliato gli oneri e le condizioni connessi con l'autorizzazione (cfr. MaMATTHIAS HAUSER, *Umweltaspekte im Vergaberecht*, in *URP* 2002 pag. 339-386, in particolare pag. 354 s.). Tuttavia, per quanto attiene agli oneri e alle condizioni che hanno un rapporto con le norme di pianificazione, essi sono comunque intuitibili. Infatti, nel caso di specie non sussistono dubbi che nel bando di concorso il rispetto delle norme di pianificazione del territorio rivestisse una condizione essenziale. Lo dimostra il loro riferimento esplicito nel bando di concorso che li definisce quali documenti di gara, come pure le risposte date alle domande chiarificatorie e non da ultimo alcuni membri della stessa giuria, rappresentanti tra l'altro della Divisione della giustizia, Cantone Ticino, del Dicastero delle costruzioni della Città di Bellinzona e dell'Ufficio dei beni culturali. Nel caso in cui un bando di concorso prevede il rispetto delle norme di attuazione del piano regolatore, i progetti devono quindi presentare sufficienti garanzie di realizzabilità. La portata dei vincoli pianificatori non può peraltro venir relativizzata in funzione del carattere preliminare della procedura di concorso per rapporto alla realizzazione concreta dell'opera. Nelle fasi che seguono il concorso è infatti possibile affinare la proposta presentata, ma non correggere delle irregolarità importanti. Ciò contrasterebbe con i principi di trasparenza e di parità di trattamento e con l'affidamento riposto dagli altri concorrenti nelle prescrizioni di gara (JOST/SCHNEIDER/HEUSI, *Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht*, in: *ZBI* 2004 pag. 341 ss., pagg. 349 e 362; GALLI/MOSER/LANG, op. cit., n. 509). In caso contrario, si

rischierebbe in sostanza di premiare un progetto giudicato migliore o più redditizio degli altri grazie anche al fatto che non si attiene alle disposizioni applicabili (cfr. DTF 2P.260/2005 dell'8 marzo 2006, consid. 2.3).

Nel caso di specie la giuria, in riguardo al progetto del team aggiudicatario, ha concluso che "l'autore...(...) in conformità al generale e diffuso desiderio di conservazione, decide di conservare le parti essenziali dei due edifici in questione...(e)...di creare con due facciate architettonicamente uguali un nuovo spazio pubblico". In questo contesto e sullo sfondo delle ulteriori allegazioni suesposte non sono ravvisabili - perlomeno nell'ambito di un esame prima facie della situazione - punti di riferimento concreti che inducono a concludere che la giuria rispettivamente il committente abbiano interpretato in maniera giuridicamente errata le norme di pianificazione oggetto del bando. Pertanto si può affermare che dette norme di pianificazione sono state contemplate perlomeno in linea di principio. Non da ultimo va tenuto anche conto della circostanza che nell'ambito di una procedura di autorizzazione a costruire l'autorità competente può concedere deroghe alle disposizioni corrispondenti (cfr. art. 59 delle norme di attuazione del piano regolatore per la città di Bellinzona).

Per quanto attiene alla demolizione delle ali laterali come prevista dal progetto degli aggiudicatari e controparti si conclude quindi che da un esame prima facie non emerge che sia stata commessa una violazione del bando di concorso né tanto meno una violazione della parità di trattamento, dell'affidamento e della trasparenza.

7.2. I ricorrenti lamentano un'ulteriore violazione del bando, in particolare della presa di posizione della CBC. Essa consisterebbe in una modifica della tipologia in quanto i due corpi che sostituiscono le ali demolite dei due edifici si sviluppano su tre piani anziché sui due originali, con una modifica radicale relativa alle facciate che comprendono tre piani e quindi tre file di finestre. In più il tetto a falde è sostituito da un tetto piano da cui sporgono due corpi. Con l'accorgimento del tetto piano verrebbe manifestamente modificata anche la volumetria. Il progetto DE IURE è l'unico progetto ad aver optato per la demolizione delle due ali.

