



Sentenza del 6 aprile 2020

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Eva Schneeberger, Ronald Flury,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____ SA,
patrocinata da Bersani studio legale,
ricorrente,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi-Albrici,
Mattei & Partners Studio Legale SA,
autorità aggiudicatrice.

Oggetto

Acquisti pubblici; decisione di aggiudicazione
del 5 luglio 2019 concernente il progetto
"N2 EP09 Biaschina, Lotto 106, laboratorio del committente"
(pubblicazione SIMAP n. 1085783; ID del progetto 182138).

Fatti:**A.**

A.a In data 28 gennaio 2019 l'Ufficio federale delle strade USTRA (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto sulla piattaforma SIMAP (Sistema informativo sulle commesse pubbliche in Svizzera) un pubblico concorso, impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare una commessa di servizi in relazione al progetto "N2 EP09 Biaschina, Lotto 106, laboratorio del committente" (n. della pubblicazione 1058125, ID del progetto 182138).

Secondo il punto 2.6 del bando di concorso, l'obiettivo principale è quello di garantire la sistemazione della tratta autostradale interessata, al fine di adeguare il tracciato in oggetto così come le strutture presenti alle attuali normative. Il concorso in parola fissa il quadro contrattuale per le prestazioni di "Laboratorio del Committente" relativo all'esecuzione di prove sui materiali in situ e in laboratorio nell'ambito dei lavori edili. Si tratta di eseguire prevalentemente prove su miscele bituminose, nonché su malte e calcestruzzi.

A.b Entro il termine di chiusura per la presentazione delle offerte (15 marzo 2019 secondo il punto 1.4 del bando di concorso) sono pervenute al committente 3 offerte, tra cui quella della ricorrente e della Y. _____ SA, (di seguito: aggiudicataria).

A.c Mediante la decisione di aggiudicazione del 5 luglio 2019, pubblicata il giorno stesso sul SIMAP (n. della pubblicazione 1085783), l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa in oggetto all'aggiudicataria per un importo di fr. 455'342.40 (IVA esclusa; punto 3.2 della decisione sull'aggiudicazione).

A.d Con scritto separato del 5 luglio 2019 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente l'avvenuta assegnazione della delibera in favore dell'aggiudicataria e nel contempo la sua esclusione dalla valutazione nella procedura di aggiudicazione per non aver soddisfatto il criterio di idoneità CI-1b relativo all'esperienza / referenza dell'offerente, in quanto, a suo avviso, nella referenza presentata non era stata eseguita alcuna prova su calcestruzzi. Per il resto il committente ha rinviato alla relativa pubblicazione dell'aggiudicazione sul SIMAP per le indicazioni dei rimedi giuridici.

B.

Avverso la decisione di aggiudicazione del 5 luglio 2019 la ricorrente è insorta con ricorso del 25 luglio 2019, pervenuto il giorno seguente allo scrivente Tribunale, chiedendo l'annullamento della stessa e di conseguenza l'accertamento che la ricorrente soddisfa i criteri di idoneità definiti dal bando di concorso, nonché il rinvio dell'incanto all'autorità aggiudicatrice affinché provveda ad effettuare una seconda procedura di aggiudicazione, protestate tasse, spese e ripetibili. La ricorrente non ha chiesto in via preliminare la concessione dell'effetto sospensivo.

In concreto, la ricorrente contesta l'esclusione della propria offerta dalla valutazione e dalla procedura di aggiudicazione. A suo dire, il criterio di idoneità dell'azienda CI-1 risulta adempiuto poiché la referenza indicata, ossia il progetto "«...» – Laboratorio committente", prevedeva le prove su calcestruzzo. La ricorrente spiega tuttavia che l'ingegnere incaricato di allestire l'offerta (ing. A. _____) ha ommesso, a causa di una svista, di inserire l'esecuzione della prova in questione nella descrizione del progetto di referenza conformemente al modulo d'offerta. Malgrado il contratto relativo al progetto di referenza non fosse ancora giunto a termine, l'ingegnere preposto avrebbe indicato nell'offerta la referenza in questione proprio per semplificare la valutazione sull'idoneità tecnica dell'offerente, risultando la stessa praticamente identica, in termini di contenuti e mansioni, al progetto messo in concorso, salvo che si tratta di due tratti di autostrada diversi. Anche l'ingegnere responsabile quale capoprogetto di USTRA (ing. Z. _____) per i lavori relativi al presente concorso sarebbe la stessa persona responsabile del committente nell'oggetto di referenza.

La ricorrente ritiene che la propria esclusione dalla procedura di aggiudicazione sia contraria ai principi della proporzionalità e del divieto di formalismo eccessivo per rapporto ad una banale svista che, a suo avviso, avrebbe potuto essere sanata mediante la richiesta di completazione dell'offerta, tant'è che nell'elenco dei prezzi dell'opera di referenza sono chiaramente contemplate le prove in calcestruzzo per cui l'errore di trascrizione sarebbe risultato facilmente identificabile sulla base di detto elenco. La ricorrente ammette che al momento dell'offerta le prove previste dall'opera di referenza non erano ancora state eseguite poiché il contratto non era ancora giunto a termine, ma che ciononostante il committente non aveva tenuto conto di tale formalità nei motivi di esclusione. Infine, la ricorrente aggiunge che l'idoneità dell'impresa doveva essere nota all'autorità aggiudicatrice in quanto le numerose referenze indicate per le persone chiave, ossia il responsabile delle prove di laboratorio per il progetto in questione e il suo sostituto (ing. A. _____ e B. _____),

concernevano lavori conclusi già commissionati da USTRA in relazione a prove in laboratorio e in situ per pavimentazioni in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo di tratti autostradali, pertanto comparabili al compito previsto nel presente appalto. Del resto, conclude la ricorrente, le prove in laboratorio ed in situ di pavimentazioni in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo rappresenta una delle sue attività principali.

