



---

Corte II  
B-5501/2019

## **Sentenza del 26 febbraio 2020**

---

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),  
Eva Schneeberger, Pascal Richard,  
cancelliere Corrado Bergomi.

---

Parti

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
patrocinata dall'avv. Stefano Camponovo,  
ricorrente,

contro

**Ufficio federale delle costruzioni e della logistica UFCL,**  
Centro di competenza per gli acquisti pubblici della  
Confederazione CCAP e servizio giuridico UFCL,  
autorità aggiudicatrice.

---

Oggetto

Acquisti pubblici; decisione di aggiudicazione  
del 7 ottobre 2019 concernente il progetto "(b704-6) UFSP0,  
4a tappa dell'ampliamento del Centro Sportivo Tenero (CST)  
con la costruzione di una palestra, il completamento del  
campeggio e l'ampliamento del parcheggio. CCC 221.4"  
(pubblicazione SIMAP n. 1099153, ID del progetto 188794).

**Fatti:****A.**

**A.a** In data 7 giugno 2019 l'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica UFCL (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 edile in relazione al progetto "(b704-6) *UFSP0, 4a tappa dell'ampliamento del Centro Sportivo Tenero (CST) con la costruzione di una palestra, il completamento del campeggio e l'ampliamento del parcheggio. CCC 221.4*" (n. della pubblicazione 1080607, ID del progetto 188794).

**A.b** In data 9 luglio 2019 il bando di concorso è stato rettificato nel senso che il criterio di idoneità Cdl-1.3 è stato dichiarato come non più applicabile (pubblicazione SIMAP n. 1086323, punto 4.1).

**A.c** Entro il termine di chiusura per la presentazione delle offerte (30 agosto 2019 secondo il punto 4.2 del bando rettificato) sono pervenute al committente 6 offerte, tra cui quella della ricorrente e della Y. \_\_\_\_\_ SA, (di seguito: aggiudicataria).

**A.d** Mediante la decisione di aggiudicazione del 2 ottobre 2019, pubblicata il 7 ottobre 2019 sul SIMAP (n. della pubblicazione 1099153), l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa in oggetto all'aggiudicataria per un importo di fr. 1'385'764.35 (IVA esclusa; punto 3.2 della decisione sull'aggiudicazione). Il motivo della delibera è riconducibile ad un "*Migliore adempimento dei criteri di aggiudicazione conformemente alla documentazione del bando*" (cfr. punto 3.3 della decisione di aggiudicazione).

**A.e** Con e-mail del 7 ottobre 2019 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente la mancata presa in considerazione della sua offerta nella procedura di aggiudicazione e nel contempo l'avvenuta assegnazione della delibera in favore dell'aggiudicataria, compreso il valore della commessa, rinviando alla relativa pubblicazione dell'aggiudicazione sul SIMAP e pregando la ricorrente di rivolgersi direttamente all'indirizzo e-mail del committente per informazioni al riguardo.

**A.f** Con e-mail del 7 ottobre 2019 la ricorrente ha chiesto all'autorità aggiudicatrice di produrre le calcolazioni e i punteggi effettuati per il

concorso in oggetto, nonché di indicare i motivi alla base della mancata considerazione per la propria offerta.

**A.g** Con e-mail dell'8 ottobre 2019 l'autorità aggiudicatrice ha risposto alle richieste della ricorrente.

**B.**

Avverso la decisione di aggiudicazione del 7 ottobre 2019 la ricorrente è insorta con ricorso del 21 ottobre 2019, pervenuto il giorno seguente allo scrivente Tribunale. In via superprovvisoria e provvisoria, ella chiede l'accoglimento della richiesta di concessione dell'effetto sospensivo nonché, in via principale, l'accoglimento del gravame, l'aggiudicazione della commessa in suo favore e, in via subordinata, il rinvio degli atti al committente per nuova decisione ai sensi dei considerandi. In ogni caso sono protestate tasse, spese e ripetibili.

Sotto l'aspetto formale, la ricorrente lamenta, in primo luogo, un'insufficienza delle informazioni ricevute dal committente e rimprovera a quest'ultimo un'applicazione eccessivamente rigida dell'art. 8 lett. d LAPub (la LAPub è citata per esteso al consid. 1.2). Stando alle sue allegazioni, la ricorrente non avrebbe ottenuto piena conoscenza delle motivazioni relative ai punteggi attribuiti alla sua offerta e a quella dell'aggiudicataria, ciò che le permetterebbe di comprovare se i punteggi ottenuti siano stati calcolati correttamente.

A livello di merito, la ricorrente, a suo dire in assenza di tutte le informazioni necessarie, parte preventivamente dal presupposto che il punteggio attribuito sia stato calcolato in modo errato, per difetto in relazione alla sua offerta e per eccesso in relazione all'offerta dell'aggiudicataria, considera la motivazione della decisione di aggiudicazione incomprensibile ed arbitraria, avendo lei stessa offerto un prezzo nettamente migliore di quello dell'aggiudicataria e si riserva di sostanziare la sua censura dopo avere ricevuto le informazioni necessarie.

Nello specifico, la ricorrente contesta la nota ottenuta dalla propria offerta al criterio di aggiudicazione CA-2 "Qualifiche dell'impresa" in riferimento a ciascuno dei sottocriteri CA-2.1 "Referenza N° 1 dell'impresa" e CA-2.2 "Referenza N° 2 dell'impresa".

In riferimento alla valutazione del sottocriterio CA-2.1 "Referenza N° 1 dell'impresa", la ricorrente sostiene che il voto 1, attribuito dal committente con la motivazione che il referente da lei indicato "non è più raggiungibile

perché è in pensione”, violi il principio della proporzionalità (cfr. infra consid. 4.3.1).

Per quanto riguarda il sottocriterio CA-2.2 “Referenza N° 2 dell’impresa” la ricorrente, disponendo a suo dire di attestazioni lusinghiere, non comprende l’attribuzione della nota 3.5 e di soli 52.5 punti, non essendo dato di sapere quali indicazioni avrebbero fornito i referenti. La ricorrente si riserva di sostanziare la presente censura dopo che avrà potuto accedere alla relativa documentazione.

**C.**

Con ordinanza del 22 ottobre 2019 lo scrivente Tribunale amministrativo federale, oltre ad accusare ricevuta del gravame, ha conferito ad esso, in via superprovvisionale, l’effetto sospensivo, vietando all’autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione suscettibile di pregiudicare l’esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l’aggiudicataria.

**D.**

Con decisione incidentale del 23 ottobre 2019 è stato ordinato lo scambio di scritti in via principale e, in particolare, anche in relazione alle conclusioni procedurali. L’autorità aggiudicatrice è stata inoltre chiamata ad esprimersi sulla questione relativa al raggiungimento del valore soglia e sul valore complessivo stimato dell’opera.