A tale riguardo, sia l'autorità aggiudicatrice che le controparti rimandano a giusto titolo al passaggio decisivo nella presa di posizione della CBC, dove è indicata espressamente la possibilità di ampie modifiche all'interno, purché sia rispettata la volumetria (cfr. testo integrale della

presa di posizione al consid. 7.1.1). Considerato che questa censura ha un nesso con quella mossa contro la demolizione delle ali laterali si rimanda alle allegazioni nel considerando precedente (in particolare 7.1.3). È tuttavia immaginabile che gli accorgimenti apportati nell'ambito della ricostruzione dei corpi possono avere un influsso sulla volumetria, nondimeno nel caso di specie in base agli atti non è ravvisabile che si tratti di un influsso notevole. Inoltre va comunque rimarcato che i ricorrenti non indicano in modo sostanzioso o sulla base di quali documenti in che cosa consiste di preciso l'aumento della volumetria. Il fatto che i progetti rimanenti sembrano aver optato per una soluzione diversa da quella del team aggiudicatario non deve per forza significare che siano violate le disposizioni previste dal bando, tanto più che come è già stato osservato precedentemente il bando stesso ha conferito ai partecipanti una certa libertà di interpretazione.

7.3. I ricorrenti lamentano che il progetto DE IURE avendo optato per la demolizione delle due ali laterali ha dovuto modificare anche il corpo su viale Franscini, eliminando il tetto a falde, costruendo un parapetto di ca. 1 m che racchiude a sua volta un tetto a falde più piccolo. Anche questo intervento sarebbe in contrasto insanabile con il bando.

Anche in questo caso va rilevato che la censura del ricorrente non è sostanziata da argomenti pertinenti. Da un esame sommario della documentazione non si può affermare che il bando vietasse o non desse alcun spazio ad una soluzione simile a quella del progetto DE IURE. La scelta del team aggiudicatario non sembra comunque aver dato adito a reclami nell'ambito della valutazione da parte della giuria. È infine discutibile se in virtù degli accorgimenti apportati al tetto come nel progetto DE IURE si possa già parlare di modifiche di rilievo. Se ne fosse effettivamente stato il caso, si può senz'altro partire dal presupposto che la giuria rispettivamente il rappresentante della CBC sarebbero intervenuti debitamente.

7.4. I ricorrenti contestano che il progetto DE IURE non si sia conformato alla presa di posizione della CBC in merito alle corti interne e in questo modo abbia violato il bando. A loro avviso il progetto DE IURE occupa la corte quasi integralmente e mantiene della corte originale unicamente gli spazi laterali, ridotti a semplici "cavedii". Controparti e autorità aggiudicatrice non condividono l'interpretazione data dai ricorrenti alla presa di posizione della CBC e sono convinti che era possibile per i concorrenti prevedere nei loro progetti l'occupazione parziale delle corti.

Con presa di posizione del 20 giugno 2007 la CBC osservava: *“È per contro possibile sostituire o intervenire sul corpo meridionale, mediante la realizzazione di una struttura che possa sfruttare una maggior elevazione ed eventualmente, se necessario, occupare almeno parzialmente la corte centrale, naturalmente senza negare la sua esistenza”*. Pertanto il senso letterale di questo passaggio non sembra voler escludere a priori l'utilizzazione parziale della corte interna come è stato progettato dal team aggiudicatario. Nel rapporto della giuria non pare nemmeno che si sollevino obiezioni a questo riguardo.

In questo contesto dà già adito a discussioni se questa censura può essere esaminata, dal momento che essa sembra vertere su una questione di inadeguatezza. Ma anche dovendo entrare nel merito, i ricorrenti non possono derivare da essa nessun vantaggio. Invero, per sostanziare la loro censura, essi rinviando al rapporto della giuria Tuttavia, come giustamente fanno osservare le controparti, l'estratto dal rapporto della giuria esplicitamente menzionato si riferisce ad un progetto diverso da quello degli aggiudicatari. Ne consegue che il rinvio al rapporto risulta irrilevante per il presente procedimento. Così facendo i ricorrenti non riescono a dimostrare le loro allegazioni. Anche dall'indicazione di un passaggio relativo al Piano Regolatore (doc. 7.1 punto 4.4) a cui i ricorrenti fanno appello non si possono dedurre in nessun modo elementi concreti in favore della loro argomentazione. Lo stesso si può affermare dopo la lettura delle considerazioni dell'arch. Carloni (allegato 7 al ricorso), dove non si mette in discussione se e in che misura sono violate le condizioni del bando.

E infine non è di ulteriore aiuto per i ricorrenti che il loro progetto in questo punto non sembra aver trovato un consenso lusinghiero da parte della giuria (cfr. rapporto pag. 33: *“Il linguaggio astratto in questo caso, invece di legare il progetto attorno ad una corte con un'unica volumetria lo articola in modo eccessivo, indebolendo le intenzioni progettuali prioritarie.”*).