C.

In data 26 luglio 2019 il Tribunale ha accusato ricezione del ricorso e prospettato l'emanazione di ulteriori decisioni ordinatorie processuali in forma separata.

D.

Con scritto del 29 luglio 2019 l'avv. Romina Biaggi-Albrici ha comunicato di aver assunto il patrocinio di USTRA ed allegato la relativa procura.

E.

Entro il termine stabilito con ordinanza del 22 agosto 2019 mediante la quale è stato ordinato lo scambio di scritti, l'autorità aggiudicatrice ha inoltrato la presa di posizione dell'11 settembre 2019 e prodotto, con invio separato dello stesso giorno, la documentazione relativa alla procedura di aggiudicazione comprensiva di una lettera accompagnatoria, determinandosi sul diritto di esaminare gli atti della ricorrente. In sintesi, l'autorità aggiudicatrice conclude al rigetto integrale del ricorso e comunica che in data 10 settembre 2019 ha sottoscritto il contratto con l'aggiudicataria, non avendo la ricorrente chiesto la concessione dell'effetto sospensivo e considerato che il Tribunale adito non ha fatto divieto al committente di procedere mediante misure esecutive.

In sintesi, l'autorità aggiudicatrice riconosce di aver legittimamente escluso la ricorrente dalla gara in ossequio dei principi della parità di trattamento, della trasparenza e dell'intangibilità delle offerte e di non aver abusato del proprio potere di apprezzamento.

In primo luogo, l'autorità aggiudicatrice è del parere che il mancato inserimento dell'esecuzione di prove su calcestruzzo nella descrizione della referenza dell'azienda non può essere considerato una svista poiché, come del resto ammesso dalla ricorrente, al momento dell'inoltro dell'offerta il contratto relativo alla referenza presentata non era ancora giunto al termine, per cui la prova richiesta non era né avvenuta, né terminata. Già per questo motivo, l'autorità aggiudicatrice conclude al mancato adempimento del criterio di idoneità CI-1. In aggiunta a ciò, il

committente evidenza di aver appurato mediante le usuali verifiche delle referenze presentate che nell'ambito del progetto di referenza indicato dalla ricorrente non sono mai state eseguite prove su calcestruzzo, nonostante l'elenco prezzi ne contenesse alcune per complessivi fr. (...) su un totale di fr. (...) Tali prove sarebbero state inserite nell'elenco prezzi nell'eventualità in cui esse si fossero rese necessarie, ciò che non si è però avverato. Da tale circostanza l'autorità aggiudicatrice deriva che l'asserzione della ricorrente secondo cui USTRA non avrebbe messo in atto delle verifiche interne deve cadere nel vuoto.

In secondo luogo, l'autorità aggiudicatrice ritiene che l'offerta andava esclusa già solo per l'esistenza di una "*clausola killer*" accettata dalla ricorrente e secondo cui le prove attestanti l'idoneità andavano inoltrate con la documentazione di offerta, altrimenti l'offerta non avrebbe potuto essere considerata. Oltre a ciò, l'autorità aggiudicatrice specifica che nel valutare la referenza dell'azienda non poteva prendere in considerazione mandati eseguiti per essa, ma non menzionati nell'apposita sezione legata alla referenza dell'azienda. A suo avviso, un simile modo di agire avrebbe violato il principio della parità di trattamento. Per lo stesso motivo, il committente rimarca che non poteva fare a capo all'esperienza delle persone chiave per sanare alla carenza della referenza dell'azienda, tanto più che la lista delle referenze delle persone chiave non permetteva di verificare l'adempimento delle condizioni del bando di concorso, non contenendo la descrizione generale specifica del progetto e delle attività svolte, nonché la conferma della veridicità delle referenze. Trattandosi a mente dell'autorità aggiudicatrice di una lacuna essenziale ed insanabile dell'offerta, un'eventuale sanatoria avrebbe violato il principio dell'intangibilità delle offerte poiché vi sarebbe stata un'inammissibile modifica dell'offerta a vantaggio della ricorrente.

F.

Con ordinanza del 18 settembre 2019 lo scrivente Tribunale ha trasmesso alla ricorrente un esemplare della presa di posizione e dello scritto accompagnatorio dell'11 settembre 2019 del committente. Nel contempo è stata data facoltà alla ricorrente, tenuto conto dell'avvenuta conclusione del contratto con l'aggiudicataria, di determinarsi sul mantenimento del ricorso o su un eventuale ritiro dello stesso e nel primo caso di formulare le conclusioni corrispondenti.

G.

Con scritto del 1° ottobre 2019 la ricorrente mantiene il ricorso e formula la richiesta di accertamento dell'illiceità della decisione impugnata.

H.

Con ordinanza del 10 ottobre 2019 sono stati assegnati alla ricorrente i rispettivi termini per indicare al Tribunale gli atti di gara che desidera consultare e per l'inoltro della replica.

I.