**E.**

Entro il termine prorogato con ordinanza del 7 novembre 2019, l’autorità aggiudicatrice ha prodotto la presa di posizione del 22 novembre 2019 comprensiva degli allegati, nonché, con invio separato dello stesso giorno, uno scritto accompagnatorio e gli atti di gara. La presa di posizione, i suoi allegati e gli atti di gara sono stati inoltrati in triplice copia, vale a dire una versione completa ad uso esclusivo del Tribunale e due versioni con passaggi oscurati, di cui una destinata alla ricorrente.

L’autorità aggiudicatrice postula, in via principale, di respingere il ricorso e, in via processuale, di respingere la richiesta volta al conferimento dell’effetto sospensivo e di revocare i provvedimenti supercautelari ordinati il 22 ottobre 2019. Quo all’esame degli atti, l’autorità aggiudicatrice chiede che alla ricorrente non sia consentito di consultare i documenti debitamente contrassegnati nell’indice degli atti e nell’elenco degli allegati, ma che le sia concesso di consultare soltanto la versione della presa di posizione, degli allegati e degli atti a lei appositamente riservata. L’autorità aggiudicatrice

propone di darle la possibilità di esprimersi nel dettaglio prima che venga ordinata l'estensione del diritto di esaminare gli atti, chiedendo infine che la decisione sulla richiesta dell'effetto sospensivo venga presa senza procedere ad un ulteriore scambio di scritti.

In sintesi l'autorità aggiudicatrice respinge tutte le contestazioni della ricorrente e conclude all'infondatezza manifesta del gravame. Sotto l'aspetto formale, l'autorità aggiudicatrice ritiene di aver fornito tutte le informazioni necessarie secondo l'art. 23 cpv. 2 e 3 LAPub e di non aver applicato l'art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub con eccessiva rigidità. Sotto l'aspetto materiale, la stessa ribadisce di aver calcolato i punteggi in modo corretto e di aver operato una valutazione conforme al diritto dell'offerta della ricorrente. Per quanto attiene al criterio di aggiudicazione CA-2, al sottocriterio CA-2.1, il committente ritiene di aver ossequiato il principio della proporzionalità e di aver effettuato una valutazione rispettosa dei disposti nella documentazione di gara (cfr. infra consid. 4.3.2). In particolare, l'autorità aggiudicatrice specifica che non è possibile consultare in alternativa le lettere di referenza allegate all'offerta, ma che la referenza relativa all'esecuzione di un progetto paragonabile doveva essere valutata esclusivamente in base alle informazioni fornite dal referente nel modulo dell'offerta.

Infine, nello scritto accompagnatorio del 22 novembre 2019 l'autorità aggiudicatrice informa di aver chiesto a tutti i referenti esterni indicati dagli offerenti di confermare per iscritto, ai fini del presente procedimento, le motivazioni relative ai voti da lei attribuiti per le referenze nell'apposito formulario, spiegando che ciò non ha avuto alcun impatto sull'attribuzione dei punteggi originale e allegando la relativa documentazione.

#### **F.**

Con ordinanza del 28 novembre 2019 sono stati trasmessi alla ricorrente un esemplare della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice del 22 novembre 2019, compresi gli allegati, in una versione anonimizzata dall'autorità aggiudicatrice, nonché un esemplare dello scritto accompagnatorio della stessa del 22 novembre 2019, come pure una parte degli atti di gara (raccoltori da 1 a 3) parzialmente oscurati dall'autorità aggiudicatrice e muniti dell'apposito registro. Allo stesso modo, alla ricorrente è stata data l'opportunità di completare la motivazione del proprio gravame in base alla documentazione trasmessa, mentre l'autorità aggiudicatrice è stata chiamata a determinarsi sulla proposta di edizione di alcuni passaggi contenuti nella sua presa di posizione destinata all'uso esclusivo del Tribunale.

**G.**

In data 4 dicembre 2019 l'autorità aggiudicatrice ha espresso di aderire alla proposta di edizione del Tribunale.

**H.**

Con ordinanza del 5 dicembre 2019 alla ricorrente sono stati portati a conoscenza, oltre ad una copia dello scritto dell'autorità aggiudicatrice del 4 dicembre 2019, anche copie delle pagine 7 e 13 della presa di posizione del committente del 22 novembre 2019 nella versione destinata al Tribunale, mantenendo occultati i nominativi degli altri offerenti.

**I.**

In data 13 dicembre 2019 la ricorrente comunica per il tramite del proprio patrocinatore di rimettersi a quanto già indicato nel proprio ricorso.

**J.**

Con ordinanza del 16 dicembre 2019 è stato comunicato ai partecipanti del procedimento che un ulteriore scambio di scritti non era previsto su riserva di ulteriori provvedimenti istruttori o memorie delle parti e che la procedura avrebbe seguito il proprio corso presumibilmente con una decisione sull'effetto sospensivo o, eventualmente, con una decisione che pone fine al procedimento.

**K.**

Entro il termine impartito con decisione incidentale del 23 ottobre 2019 l'aggiudicataria non ha comunicato di volersi costituire come parte nel presente procedimento.

**L.**

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

**Diritto:****1.**

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

**1.2** 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]).

**1.2.1** 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 dimostrano i considerandi seguenti, tali premesse sono adempiute nel caso di specie.

**1.2.2** L'autorità aggiudicatrice fa parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetta alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub).

**1.2.3** La commessa in esame, intitolata "(b704-6) UFSP0, 4a tappa dell'ampliamento del Centro Sportivo Tenero (CST) con la costruzione di una palestra, il completamento del campeggio e l'ampliamento del parcheggio. CCC 221.4", ha per oggetto la realizzazione dei lavori da metalcostruttore per la fornitura e la posa di tutti i serramenti esterni dell'edificio palestra, comprensivi dei vetri (cfr. punto 2.6 del bando di concorso e punto 2.1 del Doc. n° 1.2 delle disposizioni sulla procedura di aggiudicazione di prestazioni edili, allegato 1 alla presa di posizione del committente). Essa rientra quindi nel novero delle commesse edili di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. c LAPub in relazione all'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT. Considerato che il valore complessivo stimato della commessa, come comunicato dal committente nella sua presa di posizione (n. 3), ammonta a 48,4 milioni di franchi (IVA inclusa) sono indiscutibilmente superati i valori soglia per le commesse edili, ovvero 8,7 milioni di franchi (art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub, nonché art. 6 cpv. 2 LAPub in relazione con l'art. 1 lett. c dell'ordinanza del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR; prima DFE] del 22 novembre 2017 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2018 e 2019, RU 2017 7267). In effetti, se per la realizzazione di un'opera edile, il committente aggiudica diverse commesse edili, è determinante il loro valore complessivo (art. 7 cpv. 2 LAPub).

**1.2.4** Non sussiste inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub per cui la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub e il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sulla presente vertenza.

**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** 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.).

La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure della parte ricorrente. 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).