7.5. I ricorrenti contestano che nel progetto DE IURE non è prevista alcuna relazione diretta tra l'aula grande e le due aule piccole; l'aula grande e le aule piccole si affacciano su un atrio comune, ma non è possibile collegarle e unirle in caso di necessità. Siccome le aule non sono adiacenti, i ricorrenti sono dell'avviso che il progetto DE IURE viola il bando di concorso. A sostegno di questa censura essi rimandano al doc. 7.2, punto 3.1.1.1, pag. 23, all'allegato 9.42 della tabella 7.2.2 e al rapporto della giuria alle pag. 17 e 21.

Controparti e autorità inferiore ribattono invece che il progetto DE IURE dispone di un atrio supplementare che funge da estensione per l'aula grande e l'aula piccola, collegandole.

Al doc. 7.2, punto 3.1.1.1 pag. 23 si legge: “Nel limite del possibile, l'aula grande e l'aula piccola devono essere separate mediante una parete mobile (fonoassorbente e protetta contro gli sguardi) che può essere aperta in caso di bisogno”. È pertanto incomprensibile come mai i ricorrenti abbiano tralasciato l'espressione “Nel limite del possibile” nella loro citazione della documentazione del bando, poiché con l'aggiunta di questa parte di frase si cambia nettamente il significato. Il fatto che nel progetto del team aggiudicatario le aule fossero collegate da un atrio che funge da estensione delle due sale in luogo di una porta scorrevole poteva quindi ragionevolmente essere contemplato dall'interpretazione del bando. Se poi la giuria nel suo rapporto a pag. 19 e 21 ripete che “Sono da rielaborare la disposizione delle sale d'udienza inerente all'accesso, alla funzionalità, ad un ambiente gradevole e alla flessibilità”, con questo non è messo in dubbio che la soluzione del progetto DE IURE stia in contravvenzione con le condizioni poste alle due aule nel bando di concorso. In questo punto le censure dei ricorrenti si rivelano dopo un esame sommario come prive di ogni fondamento.

7.6. I ricorrenti sollevano altre obiezioni che non riguardano più la ristrutturazione degli edifici in sé, bensì aspetti che hanno solo una connessione indiretta con essi. A loro avviso il progetto DE IURE viola il bando di concorso ancora in tre punti: in primo luogo esso propone la realizzazione di una rampa d'accesso alle autorimesse interrato dove è previsto il percorso pedonabile e ciclabile; in secondo luogo esso è in contravvenzione con le norme di legge sui disabili poiché mancherebbero gli accessi e le installazioni sanitarie corrispondenti; da ultimo il progetto DE IURE non adempie alle esigenze legate all'impiantistica.

Occorre a tale riguardo sottolineare che nel caso dei tre punti contestati dai ricorrenti si tratta di dettagli che non toccano il carattere del progetto nella sua sostanza e non sono quindi idonei a denaturare il progetto originario. Gli aspetti menzionati dai ricorrenti si dovranno elaborare in fase esecutiva del progetto, segnatamente nell'ambito della domanda per l'ottenimento dell'autorizzazione a costruire. Pertanto le censure mosse dai ricorrenti sono premature e non sono quindi volte al successo.

8.

In riassunto, sulla base di un esame prima facie della situazione giuridica

materiale, il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che il ricorso è privo di probabilità di successo e quindi manifestamente infondato. Per quanto attiene alle critiche mosse alla pianificazione dei due edifici ex scuola di commercio e Pretorie nonché delle aule (consid. 7.1-7.5), emerge dagli atti che le disposizioni contenute nel bando lasciavano spazio all'interpretazione data dalle controparti nel loro progetto. Per quel che invece concerne gli ulteriori aspetti contestati (consid. 7.6), non può essere dato seguito alle conclusioni ricorsuali, poiché in questo caso sembrano accettabili adattamenti nell'ambito della fase di progettazione d'esecuzione successiva. Di conseguenza la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta. Vista la manifesta infondatezza del ricorso, si prescinde dall'eseguire la ponderazione degli interessi.

9.