In seguito all'ordinanza del 3 dicembre 2019 con cui è stata trasmessa alla ricorrente la lettera del committente del 29 novembre 2019, la ricorrente conferma con scritto del 5 dicembre 2019 che a suo avviso non sussiste alcuna esigenza per procedere ad una consultazione degli atti e all'inoltro della replica, scusandosi di non averlo comunicato tempestivamente.

J.

Entro il termine impartito con ordinanza del 22 agosto 2019 l'aggiudicataria non ha comunicato di volersi costituire come parte nel presente procedimento.

K.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti nella documentazione scritta verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della vertenza.

Diritto:**1.**

Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere di cognizione sull'ammissibilità dei ricorsi che gli vengono sottoposti (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

1.1

1.1.1 Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 [LAPub, RS 172.056.1]).

1.1.2 La ricorrente è insorta contro la decisione di esclusione della sua offerta dalla gara e contro la decisione di aggiudicazione, facendo un riferimento esplicito allo scritto del committente del 5 luglio 2019. Mediante

quest'ultimo venivano comunicate alla ricorrente la sua esclusione dalla gara per mancato adempimento del criterio di idoneità CI-1, nonché l'avvenuta delibera in favore dell'aggiudicataria. Per il resto, in particolare per quanto riguarda le vie e i termini di ricorso, il committente ha rinviato alla pubblicazione sul SIMAP del 5 luglio 2019. Per prassi, un simile scritto non configura una decisione ai sensi dell'art. 5 PA, bensì una lettera di informazione (cfr. sentenza del TAF B-5941/2019 del 19 febbraio 2020 consid. 1.3; v. anche PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3a ed., 2013, n. 1271). Pertanto, l'oggetto litigioso nel procedimento in questione riguarda la decisione di aggiudicazione pubblicata nel SIMAP del 5 luglio 2019 nella quale è compresa implicitamente anche l'esclusione dell'offerta della ricorrente.

1.2 La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT, [RS 0.632.231.422]; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). La LAPub è applicabile soltanto se il committente è soggetto a questa legge (art. 2 cpv. 1 LAPub), se il tipo di commessa rientra nelle definizioni di cui all'art. 5 LAPub, il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia fissati dall'art. 6 cpv. 1 LAPub e se all'applicazione di tale legge non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub. Come dimostrato di seguito, tali premesse sono adempiute nel caso di specie.

1.2.1 L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetto alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub).

1.2.2 Il presente acquisto, denominato "N2 EP09 Biaschina, Lotto 106, laboratorio del committente" (punto 2.2 del bando di concorso), è definito ai sensi di una commessa di servizi (Intestazione del modulo del bando di concorso). Per tale nozione si intende il contratto tra il committente e un offerente riguardo la fornitura di prestazioni di servizi conformemente all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT (art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.3). La lista delle prestazioni di servizi menzionati all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT è stata ripresa nell'allegato 1a dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1994 (OAPub, RS 172.056.11; cfr. art. 3 cpv. 2 OAPub). Detta lista si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti ("Central Product Classification", CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991), la quale è determinante per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizi assoggettata (cfr. DTAF 2011/17 consid. 5.2.2).

Al punto 2.5 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alla categoria 45233110 "Lavori di costruzione di autostrade" secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV), mentre al punto 1.5 del bando di concorso è esplicitamente indicato che la presente commessa è conforme all'accordo GATT/OMC, e/o rispettivamente agli accordi internazionali. La commessa in narrativa è pertanto suscettibile di rientrare nella categoria delle commesse di servizi di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 2 OAPub e l'Allegato 1a OAPub con l'allegato 1 dell'Accordo GATT.

1.2.3 Considerato l'importo dell'offerta aggiudicataria, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. b dell'ordinanza del 22 novembre 2017 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFER] sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2018 e 2019, RU 2017 7267).

1.2.4 Non sussistendo inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub, la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub.

1.3 La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA) fintanto che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

1.3.1

1.3.1.1 La LAPub non contiene una disposizione specifica relativa al diritto a ricorrere in materia di acquisti pubblici, per cui la questione deve essere giudicata in base alla legge federale sulla procedura amministrativa (art. 26 LAPub; art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2).

1.3.1.2 Conformemente alla giurisprudenza più recente del Tribunale federale, la circostanza che qualcuno abbia partecipato alla gara pubblica e la sua offerta non sia stata considerata per l'aggiudicazione non basta per ammettere il suo diritto a ricorrere contro quest'ultima. L'offerente soccombente ha un interesse degno di protezione ad adire il Tribunale

amministrativo federale unicamente se fruisce di una reale possibilità di vedersi aggiudicare la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.).

1.3.1.3 La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure dell'insorgente. La fondatezza delle censure ricorsuali può sia fare oggetto della valutazione materiale della fattispecie, sia essere verificata, a titolo preliminare, nell'ambito dell'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso (cfr. BGE 141 II 14 consid. 5.1; 137 II 313 consid. 3.3.3). Secondo la teoria della doppia rilevanza delle fattispecie è sufficiente che nella fase d'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso il ricorrente renda verosimile ("*rende vraisemblable*", cfr. sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3) che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte e che la delibera non venga assegnata ad un concorrente meglio classificato (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1).