**1.3.2** Nell'atto di ricorso del 21 ottobre 2019 la ricorrente propone, nel merito, l'annullamento della delibera e l'aggiudicazione della commessa in suo favore e, in via subordinata, il rinvio degli atti all'autorità aggiudicatrice per una nuova decisione. Come emerge dagli atti, la ricorrente non è stata considerata per l'aggiudicazione, ha adempiuto i requisiti formali e i criteri di idoneità e si è piazzata al secondo posto nella graduatoria del concorso in esame. Con un riferimento particolare alle conclusioni di merito, le si riconosce un interesse degno di protezione attuale e pratico ad insorgere

contro la delibera, considerato che, se si dovesse seguire il suo ragionamento e ottenesse in questo modo il punteggio massimo nel criterio di aggiudicazione CA-2.1 (Qualifica impresa referenza n° 1) e CA-2.1 (Qualifica impresa referenza n° 2), ella raggiungerebbe il primo posto nella graduatoria e avrebbe perciò delle reali probabilità di vedersi aggiudicare la commessa.

**1.4** L'impugnazione della delibera del 7 ottobre 2019 con ricorso del 21 ottobre successivo, è avvenuta tempestivamente (art. 30 LAPub), 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 il patrocinatore ha giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

## **2.**

La ricorrente censura, da un lato, la stringata e carente motivazione dell'autorità aggiudicatrice per giustificare la decisione di aggiudicazione e, dall'altro, l'insufficienza delle informazioni ricevute dal committente a risposta della richiesta di raggugli della ricorrente circa le calcolazioni dei punteggi effettuati e i motivi per la mancata considerazione per la delibera (cfr. doc. H allegato al ricorso: e-mail della ricorrente del 7 ottobre 2019 e e-mail del committente dell'8 ottobre 2019). In tale contesto, la ricorrente contesta un'applicazione eccessivamente rigida dell'art. 8 lett. d LAPub.

### **2.1**

**2.1.1** A titolo preliminare val la pena evidenziare che, sulla base dell'art. 26 cpv. 2 LAPub, gli artt. 26, 27 e 28 PA concernenti il diritto d'esame degli atti non trovano applicazione nella procedura di acquisti pubblici federale (cfr. sentenza del TAF B-5190/2011 del 19 ottobre 2011 pag. 3). L'art. 26 cpv. 2 LAPub ha quindi valenza fino alla scadenza del termine per inoltrare ricorso dopo che è stata resa la decisione di aggiudicazione. Solo nell'ambito della procedura di ricorso si applicano i disposti concernenti il diritto di essere sentito e le relative deroghe ai sensi dell'art. 26 segg. PA (sentenza del TAF B-5213/2014 del 2 ottobre 2014 consid. 3.3; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>a</sup> ed., 2013, n. 1185 e 1363). Tuttavia, l'autorità aggiudicatrice è comunque autorizzata, ma non imperativamente tenuta, a trasmettere per estratto alcuni documenti a supporto delle informazioni che deve fornire in base all'art. 23 cpv. 2 LAPub, dovendo tener conto, secondo l'art. 23 cpv. 3 LAPub, del carattere riservato dei dati degli offerenti (cfr. decisione incidentale del TAF B-5504/2015 del 29 ottobre 2015

consid. 5.4.1 seg.). Non dev'essere concesso l'esame dei documenti che contengono segreti d'affari e altri dati di potenziali concorrenti.

**2.1.2** Di principio le decisioni di cui all'art. 29 LAPub devono essere motivate e notificate conformemente alle disposizioni previste all'art. 23 cpv. 1 e 2 LAPub. Tali disposti rappresentano una cosiddetta *lex specialis* nei confronti dell'art. 35 cpv. 1 e 3, nonché dell'art. 36 PA (sentenza del TAF B-3526/2013 del 20 marzo 2014 consid. 2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER op. cit., n. 1243 ss.). L'art. 23 cpv. 1 LAPub consente una motivazione sommaria delle decisioni di cui all'art. 29 LAPub (decisione incidentale del TAF B-1383/2011 del 23 maggio 2011 consid. 4.1). Le informazioni necessarie per la pubblicazione dell'aggiudicazione sono elencate all'art. 28 OAPub.

L'art. 8 cpv. 1 lett. d primo periodo LAPub stabilisce che 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 cpv. 2 e 3 (art. 8 cpv. 1 lett. d secondo periodo LAPub). In questo senso, le informazioni che rientrano nell'obbligo di comunicare dell'autorità aggiudicatrice secondo l'art. 23 cpv. 2 LAPub costituiscono una deroga al principio della confidenzialità nella procedura di acquisti pubblici. La comunicazione di siffatte informazioni può avvenire tuttavia a condizione che esse non siano contrarie al diritto federale o lesive di interessi pubblici o che, se divulgate, potrebbero violare interessi economici legittimi degli offerenti o la concorrenza leale tra gli stessi (cfr. art. 23 cpv. 3 LAPub). L'art. 23 cpv. 2 LAPub statuisce per il committente l'obbligo di comunicare agli offerenti non considerati per la delibera determinate ulteriori informazioni, ma unicamente a condizione che ne abbiano fatto previamente richiesta. L'obbligo di comunicare imposto al committente all'art. 23 cpv. 2 LAPub non significa che egli abbia a fornire le informazioni necessariamente sotto forma documentale così come è il caso per l'esame degli atti quale componente del diritto di essere sentito (decisione incidentale del TAF B-5504/2015 del 29 ottobre 2015 consid. 5.4.2). Le informazioni di cui all'art. 23 cpv. 2 LAPub si riferiscono alla procedura d'aggiudicazione seguita, al nome dell'offerente scelto, al prezzo dell'offerta scelta o ai prezzi inferiori e maggiori delle offerte considerate, ai motivi essenziali dell'eliminazione, nonché alle caratteristiche essenziali e ai vantaggi dell'offerta scelta (art. 23 cpv. 2 lett. a-e LAPub).