Con ricorso del 29 maggio 2008 i ricorrenti hanno richiesto in particolare “la lettera alla quale risponde per il Dipartimento del Territorio l'Ufficio dei beni culturali il 20 giugno 2007 ai Servizi urbani comunali Pianificazione e catasto di Bellinzona” e il rapporto sul progetto “DE IURE” in scala del bando (leggibile e valutabile), al fine di poter sostanziare tutte le censure. Inoltre con il ricorso veniva richiesta tutta la corrispondenza intercorsa tra il committente, la città di Bellinzona e la Commissione dei Beni Culturali e / o l'Ufficio dei beni culturali, il bando di concorso completo e il rapporto sul progetto DE IURE in scala del bando. Con le osservazioni delle controparti e del committente sulla richiesta dell'effetto sospensivo ai ricorrenti sono stati trasmessi gli elenchi degli atti completi così come inoltrati dall'autorità aggiudicatrice e inoltre è stato comunicato che lo scambio di scritti riguardo alle conclusioni procedurali è stato concluso. Con fax e scritto del 23 giugno 2008 i ricorrenti hanno chiesto la possibilità di inoltrare un atto di replica sia per quanto riguarda la questione dell'effetto sospensivo, sia per quanto riguarda il merito della causa, su riserva di accedere a tutti gli atti, anche quelli definiti confidenziali. Con ordinanza del 24 giugno 2008 è stata portata a conoscenza dei ricorrenti una copia della lettera dello scritto dei Servizi urbani comunali del 16 maggio 2007 al Dipartimento del territorio (Ufficio dei beni culturali) e nel contempo si è riconfermato ai ricorrenti che la chiusura dello scambio di scritti ordinata il 20 giugno 2008 si riferisce unicamente alle conclusioni procedurali rispettivamente alla questione dell'effetto sospensivo. Con la stessa ordinanza del 24 giugno 2008 si comunicava che ulteriori decisioni concernenti la consultazione degli atti e l'accesso ai piani e ai modelli nonché un ulteriore scambio di scritti nel merito della causa seguiranno più tardi.

La decisione incidentale volta al conferimento dell'effetto sospensivo viene presa di regola sulla base dell'atto di ricorso, delle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice e di un'eventuale controparte sulla richiesta dell'effetto sospensivo inoltrata, senza che si debba ordinare un secondo scambio di scritti (cfr. MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in "Der Weg zum Recht", Festschrift für Alfred Bühler, herausgegeben von MICHAEL LEUPOLD, DAVID RÜETSCHI, DAMIAN STAUBER UND MEINRAD VETTER, Zürich 2008, pag. 425 con rinvii alla giurisprudenza del Tribunale federale). La decisione incidentale sull'effetto sospensivo che deve essere presa nel caso di specie poggia in sostanza sul ricorso e sulle osservazioni delle altre parti del procedimento concernenti le conclusioni procedurali rispettivamente la domanda dell'effetto sospensivo. La valutazione delle censure rivendicate nel ricorso è stata possibile sulla base dei documenti che sono stati allegati al ricorso. La questione a sapere se e quali ulteriori atti si rivelano determinanti in vista della decisione nel merito della causa, rispettivamente quali altri atti che l'autorità aggiudicatrice ha definito confidenziali possono accedere all'esame degli atti dei ricorrenti, dovrà essere giudicata se del caso nell'ambito di ulteriori misure di istruzione nella causa principale.

Infine è d'obbligo fare un'ultima precisazione. Con scritto del 28 giugno 2008 i ricorrenti hanno accusato ricevuta della copia dello scritto dei servizi urbani comunali del 16 maggio 2008 che era stato inviato loro con ordinanza del 24 giugno 2008. Essi lamentano che manca l'allegato menzionato in tale scritto, ossia l'analisi architettonica dell'edificio con possibili varianti d'intervento redatta dall'architetto Domenico Cattaneo. A tale riguardo si osserva che l'allegato allo scritto del 16 maggio 2008 non si trova negli atti preliminari e che esso con ogni probabilità non dovrebbe nemmeno farne parte, considerato che l'autorità aggiudicatrice non è nella lista dei destinatari dello scritto del 16 maggio 2008. È compito dei ricorrenti di richiedere l'allegato di cui desiderano prendere visione presso l'ufficio cantonale competente, se desiderano presentarlo nell'ambito della presente procedura. Ulteriori allegazioni in merito a questa richiesta si rivelano superflue.

10.

Le spese processuali derivanti dalla presente decisione verranno considerate con la decisione nel merito (art. 65 cpv. 1 PA).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Una copia dello scritto dei ricorrenti del 28 giugno 2008 (allegati compresi) viene portata a conoscenza dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti.

2.

La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta.

3.

Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.

4.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario, anticipata via fax)
- controparte (atto giudiziario, anticipata via fax; allegati giusta cifra 1)
- autorità inferiore (n. di rif. FUCS No. 89; atto giudiziario, anticipata via fax), allegati giusta cifra 1)

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il giudice unico:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

La presente decisione incidentale - per quanto concerne la cifra 2 del dispositivo - 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).

Data di spedizione: 3 luglio 2008 anticipata via fax