1.3.1.4 La ricorrente, assistita da un avvocato, non ha inoltrato in via preliminare una domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso. Siccome nel frattempo è intervenuta la conclusione del contratto con l'aggiudicataria per le opere messe in concorso, le conclusioni della ricorrente vertenti sull'annullamento dell'aggiudicazione e sul rinvio dell'incanto all'autorità aggiudicatrice affinché provveda ad effettuare una seconda procedura di aggiudicazione si rivelano prive d'oggetto (cfr. sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010 consid. 1.4.1), venendo a mancare l'interesse attuale e pratico che potrebbe giustificare l'esame nel merito di tali conclusioni. Tuttavia, se il ricorso si rivela giustificato e il contratto con l'offerente è già stato concluso, il Tribunale amministrativo federale accerta unicamente in quale misura la decisione impugnata viola il diritto federale (art. 32 cpv. 2 LAPub). L'accertamento dell'illiceità della delibera permette all'insorgente di richiedere il risarcimento di eventuali danni (art. 34 cpv. 1 e 2, nonché art. 35 LAPub).

1.3.1.5 Mediante scritto del 1° ottobre 2019 la ricorrente ha formulato la richiesta di accertamento dell'illiceità della decisione impugnata.

Nel quadro dell'esame delle condizioni per entrare nel merito di una richiesta di accertamento dell'illiceità valgono le stesse condizioni per entrare nel merito di un ricorso con cui si chiede l'annullamento della decisione di aggiudicazione, in particolare devono essere adempiuti i requisiti posti alla stretta relazione con l'oggetto di lite ed al sufficiente

interesse degno di protezione (cfr. per tutto sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010, consid. 1.4.2; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, N. 590). Altrimenti detto, per la protezione giuridica di primo grado e quella di secondo grado valgono gli stessi presupposti per la legittimazione a ricorrere (DTF 141 II 14 consid. 4.6). Anche per la protezione giuridica di secondo grado deve valere il requisito relativo all'effettiva possibilità di ottenere la commessa o una nuova gara d'appalto (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4.6).

1.3.1.6 Nel caso che ci occupa, la ricorrente ritiene di essere stata esclusa a torto dalla gara in quanto la referenza indicata, ossia il progetto "«...» – Laboratorio committente", contemplava le prove su calcestruzzo richieste dal committente, dimodoché il criterio di idoneità dell'azienda CI-1 risulterebbe adempiuto. Entro il termine per presentare le offerte al committente sono pervenute tre offerte, tra cui quella della ricorrente, l'unica delle tre ad essere esclusa. Se l'opinione della ricorrente riguardo alla questione della propria idoneità avesse prevalso, allora la ricorrente avrebbe verosimilmente avuto delle effettive possibilità di vedersi aggiudicare la commessa, avendo proposto il prezzo più basso o come minimo avrebbe ottenuto il rinvio della causa e l'indizione di una nuova gara d'appalto. Malgrado il contratto tra il committente e l'aggiudicataria sia stato nel frattempo concluso, se lo scrivente Tribunale dovesse seguire l'argomentazione della ricorrente arriverebbe infine ad accertare l'illiceità della decisione di aggiudicazione. Ne segue che la ricorrente è legittimata ad insorgere contro quest'ultima.

1.4 Giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub il committente notifica le decisioni di cui all'art. 29 LAPub in conformità all'art. 24 cpv. 1 LAPub o mediante recapito. Secondo l'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La decisione d'aggiudicazione è stata pubblicata sul SIMAP del 5 luglio 2019 e la comunicazione separata ai partecipanti alla gara è avvenuta mediante scritto dello stesso giorno. Per l'inizio del termine di impugnazione della delibera fa stato la data di pubblicazione sul SIMAP. Il termine per presentare ricorso ha quindi iniziato a decorrere il 6 luglio 2019 ed è venuto a scadenza il 26 agosto 2019 (art. 22a lett. b PA). Pertanto il presente gravame, inviato per posta in data 25 luglio 2019, risulta tempestivo.

1.5 I requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito

(art. 63 cpv. 4 PA) e i rispettivi patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

1.6 Ritenuto quanto precede, il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sulla presente vertenza e i presupposti per entrare nel merito del ricorso sono adempiuti.

2.

La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla PA fintanto che la LAPub e la legge federale sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 26 cpv. 1 e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

3.

3.1

3.1.1 L'offerta della ricorrente è stata esclusa dalla gara per non aver superato il criterio di idoneità CI-1 "Esperienza/Referenza dell'offerente", in quanto, a mente del committente, la referenza presentata non avrebbe previsto alcuna prova su calcestruzzi, non adempiendo così le prescrizioni di gara.

3.1.2 La ricorrente ritiene invece di aver adempiuto il criterio di idoneità menzionato. A dimostrazione di quanto da lei asserito, la ricorrente rinvia all'offerta relativa alla referenza inoltrata, in particolar modo all'elenco prezzi, da cui risulta, secondo lei, che erano previste prestazioni concernenti le prove per manufatti in calcestruzzo. Il fatto che l'esecuzione di prove su calcestruzzo non sia stata inserita nel formulario dell'offerta, continua la ricorrente, è da ricondurre ad una banale svista dell'ingegnere che si è occupato di allestire l'offerta e deve poter essere sanato in quanto l'errore risulta facilmente identificabile dall'elenco prezzi. A tale proposito, l'autorità aggiudicatrice avrebbe potuto effettuare una verifica interna consultando l'ing. Z. _____, capoprogetto di USTRA per i lavori relativi al presente progetto, nonché al progetto relativo all'oggetto di referenza. La ricorrente ammette che al momento dell'inoltro dell'offerta le prove previste per l'oggetto di referenza non erano ancora state eseguite perché il contratto non era ancora giunto a termine. Tuttavia, il committente non avrebbe sollevato tale formalità dal momento che nei motivi di esclusione non era stato inserito il requisito che le prove dovevano essere concluse