**2.1.3** Le esigenze relative alla motivazione sono adempiute ad esempio quando la medesima contiene una spiegazione sufficiente per la scelta

dell'aggiudicataria sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati (cfr. decisione incidentale del TAF B-6136/2007 del 30 gennaio 2008 consid. 7.4). Mediante le informazioni previste all'art. 23 cpv. 2 LAPub gli offerenti non considerati devono essere messi nella condizione di tutelare a pieno il proprio diritto a ricorrere conformemente alla prassi del Tribunale federale sulla legittimazione a ricorrere in materia di acquisti pubblici (DTAF 2018 IV/11 consid. 2.4.3, sentenza del TAF B-3526/2013 del 20 marzo 2014 consid. 3.2). Per far ciò, è opportuno, in applicazione dell'art. 23 cpv. 2 lett. d ed e LAPub, che essi vengano a conoscenza del proprio rango nella graduatoria, nonché delle note e del punteggio ottenuto dalla propria offerta e da quella dell'aggiudicataria, in modo da farsi un'idea dei vantaggi dell'offerta scelta e dei motivi per la mancata considerazione della propria offerta (DTAF 2018 IV/11 consid. 2.4.3). Eventuali violazioni dell'obbligo di motivazione quale componente del diritto di essere sentito potrebbero del resto essere sanate nella procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice, in tale sede, fa fronte al suo obbligo di motivare le decisioni ed il ricorrente ha l'opportunità di prendere posizione sui motivi adottati (DTAF 2018 IV/11 consid. 2.5, sentenza del TAF B-8563/2010 del 15 febbraio 2011 consid. 2.2.1 con ulteriori riferimenti). La possibile sanatoria di una violazione del diritto di essere sentito nel procedimento di ricorso può avere conseguenze nell'ambito della fissazione delle spese processuali (DTAF 2018 IV/11 consid. 7.1 non pubblicato).

**2.2** Nell'evenienza concreta è possibile affermare che le indicazioni pubblicate nella decisione di aggiudicazione ai punti 1.3 (tipo di procedura adottato), 1.1 (nome ufficiale ed indirizzo del committente), 1.4, 2.1 e 2.2 (informazioni sul tipo e l'oggetto della commessa), 3.2 (nominativo e indirizzo dell'aggiudicataria, prezzo dell'offerta) e 4.2 (data dell'aggiudicazione) adempiono i presupposti stabiliti all'art. 28 OAPub in materia di qualità delle informazioni. Per contro, occorre rilevare che, secondo la prassi, la formulazione "Migliore adempimento dei criteri di aggiudicazione conformemente alla documentazione del bando", come testualmente riportato al punto 3.3 dell'aggiudicazione, configura una mera frase retorica che non dice nulla sui vantaggi dell'offerta scelta, non rispettando così i requisiti relativi alla motivazione sommaria di cui all'art. 23 cpv. 1 LAPub (DTAF 2018 IV/11 consid. 2.3 con ulteriori riferimenti, cfr. decisione incidentale del TAF B-4288/2014 del 25 settembre 2014 consid. 4). Tuttavia, tenuto conto di una possibile sanatoria dinanzi all'autorità di ricorso, la violazione di siffatto disposto non può giustificare un rinvio della causa all'autorità aggiudicatrice, in quanto ciò costituirebbe una formalità eccessiva che provocherebbe inutili ritardi inconciliabili con

l'imperativo di celerità in materia di acquisti pubblici (cfr. DTAF 2018 IV/11 consid. 2.3 i.f.).

**2.3** Dopo la pubblicazione della decisione di aggiudicazione nel SIMAP del 7 ottobre 2019 e la relativa comunicazione separata alla ricorrente con e-mail del giorno stesso, la ricorrente ha chiesto al committente tramite e-mail del 7 ottobre 2019 di trasmettergli le calcolazioni dei punteggi effettuati e le motivazioni dell'esclusione della sua offerta nella procedura di aggiudicazione.

**2.3.1** Nel suo e-mail di risposta dell'8 ottobre 2019 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente, in modo particolare, le seguenti informazioni: nome ed indirizzo dell'aggiudicataria, compreso il totale dei punti da lei raggiunti per il primo posto nella graduatoria (440 punti), il prezzo dell'offerta scelta, dell'offerta più bassa e dell'offerta più alta, i voti e i punti ottenuti dalla ricorrente in ciascuno dei criteri di aggiudicazione e il rango in classifica della ricorrente (secondo posto). Il committente ha altresì comunicato i motivi per la valutazione dell'offerta della ricorrente in riferimento al criterio di aggiudicazione CA-2.1 (Referenza n° 1) e CA-2.2 (Referenza n° 2) e CA-3 (Qualifiche della persona chiave). Quanto al criterio di aggiudicazione CA-2.1, il committente ha addotto "*Voto 1: il referente non è più raggiungibile o non è in grado di fornire una valutazione: Chiamato il Sg. A. \_\_\_\_\_ il 10.09.2019: Il Signore A. \_\_\_\_\_ non è più raggiungibile perché in pensione*". Quanto ai criteri di aggiudicazione CA-2.2 e 3, risulta che la valutazione è avvenuta "*secondo le indicazioni degli (recte: dei) referenti*". Inoltre, il committente spiega che il motivo principale per la mancata considerazione dell'offerta della ricorrente è da ricondurre "*alle indicazioni degli (recte: dei) referenti per CA-2 e 3*" e che gli aspetti determinanti per l'assegnazione della delibera all'aggiudicataria sono le buone qualifiche dell'impresa e il prezzo basso (cfr. per tutto e-mail del committente dell'8 ottobre 2019, doc. H allegato al ricorso, doc. 4 allegato alla presa di posizione).

**2.3.2** In sunto si può concludere che mediante l'e-mail del committente dell'8 ottobre 2019 la ricorrente ha potuto venire a conoscenza del proprio rango nella graduatoria, dei voti e dei punteggi attribuiti alla sua offerta per ogni singolo criterio di aggiudicazione, nonché di una breve motivazione per la mancata assegnazione di un punteggio più alto ai criteri di aggiudicazione CA-2.1, CA-2.2 e CA-3. Allo stesso modo la ricorrente ha potuto apprendere il punteggio complessivo attribuito all'offerta scelta e i vantaggi di quest'ultima, ossia le buone qualifiche dell'impresa e il prezzo basso. Ne segue che rilasciando questo genere di informazioni, il

committente ha di principio rispettato l'obbligo di informare sancito all'art. 23 cpv. 2 lett. d ed e LAPub. Pertanto, la censura della ricorrente circa una presunta insufficienza formale delle informazioni sulle motivazioni alla base della decisione e una presunta applicazione eccessivamente rigida dell'art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub non è meritevole di positivo apprezzamento. Sulla scorta delle informazioni fornite dal committente in via elettronica si può affermare che è stato consentito alla ricorrente di comprendere la portata della decisione di aggiudicazione per poterla deferire con cognizione di causa all'istanza superiore. Se e in che misura la valutazione operata dal committente è conforme alla legge è una questione di diritto materiale che va esaminata nelle questioni di merito.

**2.4** Nell'ipotesi che nella mancata comunicazione dei voti e dei punti attribuiti all'offerta dell'aggiudicataria per ciascun criterio di aggiudicazione sia ravvisabile un'eventuale violazione dell'obbligo di informare del committente, un simile vizio potrebbe essere considerato sanato in quanto le suddette informazioni mancanti, come pure i prezzi di tutte le offerte hanno potuto essere trasmessi alla ricorrente nell'ambito della presente procedura di ricorso (cfr. infra consid. 3).