all'atto di inoltro dell'offerta. La ricorrente precisa che tale elemento non le è apparso determinante in considerazione delle numerosissime referenze legate alla persona chiave e al suo sostituto indicanti lavori conclusi per prove su calcestruzzo. A mente della ricorrente la sua idoneità in materia di prove su calcestruzzi avrebbe dovuto essere nota all'autorità aggiudicatrice avendo già lavorato in passato con la ricorrente per mandati simili a quelli oggetto del presente progetto. La ricorrente spiega altresì che le persone chiave da lei indicate disporrebbero di numerose referenze relative a progetti paragonabili al compito previsto nel presente appalto, dimodoché avrebbe dovuto essere ritenuta idonea. Infine, la ricorrente rammenta che le prove in laboratorio ed in situ su pavimentazioni in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo rappresentano del resto una delle sue attività principali. Per tutti questi motivi la ricorrente deduce che l'esclusione sia contraria ai principi della proporzionalità e del formalismo eccessivo.

4.

4.1 Nell'ambito di una procedura in materia di acquisti pubblici deve essere esaminata l'idoneità di ogni singolo concorrente riguardo all'esecuzione della commessa. L'idoneità è data se è garantito che l'offerente interessato può adempiere il mandato in termini finanziari, economici e tecnici (cfr. art. 9 cpv. 1 LAPub; decisioni incidentali del TAF B-7479/2016 dell'8 maggio 2017 consid. 10.2 e B-4902/2013 del 29 ottobre 2013 consid. 5.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 347 segg.). L'idoneità mancante come pure il mancato adempimento dei criteri di idoneità porta all'esclusione dalla procedura giusta l'art. 11 lett. a LAPub. I criteri e le prove d'idoneità sono resi noti nel bando o nella relativa documentazione (art. 9 cpv. 2 LAPub). Giusta l'art. 9 cpv. 1 seconda frase LAPub il committente può esigere dall'offerente determinate prove per dimostrare la propria idoneità. Tale disposto è concretizzato dall'art. 9 OAPub, giusta cui, per l'esame dell'idoneità degli offerenti, il committente può richiedere ed esaminare segnatamente diversi documenti. Conformemente alla cifra 8 dell'Allegato 3 all'OAPub – detto Allegato contiene un elenco dei possibili mezzi di prova dell'idoneità – sono espressamente previste referenze presso cui il committente può accertare l'esecuzione regolare di queste prestazioni e segnatamente procurarsi le seguenti informazioni: valore della prestazione, data e luogo della prestazione, parere (dell'allora committente) sull'esecuzione regolare e sulla conformità della prestazione alle regole riconosciute della tecnica.

4.2 I criteri di idoneità devono essere distinti dai criteri di aggiudicazione. Con i criteri di idoneità viene prodotta la prova della capacità di adempimento del mandato sotto l'aspetto finanziario, economico e tecnico. Essi si riferiscono all'impresa offerente e alle sue qualità, mentre i criteri di aggiudicazione concretizzano la nozione dell'offerta più favorevole dal profilo economico. I criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione hanno quindi due funzioni differenti: il mancato adempimento dei criteri di idoneità ha come conseguenza l'esclusione dalla gara e un criterio di idoneità non adempiuto non può essere compensato in ragione di una migliore soddisfazione dei rimanenti criteri di idoneità. D'altra parte i criteri di aggiudicazione servono a valutare le offerte ammesse e in tale ambito una valutazione peggiore di un criterio di aggiudicazione può essere compensata con una valutazione migliore di un altro o altri criteri di aggiudicazione (cfr. DTF 139 II 489 consid. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 580). In summo, dalla differenza funzionale tra i criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione risulta chiaro che nell'ambito dell'esame dell'idoneità non vi è di principio spazio per una valutazione peggiore o migliore; il risultato dell'esame dell'idoneità ha solo due alternative: o l'ammissione dell'offerta all'esame dei criteri di aggiudicazione o l'esclusione dalla gara.

4.3 Non solo per quanto attiene alla scelta dei criteri di idoneità e delle prove attestanti l'adempimento di tali criteri, ma anche riguardo alla valutazione dei criteri di idoneità, l'autorità aggiudicatrice fruisce di un ampio margine di apprezzamento. Siccome in un ricorso in materia di acquisti pubblici non può essere sollevato il motivo dell'inadeguatezza (cfr. art. 31 LAPub), il Tribunale amministrativo interviene unicamente nella misura in cui sono dati gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso o dell'eccesso nell'esercizio di siffatto potere discrezionale (cfr. decisione incidentale del TAF B-6997/2018 del 30 aprile 2019 consid. 4.1.2 con ulteriori riferimenti, sentenza del TAF B-2576/2017 del 15 dicembre 2017 consid. 4.3).

4.4 Notoriamente, soltanto offerte conformi alle prescrizioni di gara entrano in considerazione per l'aggiudicazione. Le prescrizioni di gara costituiscono in effetti la legge stessa del concorso e vincolano tanto i concorrenti, quanto il committente, che deve rispettarle per non incorrere in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento e del principio della trasparenza. Conformemente all'art. 19 cpv. 1 LAPub gli offerenti devono presentare le loro domande di partecipazione e la loro offerta per scritto, in modo completo e tempestivo. Alla base di questa regola vi è l'idea che l'autorità aggiudicatrice deve poter procedere direttamente

all'aggiudicazione della commessa in virtù delle offerte inoltrate (cfr. sentenza del TF 2C_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 4.1; DTAF 2007/13 consid. 3.1; sentenza del TAF B-8115/2015 del 6 ottobre 2016 consid. 3.8.1). Ne segue che sia l'idoneità dei concorrenti sia la bontà dell'offerta sono da esaminare in principio sulla scorta delle indicazioni e delle prove inoltrate entro il termine per l'inoltro delle offerte (cfr. decisioni incidentali del TAF B-6997/2018 del 30 aprile 2019 consid. 5.1.2 con ulteriori riferimenti, B-7479/2016 dell'8 maggio 2017 consid. 8.2; sentenza del TAF B-8115/2015 del 6 ottobre 2016 consid. 3.8.1).

Per esaminare se un'offerta incompleta o che non risponde alle esigenze del capitolato debba essere esclusa, la prassi dello scrivente Tribunale opera una distinzione in tre categorie di offerte. Nella prima categoria rientrano quelle offerte che l'autorità aggiudicatrice è tenuta ad escludere imperativamente, pena una violazione del principio della trasparenza e della parità di trattamento. In quest'evenienza deve trattarsi di un errore di una certa importanza e l'incompletezza deve riferirsi a punti essenziali dell'offerta (DTAF 2007/13 consid. 3.3). Una seconda categoria di offerte è contraddistinta dalla caratteristica secondo la quale l'autorità aggiudicatrice fruisce di un certo potere di apprezzamento per valutare se vuole portare simili offerte al livello di conformità del bando facendo capo a una richiesta di informazioni presso l'offerente (DTAF 2007/13 consid. 6.2). Nella terza ed ultima categoria ricadono le offerte che presentano difformità così irrilevanti e di lieve entità che vanno tollerate nella misura in cui il committente deve impegnarsi affinché l'offerente possa rimediare a tali mancanze (cfr. il riassunto della prassi esposto nella decisione incidentale del TAF B-3374/2019 del 12 novembre 2019 consid. 5.5.3 con ulteriori riferimenti).

5.

5.1 Il bando di concorso enunciava al punto 3.7 i criteri di idoneità in base ai seguenti criteri:

"Tutte le aziende economicamente e tecnicamente in grado di assumere la commessa e che portano le seguenti prove attestanti la loro idoneità sono invitate a presentare un'offerta in franchi svizzeri.

CI1: ESPERIENZA/REFERENZA DELL'OFFERENTE

CI2: PERSONA CHIAVE, REFERENZA

CI3: IDONEITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA

CI4: GARANZIA DELLA QUALITÀ

CI5: ATTESTAZIONE DELLA DISPONIBILITÀ

Per quanto attiene al C11 ESPERIENZA / REFERENZA DELL'OFFERENTE il bando di concorso richiedeva al punto 3.8 la produzione dei seguenti giustificativi:

"1 referenza paragonabile.

Nella valutazione dell'idoneità, una referenza è considerata paragonabile se adempie almeno le seguenti condizioni:

- a) prove di laboratorio concernenti i seguenti tipi di infrastruttura: autostrada, strada cantonale, strada a forte traffico o ferrovia;
- b) prove di laboratorio concernenti i seguenti tipi di opera: pavimentazione in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo;
- c) prove di laboratorio concernenti una costruzione nuova e/o risanamento;
- d) le prove devono essere concluse all'atto di inoltro dell'offerta;
- e) importo minimo del mandato 0.2 Mio CHF (IVA esclusa);
- f) il requisito può essere raggiunto anche presentando due oggetti di referenza, uno per le prove inerenti opere in pavimentazione bituminosa (almeno 0.1 Mio CHF), uno per le prove inerenti a manufatti in calcestruzzo (almeno 0.1 Mio CHF).

In caso di consorzio la referenza può provenire anche da un singolo consorziato. La referenza presentata da una ditta o singolo consorziato facente parte di un precedente consorzio è valida unicamente se la stessa (ditta o singolo consorziato) ha effettivamente eseguito le opere richieste nel bando (C11)."

Per la referenza dell'offerente valida per il criterio di idoneità C11 la documentazione di appalto aveva previsto un apposito formulario da compilare ed inoltrare con l'offerta. Ogni concorrente doveva indicare le informazioni seguenti: - nome dell'impresa, - denominazione del progetto, - descrizione generale del progetto, - descrizione specifica del progetto che dimostra i criteri richiesti, attività svolta dall'impresa, importo dei lavori

eseguiti dall'impresa (CHF, IVA esclusa), - data inizio esecuzione / data fine esecuzione, - committente, - persona di contatto (del committente o del progettista).

Infine, al punto 3.8 del bando di concorso si legge che i giustificativi, rispettivamente le prove attestanti l'idoneità vanno inoltrati con la documentazione relativa all'offerta e che in caso contrario l'offerta non potrà essere considerata.