Per il buon ordine, val la pena puntualizzare che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, l'autorità aggiudicatrice non ha comunicato alla ricorrente mediante l'e-mail dell'8 ottobre 2019 che l'aggiudicataria aveva offerto il prezzo più basso, ma un prezzo basso. Con la comunicazione dei voti e dei punti attribuiti all'aggiudicataria ad ogni criterio di aggiudicazione e dei prezzi di tutte le offerte in sede di ricorso si è potuto verificare che l'informazione del committente, fornita tramite l'e-mail menzionato, secondo cui l'offerta dell'aggiudicataria si è contraddistinta per le buone qualifiche dell'impresa e il prezzo basso, corrisponde al vero. Il prezzo dell'offerta dell'aggiudicataria risulta essere in effetti il secondo miglior prezzo dopo quello della ricorrente e le referenze dell'impresa dell'aggiudicataria sono state valutate due volte con il voto 5.

Infine, va attirata l'attenzione sul fatto che nell'ambito del presente procedimento sono stati trasmessi alla ricorrente, tra le altre cose, i formulari "Referenza con valutazione" compilati dal committente per la valutazione di tutte le referenze in ciascuno dei criteri di aggiudicazione CA-2 e 3 (doc. 3.3.1 del classificatore 2 "Atti di gara" versione per la ricorrente e per il Tribunale), compresa una versione dei formulari munita delle osservazioni del committente e la conferma scritta di ciascun referente indicato dalla ricorrente – eccezion fatta per il referente al CA-2.1 – in relazione alle indicazioni del committente nei formulari di valutazione

(doc. 3.3.2 e 3.3.3 del classificatore 2 “Atti di gara” versione per la ricorrente e per il Tribunale).

### 3.

Alla cifra 3.8 del Doc. n° 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione sono indicati i criteri di aggiudicazione (in seguito: CA) relativi al presente concorso, la loro ponderazione, le note e i punteggi possibili. Il CA-1 (prezzo) con una ponderazione del 50% veniva valutato da un minimo di 1 a un massimo di 5 punti e con un punteggio massimo di 250 punti. L’offerta dal prezzo più basso aveva diritto al massimo di 5 punti, mentre le offerte con uno scostamento del 50 per cento od oltre rispetto all’offerta con il prezzo più basso ottenevano 1 punto e alle altre offerte i punti venivano attribuiti linearmente (arrotondati a una cifra dopo la virgola) e moltiplicati per il coefficiente di ponderazione. Al CA-2 “Qualifiche dell’impresa” dovevano essere valutati due oggetti di riferimento (CA-2.1 e CA-2.2) per i quali era prevista una ponderazione del 15% ciascuno (in totale del 30%), l’attribuzione di note da 0 a 5 e un punteggio massimo di 150 punti (75 punti per riferimento). Al CA-3 “Qualifiche della persona chiave Capocantiere” venivano valutate due referenze con una ponderazione complessiva del 20% e potevano essere attribuite note da 0 a 5 e un punteggio massimo di 100 punti. Il punteggio massimo da conseguire era pari a 500 punti.

Al CA-1 “Prezzo” la ricorrente ha ottenuto il voto 5 e raggiunto il massimo dei punti possibili (250) per aver offerto il prezzo più basso. L’aggiudicataria ha offerto il secondo miglior prezzo e si è vista attribuire il voto 4.2 e 210 punti, conformemente al sistema lineare adottato.

Al CA-2 “Qualifiche dell’impresa” la ricorrente ha ricevuto, al sottocriterio 2.1 “Riferenza n° 1” la nota 1.0 per un punteggio complessivo di 15 punti, al sottocriterio 2.2 “Riferenza n° 2” la nota 3.5 e 52.5 punti. L’aggiudicataria ha ottenuto in entrambi i sottocriteri la nota massima (5) e il massimo dei punti (150).

Al CA-3 “Qualifiche della persona chiave Capocantiere” le due referenze indicate dalla ricorrente e dall’aggiudicataria sono state valutate allo stesso modo (per ciascuna referenza il voto 4 per un punteggio complessivo di 80 punti).

Nella valutazione complessiva, l’aggiudicataria ha raggiunto 440 punti contro i 398 punti della ricorrente.

#### 4.

Sotto l'aspetto materiale, la controversia verte sulla valutazione del criterio di aggiudicazione CA-2 "Qualifiche dell'impresa", in entrambi i sottocriteri CA-2.1 (Referenza n° 1) e CA-2.2 (Referenza n° 2). Per ciascuno dei sottocriteri la ricorrente pretende di ottenere il massimo di 75 punti in luogo dei 15 rispettivamente dei 52.5 punti ricevuti.

**4.1** Conformemente alla cifra 3.8, Doc. n° 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione, per le qualifiche dell'impresa dovevano essere inoltrate due referenze secondo le indicazioni riportate nel Doc. n° 1.3 (modulo 3) e le schede descrittive riportate in allegato (Doc. n° 5.1).

Per quanto attiene alla valutazione della qualifica dell'impresa, alla cifra 3.8, Doc. n° 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione si legge quanto segue:

**Voto da 5 a 2:** secondo la valutazione media del referente (voto arrotondato, mezzi punti)

**Voto 1:** il referente non è più raggiungibile o non è in grado di fornire una valutazione

**Voto 0:** nessun progetto di riferimento simile o referenze incomplete

Se un progetto di riferimento è completo di tutte le informazioni, viene effettuata la valutazione per mezzo del modulo "Referenza con valutazione" (vedi allegati al bando), che viene compilato secondo le indicazioni del referente. La richiesta di referenze avviene solo dopo la valutazione degli altri criteri di aggiudicazione relativi agli offerenti ancora in considerazione per un'aggiudicazione (cifra 3.8, Doc. n° 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione).

Secondo il modulo 3 "Referenza con valutazione" al Doc. n° 1.3 "Offerta per prestazioni edili", per esaminare la referenza il committente contattava per telefono la persona di riferimento e chiedeva un parere sulla qualità generale delle prestazioni fornite, sul rispetto dei costi e sulla garanzia dei termini. Sulla base delle informazioni del referente il committente compilava il relativo formulario "Referenza con valutazione", indicando, tra l'altro, il nome della persona di riferimento, la data della telefonata, apponendo l'apposita crocetta nella casella relativa alla valutazione (voto 2 "insufficiente", 3 "sufficiente", 4 "buono" e 5 "ottimo") e segnalando la media aritmetica delle tre valutazioni e il voto arrotondato. Il formulario

veniva poi firmato dal responsabile del committente incaricato di procurarsi le informazioni.

Conformemente al modulo 3 “Referenze dell’impresa” del Doc. n° 1.3 “Offerta per prestazioni edili” gli offerenti dovevano indicare per ciascuno dei due oggetti di referenza una persona di riferimento del committente e il numero di telefono della medesima. Per “committente” si intende, secondo il modulo 3, il mandante del contratto, mentre la “Persona di riferimento del committente” è la persona responsabile del progetto alle dirette dipendenze del committente o, in via subordinata, il direttore dei lavori che, secondo contratto, rappresentava il committente. Secondo il modulo 3, non sono accettati progettisti, utenti (se diversi dal committente), o altro. Oltre al committente e al suo numero di telefono, gli offerenti dovevano addurre sul modulo 3 il nome dell’oggetto con una breve descrizione, la natura delle prestazioni rispettivamente dei lavori eseguiti, la data della messa in esercizio, la durata dei lavori in mesi, l’importo della commessa in franchi e spiegare inoltre brevemente perché la referenza indicata fosse un buon esempio dell’esperienza e delle competenze specialistiche richieste per l’esecuzione della commessa.

## **4.2**

**4.2.1** A titolo di premessa vale la pena sottolineare che nel caso di specie gli oggetti di referenza dell’impresa sono esaminati sia nella fase dei criteri di idoneità (criterio di idoneità 1, cfr. punto 3.7 del Doc. n° 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione) che in quella dei criteri di aggiudicazione (CA-2.1, punto 3.8 della cifra 1.2 delle Disposizioni sulla procedura di aggiudicazione). Le referenze servono in sostanza ad attestare la capacità tecnica di un offerente di realizzare l’opera messa a concorso, nonché di fornire le prestazioni che ha per oggetto la commessa. Innanzitutto, danno informazioni sull’idoneità di un offerente e non sulla bontà dell’offerta. Ciononostante, dottrina e giurisprudenza riconoscono la possibilità di utilizzare le referenze anche come criteri di aggiudicazione, in quanto atte a permettere al committente di esprimere un giudizio sulla qualità dell’offerta, in particolare nei casi in cui l’idoneità professionale e l’esperienza hanno un ruolo di spicco per la delibera di una commessa (cfr. DTF 139 II 489 Consid. 2.2.4; DTAF 2011/58 Consid. 12.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 618 segg., MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, pag. 64 segg.; MARC STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, European Law Reporter 2010 pag. 189 segg.).

**4.2.2** La stazione appaltante dispone di un margine di apprezzamento non soltanto nella scelta e ponderazione dei criteri di aggiudicazione, ma anche per quanto attiene alla valutazione delle offerte (sentenza del TAF B-6742/2011 del 2 settembre 2013 consid. 2.2). In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è in ogni caso limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, e all'accertamento incompleto o inesatto dei fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lit. a e b PA). Non può essere addotto invece il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub). L'esclusione della censura dell'inadeguatezza racchiude non solo la scelta delle specificazioni tecniche e dei criteri d'idoneità e d'aggiudicazione, ma si riferisce anche alla valutazione delle offerte (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1286 e 1388 con ulteriori riferimenti). Per questi motivi, una correzione del punteggio e della valutazione non è presa in considerazione nella misura in cui le note e i punti assegnati si rivelano essere inadeguati, bensì unicamente se essi risultano insostenibili (arbitrari) e in questo senso lesivi dal punto di vista giuridico (decisioni incidentali del TAF B-6762/2011 del 26 gennaio 2012 consid. 4.1, B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 6.3, sentenza del TAF B-6082/2011 dell'8 maggio 2012 consid. 2.3).

### **4.3**

**4.3.1** Quanto al sottocriterio CA-2.1 (Referenza dell'impresa n° 1), la ricorrente sostiene che il voto 1 e i 15 punti attribuiti dal committente in quanto il referente da lei indicato "non è più raggiungibile perché è in pensione", contrasta con il principio della proporzionalità. Secondo lei, il solo fatto che il referente non sia stato reperito al recapito telefonico da lei indicato non significa che egli non sia più raggiungibile, semplicemente non lo è più all'utenza telefonica segnalata. Perciò sarebbe stato doveroso e proporzionato assegnare alla ricorrente un breve termine per indicare gli estremi di reperibilità del referente. A suo dire, non si può pretendere da un'impresa di tenersi aggiornata circa la situazione lavorativa e le intenzioni pensionistiche del referente indicato, ma è invece compito del committente di verificare la reperibilità delle referenze in quanto egli dispone di maggior tempo e di mezzi ben superiori per farlo, posto che il bando di concorso prevedeva poco più di un mese per l'inoltro delle offerte. La ricorrente afferma inoltre di aver indicato, conformemente alla possibilità esplicitamente prevista dal bando di concorso, il responsabile del progetto alle dirette dipendenze del committente e, in via subordinata, il rispettivo direttore dei lavori. Infine, la ricorrente fa un esplicito riferimento alla dichiarazione di referenza del 10 ottobre 2017 rilasciata dal progettista ma

anche responsabile della direzione dei lavori per la referenza in oggetto, il quale le avrebbe attribuito qualifiche estremamente positive. In base a ciò deduce di aver diritto al massimo punteggio per il sottocriterio in questione (75) e ad un punteggio complessivo di 458 punti, superando così quello ottenuto dall'aggiudicataria (440).

**4.3.2** L'autorità aggiudicatrice respinge integralmente le censure della ricorrente e ritiene di non aver violato il principio della proporzionalità, ma di aver effettuato una valutazione in conformità con i criteri espressamente indicati nella documentazione di gara, spiegando di aver valutato la referenza in base alle informazioni sulla persona di riferimento indicate nel modulo 3 dell'offerta. Se avesse richiesto un recapito attuale, ella sarebbe incorsa in una violazione della parità di trattamento e della trasparenza. Se l'avesse fatto, il referente non avrebbe comunque potuto fornire informazioni perché non era più alle dipendenze del committente iniziale e avrebbe potuto dare informazioni solo in qualità di privato cittadino. Anche in quest'eventualità l'autorità aggiudicatrice avrebbe attribuito il voto 1. Per il committente è compito dell'offerente verificare se il referente indicato è effettivamente reperibile e la ricorrente avrebbe avuto tempo a sufficienza per verificarlo, considerato il termine impartito di 84 giorni per la presentazione dell'offerta. Infine, l'autorità aggiudicatrice, facendo riferimento al modulo 3 della documentazione "Offerta per prestazioni edili", ritiene che nella casella in esso prevista alla voce "Persona di riferimento del committente" poteva essere inserita alternativamente o la persona responsabile del progetto alle dirette dipendenze dell'allora committente o il direttore dei lavori. Avendo la ricorrente indicato nel modulo la persona responsabile del progetto, risultata irraggiungibile perché andata in pensione, se il committente avesse chiesto di designare successivamente un'altra persona di riferimento al posto di quella espressamente indicata, egli avrebbe a suo avviso violato il principio della parità di trattamento. Di conseguenza, in virtù delle disposizioni del bando, il committente giunge alla conclusione che la dichiarazione di referenza della Direzione dei lavori allegata all'offerta non poteva essere considerata in alternativa nell'assegnazione dei punteggi, bensì l'offerta doveva essere valutata esclusivamente sulla base delle informazioni fornite dall'offerente nell'apposito formulario.