5.2

5.2.1 La ricorrente ha presentato con l'offerta la referenza dell'offerente (pag. 74 dell'offerta, doc. D allegato al ricorso), compilando il formulario, per quanto sia d'interesse nel caso concreto, nel modo seguente:

Denominazione del progetto	«...» – Laboratorio Committente
Descrizione generale del progetto	Risanamento pavimentazione lungo l'asse autostradale (...), dal km (...) al km (...).
Descrizione specifica del progetto che dimostra i criteri richiesti	L'incarico ottenuto prevedeva l'esecuzione delle prove per conto del Committente. Il progetto concerne infrastruttura di tipo autostrada, concernente risanamento. Le prove richieste dal progetto concernevano il rifacimento dello strato d'usura in pavimentazione in miscela bituminosa con SAMI. L'importo complessivo contrattuale per le prestazioni è stato Fr. (...) IVA esclusa.
Attività svolta dall'impresa	La X. _____ ha eseguito la totalità delle prove richieste dalla valutazione e approvazione delle prove iniziali su miscele bituminose, controllo continuo e valutazione dei risultati come pure tutti i controlli della messa in opera atti all'accettazione dell'opera da parte del Committente. Le prove sono concluse.
Importo dei lavori eseguiti dall'impresa (CHF, IVA esclusa)	CHF (...) IVA esclusa (> 0.2 Mio)
Data inizio esecuzione - Data fine esecuzione	2016-2018

Committente	Ufficio federale delle strade USTRA
Persona di contatto (del committente o del progettista)	Cognome e nome: Z. _____ Funzione nel progetto: Capoprogetto Tel. / e-mail: (...)@astra.admin.ch

5.2.2 Con scritto separato del 5 luglio 2019 il committente ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dell'offerta dalla procedura di aggiudicazione con la seguente motivazione che del resto corrisponde alle indicazioni nel rapporto di valutazione:

"Non soddisfa il criterio di idoneità CI.1 b)

La documentazione presentata non adempie i criteri fissati nel bando:

- CI. 1b) Esperienza / Referenza dell'offerente;
Prove di laboratorio concernente i seguenti tipi di opera:
pavimentazione in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo;

Il criterio di idoneità CI1 non risulta soddisfatto in quanto nella referenza presentata non è stata eseguita alcuna prova su calcestruzzi e non è stata presentata una specifica referenza come indicato nel CI1 f). Vedi verifica interna allegato F."

5.2.3 Tenuto conto degli inserimenti nell'apposito formulario dell'offerta occorre rilevare che la ricorrente non ha indicato in alcun punto dello stesso che il progetto di referenza contemplasse l'esecuzione di prove su calcestruzzo, malgrado un simile requisito fosse richiesto esplicitamente dal bando di concorso, pena la mancata considerazione dell'offerta se la prova non fosse stata portata contestualmente all'inoltro dell'offerta. Invano la ricorrente afferma che l'ingegnere incaricato dell'allestimento dell'offerta sia incorso in una svista del tutto sanabile, in quanto le prestazioni per interventi riguardo le prove per manufatti in calcestruzzo sarebbero evincibili dall'elenco dei prezzi dell'offerta relativa al progetto di referenza, ciò che l'autorità aggiudicatrice avrebbe potuto apprendere dal proprio capoprogetto incaricato dei lavori sia per il presente sia per il progetto di referenza dell'impresa, se avesse effettuato una verifica interna. Sta di fatto che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, l'autorità aggiudicatrice, malgrado non fosse tenuta a farlo, ha interpellato mediante posta elettronica l'ingegnere che ha funto da capoprogetto nell'oggetto di

referenza dell'impresa indicato dalla ricorrente, proprio per raggugiarsi se e in che misura nell'ambito di tale progetto fossero state eseguite prove su calcestruzzo. In effetti, nell'allegato F al rapporto di valutazione, intitolato "Conferma criteri di idoneità" è contenuta la corrispondenza e-mail, comprensiva di un allegato, intrattenuta tra il committente e la persona di contatto del Capoprogetto della referenza indicata dalla ricorrente. Per quanto riguarda il contenuto delle asserzioni di questa persona, esse corrispondono alle dichiarazioni del committente nella presa di posizione, nel senso che confermano che la ricorrente non ha eseguito alcune prove su calcestruzzo nell'ambito del progetto di referenza. Dall'allegato F e dalle allegazioni del committente risulta inoltre che malgrado il capitolato, nell'evenienza di una necessità, avesse previsto prove su calcestruzzo per un importo di fr. (...) su un totale di fr. (...) una simile costellazione non si sarebbe avverata. Pertanto l'offerta della ricorrente risulta non essere conforme alle prescrizioni di gara perché il requisito dell'esecuzione di prove su calcestruzzo (CI-1b) non ha avuto luogo. Anche nell'ipotesi che le prove su calcestruzzo si fossero rese necessarie, nulla avrebbe mutato all'estromissione dell'offerta della ricorrente dalla gara in quanto, come lei stessa ha ammesso, al momento dell'inoltro dell'offerta le prove non erano ancora state concluse, cosicché veniva a mancare la condizione corrispondente prevista dal bando (CI1 d).