### **4.3.3**

**4.3.3.1** In materia di acquisti pubblici, come nel diritto amministrativo in generale, la procedura è retta dalla massima inquisitoria, secondo la quale spetta di principio alle autorità accertare d'ufficio e in modo completo i fatti

(DTF 139 II 489 consid. 3.2 p. 495). Tuttavia, il committente non è tenuto a completare d'ufficio eventuali indicazioni mancanti o lacunose (cfr. DTF 139 II 489 consid. 3.2 p. 495 seg.; MANUELA GEBERT, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, 2010, p. 364 segg.). Compete in principio all'offerente di garantire che le persone di riferimento indicate nell'offerta siano disposte e autorizzate a fornire informazioni e di accertarsi in anticipo che la referenza richiesta può essere fornita per mezzo delle informazioni rilasciate dalla persona di riferimento corrispondente (cfr. sentenza del TF 2C\_257/2016 del 16 settembre 2016 consid. 1.2.3). Tale compito è una conseguenza dell'obbligo di collaborare nella procedura amministrativa (idem).

**4.3.3.2** Con decisione incidentale del 18 dicembre 2017 lo scrivente Tribunale ha constatato che la propria giurisprudenza, fino a quel momento, non aveva ancora trattato la questione di sapere se il committente che non riesce a raggiungere telefonicamente la persona di riferimento indicata nell'offerta sia tenuto, secondo il principio della buona fede, a comunicarlo immediatamente al concorrente affinché quest'ultimo abbia occasione di aiutare il committente a stabilire il contatto con il referente, né la questione di sapere se il committente può rifiutare di valutare una referenza oggettivamente idonea con 0 punti soltanto perché non è riuscito a raggiungere telefonicamente il referente segnalato e questo malgrado l'offerente ne abbia indicato correttamente il nominativo e il numero di telefono (cfr. decisione incidentale del TAF B-6160/2017 del 18 dicembre 2017 consid. 7.8, 7.10). Visto che le questioni che si erano presentate in quell'evenienza non erano ancora state decise, il Tribunale ha rilevato che la censura della ricorrente secondo cui l'autorità aggiudicatrice aveva proceduto in maniera giuridicamente erronea nel raccogliere informazioni sulla referenza e nel valutare quest'ultima, non appariva manifestamente infondata sulla scorta di un esame prima facie. Per le probabilità di successo nel merito era unicamente determinante il fatto che al momento della decisione incidentale non si potesse escludere manifestamente una miglior valutazione della referenza della ricorrente in caso di rinvio della causa (cfr. decisione incidentale del TAF B-6160/2017 del 18 dicembre 2017 consid. 7.12).

**4.3.3.3** Il Tribunale federale ha dal canto suo riconosciuto che dal divieto di formalismo eccessivo può discendere un obbligo del committente di chiedere spiegazioni all'offerente, rilevando che non si può stabilire in modo generalizzato in quali situazioni del singolo caso sia opportuno un tale modo di procedere (cfr. sentenza del TF 2C\_257/2016 del 16 settembre 2016 consid. 1.2.3). In un altro procedimento, l'Alta Corte ha

stabilito che prima che il committente si possa fondare direttamente su una referenza a completo svantaggio dell'offerente, egli deve dare a quest'ultimo l'occasione di esprimersi in merito (cfr. sentenza del TF 2C\_91/2013 del 23 luglio 2013 consid. 3.3).

**4.3.3.4** Nella giurisprudenza cantonale si è stabilito che il dispendio del committente per effettuare i dovuti chiarimenti nel procurarsi le informazioni dal referente deve situarsi entro limiti ragionevoli e rispettare il principio della proporzionalità (cfr. DANIEL GSPORNER, Zur Praxis des Luzerner Kantonsgerichts im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts 2016/2017 [Stand Februar 2018], p. 7 seg. richiamabile sul sito [www.oeffentlichesbeschaffungswesen.ch](http://www.oeffentlichesbeschaffungswesen.ch)).

In un caso in cui il committente era riuscito a dimostrare di aver tentato per ben nove volte di contattare per telefono una delle due persone di riferimento indicate da un offerente, è stato stabilito che il committente aveva ossequiato il principio inquisitorio (sentenza del Tribunale d'appello del Cantone Basilea-Città del 10 maggio 2019, VD.2018.236, consid. 2.2.3). Nello stesso procedimento è stato inoltre riconosciuto che, se la documentazione di gara richiede al concorrente di indicare il numero di telefono e l'indirizzo e-mail del referente, incombe al committente, secondo il principio della buona fede, di provare a contattare il referente almeno una volta anche all'indirizzo e-mail se prima non riesce a raggiungerlo telefonicamente; se non lo fa, egli viene meno all'obbligo di accertamento d'ufficio dei fatti (idem, consid. 2.2.5).

In un altro procedimento, l'autorità di ricorso adita ha ritenuto giustificato, nell'ottica della parità di trattamento, che il committente avesse attribuito la nota 1 (su una scala da 1 a 3) ad una referenza a causa di indicazioni incomplete. Per un oggetto di referenza il committente non era riuscito a trasmettere un messaggio all'indirizzo e-mail indicato dalla ricorrente, mentre per un altro oggetto di referenza la ricorrente aveva ommesso di riportare l'indirizzo e-mail della persona di riferimento e malgrado l'ulteriore sforzo del committente per rintracciare la persona indicata telefonicamente, quest'ultima non aveva né risposto alla chiamata né richiamato (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo del Canton San Gallo del 19 marzo 2018, B 2017/23, consid. 4.2).

Secondo la prassi del Canton Lucerna, se un contatto non può essere stabilito al primo tentativo, il committente può prendere misure alternative per procurarsi le informazioni di cui necessita (cfr. GSPORNER, op. cit.). Per contenere il dispendio nei limiti ragionevoli, egli può rivolgersi direttamente

all'indirizzo del referente e sollecitare quest'ultimo a prendere immediatamente contatto con lui, oppure egli può informare il rispettivo concorrente di non essere riuscito a contattare il referente malgrado vari tentativi ed esortarlo entro un breve termine ad assicurare che il referente sia in grado di fornire le informazioni richieste (cfr. GSPORNER, op. cit.). La prassi menzionata è concorde nell'affermare che il committente rimane comunque libero di stabilire previamente nella documentazione di gara il suo modo di procedere e le conseguenze in caso di mancata reperibilità del referente (cfr. GSPORNER, op. cit.).

**4.3.4** Nel caso di specie, la ricorrente ha inserito nel modulo 3 dell'offerta il nome e cognome della persona di riferimento del committente esterno, unitamente al suo numero di telefono (cfr. allegato 5 alla presa di posizione). Conformemente alle annotazioni nel formulario "Referenza con valutazione", in data 10 settembre 2019 l'autorità aggiudicatrice ha tentato di contattare il referente al recapito telefonico comunicato nell'offerta senza tuttavia poterlo raggiungere direttamente in quanto egli sarebbe nel frattempo andato in pensione (allegato 7 alla presa di posizione), un fatto questo, che viene del resto confermato dalla ricorrente nel suo memoriale.