5.2.4 Come già accennato, le prove di laboratorio concernenti la pavimentazione in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo, nonché la conclusione delle prove all'atto di inoltro dell'offerta figurano tra le condizioni minime dettate dal bando di concorso per considerare la referenza dell'offerente paragonabile (punto 3.8). In caso di mancato adempimento di una di queste condizioni il bando di concorso indicava espressamente che l'offerta non poteva essere considerata (punto 3.8). In base alle disposizioni contenute nel bando di concorso è ravvisabile che l'autorità aggiudicatrice ha attribuito un'importanza determinante alle condizioni relative alla comparabilità del progetto di referenza e all'inoltro delle prove contestualmente con l'offerta, esigendo dunque dai concorrenti un'attenzione e diligenza particolari nella scelta delle referenze più idonee e nel momento per presentarle (con l'atto di offerta). Spettava quindi agli offerenti presentare un'offerta ineccepibile dal punto di vista della prova attestante l'esecuzione avvenuta di prove su calcestruzzo. Di conseguenza, l'inosservanza di una delle condizioni minime per ritenere la referenza paragonabile configura una violazione essenziale e non trascurabile delle prescrizioni di gara. Questa impostazione nelle prescrizioni del bando di concorso era vincolante e non può essere rimessa

in discussione, tanto più che i concorrenti l'hanno accettata senza riserve omettendo di impugnare il bando di concorso.

A fronte delle mancanze riscontrate nell'offerta della ricorrente riguardo alla referenza dell'impresa e tenuto conto del fatto che anche il committente è vincolato dal bando di concorso, l'applicazione rigorosa dell'esclusione, comminata dal bando di concorso in caso di mancato inoltro delle prove attestanti l'idoneità con la documentazione d'offerta, non costituisce un formalismo eccessivo e deve essere tutelata. È quindi a torto che la ricorrente sostiene che l'autorità aggiudicatrice nel valutare l'idoneità dell'offerente e al fine di sanare il difetto avrebbe potuto prendere in considerazione mandati eseguiti per USTRA non menzionati nell'apposito formulario oppure far a capo alla lista delle referenze delle persone chiave allegata all'offerta oppure ritenere che le prove in laboratorio ed in situ di pavimentazioni in miscela bituminosa e manufatti in calcestruzzo rappresentano una delle attività principali della ricorrente. Decidere altrimenti significherebbe disattendere i principi di trasparenza e di parità di trattamento e dell'intangibilità delle offerte. Da notare in effetti che la referenza dell'offerente doveva essere valutata sulla base delle annotazioni dell'offerente nell'apposito formulario d'offerta, non sulla base delle conoscenze del committente riferite a mandati paragonabili dell'offerente e che la lista delle referenze delle persone chiave non era impostata secondo le prescrizioni di gara, venendo a mancare la chiara suddivisione nelle rispettive voci contenute nel formulario d'offerta (cfr. supra consid. 5.2.1).

5.2.5 Riassumendo, sulla scorta delle considerazioni che precedono, l'autorità aggiudicatrice ha escluso legittimamente l'offerta della ricorrente dalla gara senza quindi incorrere in una violazione del diritto o in un esercizio eccessivo ed abusivo del proprio potere di apprezzamento. Per questo motivo la decisione impugnata non può essere considerata illecita ed il ricorso, rivelandosi infondato, va respinto.

6.

La presente sentenza ha potuto essere presa sulla base dell'atto di ricorso e della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice e dei relativi allegati. Malgrado la ricorrente abbia mantenuto il ricorso e formulato la richiesta di accertamento dell'illiceità dell'aggiudicazione dopo che le era stata comunicata l'avvenuta conclusione del contratto con l'aggiudicataria e malgrado lo scrivente Tribunale le abbia dato l'opportunità, la ricorrente ha confermato con scritto del 5 dicembre 2019 che a suo modo di vedere non sussiste alcuna esigenza di procedere alla consultazione degli atti e

neppure di procedere all'inoltro della replica. Per quanto sia di rilevanza nell'accertamento della fattispecie, il Tribunale ha avuto modo di appurare che le asserzioni dell'autorità aggiudicatrice in riguardo all'attuazione ed all'esito di una verifica interna per la referenza dell'offerente corrispondono con il contenuto dell'allegato F al rapporto di valutazione, cosicché una consultazione del documento menzionato non risulta più necessaria.

7.

Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborso (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]). 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. 63 cpv. 4^{bis} PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata a seconda del valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, tenuto conto che la ricorrente è da reputare quale parte totalmente soccombente e che la presente sentenza ha potuto essere emanata senza previamente rilasciare una decisione incidentale sull'effetto sospensivo in mancanza della richiesta corrispondente, è giustificato fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 3'500.—. Tale importo è computato con l'anticipo spese versato dello stesso importo dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

Quanto alle spese ripetibili, alla ricorrente, assistita da un avvocato, non si assegnano indennità in conformità al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA a contrario). L'USTRA, in qualità di autorità federale, non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 TS-TAF). Stessa conclusione per l'aggiudicataria che non si è formalmente costituita come parte entro il termine impartito con ordinanza del 22 agosto 2019.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto.

2.

Le spese processuali di fr. 3'500.–, sono poste a carico della ricorrente e computate con l'anticipo spese di pari importo ad avvenuta crescita in giudicato della presente sentenza.

3.

Non si assegnano ripetibili.

4.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. SIMAP ID del progetto 182138; atto giudiziario);
- aggiudicataria (per estratto; raccomandata).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 LTF). Il termine è reputato osservato se gli atti scritti sono consegnati al Tribunale federale oppure, all'indirizzo di questo, alla posta svizzera o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera al più tardi l'ultimo giorno del termine (art. 48 cpv. 1 LTF). Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 14 aprile 2020