Come già segnalato, per il criterio di aggiudicazione CA-2 "Qualifica dell'impresa" l'autorità aggiudicatrice ha comunicato espressamente nella documentazione di gara la specifica scala di valutazione comprendente i possibili voti attribuibili alla rispettiva referenza, ossia un voto da 0 a 5 (cfr. supra consid. 4.1). In particolare, per l'evenienza in cui il referente non sia più raggiungibile o non sia in grado di fornire una valutazione, la documentazione di gara stabilisce chiaramente l'attribuzione del voto 1 e quindi uno scarto di 4 punti dal voto massimo possibile. In quest'ottica, l'attribuzione della nota 1 alla prima referenza dell'impresa corrisponde perlomeno a quanto disposto nelle condizioni di gara secondo la documentazione relativa al bando di concorso.

**4.3.5** Secondo il diritto federale sugli acquisti pubblici eventuali vizi della documentazione del bando di concorso che non sono stati fatti valere precedentemente dinanzi all'autorità aggiudicatrice possono, in principio, essere contestati in un procedimento di ricorso contro l'aggiudicazione (cfr. DTAF 2014/14 consid. 4.4). Ciò può essere il caso se il bando di concorso non contiene alcun riferimento diretto ed esplicito a determinati aspetti trattati nella documentazione di gara, dimodoché la portata concreta di tali punti non può essere riconosciuta in modo sufficientemente chiaro al momento della pubblicazione del bando di concorso (sentenza del TAF B-1358/2013 del 23 luglio 2013 intero consid. 2). Considerato che il bando

di concorso non menziona in modo esplicito il metodo di valutazione adottato per le referenze delle imprese, ne segue che eventuali mancanze in tale senso possono essere contestate in questa sede.

Nel presente caso, il criterio di aggiudicazione riferito alla referenza dell'impresa dovrebbe in realtà servire a dare un giudizio sulla qualità della referenza e dell'idoneità (cfr. supra consid. 4.2.1). Non è ravvisabile, né evidente in che modo la reperibilità della persona di riferimento, la quale concerne un aspetto riferito in sostanza alla completezza formale dell'offerta, possa dare una risposta agli aspetti qualitativi della referenza. Nell'ambito della verifica di una referenza da prendere in considerazione per la valutazione dell'offerta sia sulla base dei criteri di idoneità che dei criteri di aggiudicazione, come nel caso di specie, l'incompletezza di una referenza può comportare l'esclusione dalla gara per mancata idoneità o mancato adempimento dei requisiti formali, dimodoché non si può più procedere all'esame della qualità della referenza. In quest'ottica, soltanto i voti da 2 a 5 secondo la scala di valutazione adottata per il criterio di aggiudicazione in esame esprimono un giudizio sulla qualità dell'offerta (da insufficiente a ottimo), mentre i voti 0 e 1, riferendosi agli aspetti formali dell'offerta, possono essere assimilati all'esclusione per mancato adempimento dell'idoneità e alla sussistenza di un vizio di forma dell'offerta. Perciò, in questo caso può trovare applicazione, per analogia, la prassi dello scrivente Tribunale secondo la quale il divieto di formalismo eccessivo ed il principio della proporzionalità possono esigere in talune circostanze che all'offerente sia data l'opportunità di rimediare ai vizi formali a dipendenza della loro gravità (cfr. per tutto DTAF 2007/13 consid. 3.4). Non ogni errore commesso da un concorrente nell'allestimento dell'offerta è suscettibile di comportarne l'estromissione dalla gara, bensì deve trattarsi di un errore di una certa importanza e l'incompletezza deve riferirsi a punti essenziali dell'offerta, mentre difformità irrilevanti e di lieve entità 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).

**4.3.6** Nel caso in disamina, la referenza in parola ha superato l'esame dell'idoneità (cfr. estratto del rapporto di valutazione). La persona indicata dalla ricorrente nel modulo 3 dell'offerta è la stessa che ha sottoscritto il contratto d'appalto avente per oggetto la referenza in questione (cfr. offerta della ricorrente) in qualità di direttore dei lavori alle dirette dipendenze del committente, per cui rientra pienamente nella definizione di "Persona di riferimento del committente" in conformità con le disposizioni di gara (cfr.

supra E. 4.1). Su questa base, la ricorrente poteva partire dal presupposto che la persona di riferimento da lei indicata fosse la persona adatta, competente e in grado di fornire all'autorità aggiudicatrice le informazioni inerenti alla qualità della referenza. In quest'ottica il fatto che il referente in questione oggi non si trovi più alle dirette dipendenze del committente indicato e non sia più raggiungibile presso quest'ultimo configura certo un'incompletezza formale dell'offerta, ma, contrariamente a quanto sostiene l'autorità aggiudicatrice, ciò non significa che il referente, se raggiungibile, non sia più in grado di fornire informazioni sull'oggetto di referenza unicamente perché egli non le darebbe più in qualità di dipendente diretto dell'allora committente, ma soltanto come privato cittadino. Pertanto, non si può condividere il ragionamento dell'autorità aggiudicatrice secondo cui eventuali informazioni raccolte a posteriori presso il referente siano in ogni caso da valutare con il voto 1. È certamente vero che per prassi incombe in principio all'offerente di accertarsi in anticipo se la persona di riferimento di cui intende avvalersi sia disposta a dare informazioni e a quale numero di telefono detta persona possa essere raggiunta nel periodo in questione. Però è anche vero che non può andare in ogni caso a scapito di un offerente il fatto che la persona da lui indicata come referente non sia raggiungibile al momento della telefonata da parte del committente. Nel caso in esame, l'autorità aggiudicatrice, al momento della telefonata del 10 settembre 2019, non ha potuto raccogliere le informazioni necessarie alla valutazione della referenza, dovendo apprendere in quel frangente che la persona di riferimento indicata non era più raggiungibile al numero di telefono segnalato poiché nel frattempo era andata in pensione. In una tale situazione, si poteva ragionevolmente esigere dal committente ch'egli effettuasse presso la ricorrente delle verifiche supplementari sulla reperibilità della relativa persona di riferimento.

**4.3.7** Alla luce di siffatte circostanze, il rigoroso modo di procedere dell'autorità aggiudicatrice nell'attribuzione della nota al sottocriterio di valutazione in questione configura un eccesso di formalismo e viola il principio della proporzionalità. Malgrado l'attribuzione del voto 1 per mancata reperibilità del referente fosse prevista dal capitolato d'appalto, l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto concedere alla ricorrente la possibilità di esprimersi sulla mancata raggiungibilità della persona di riferimento indicata prima di penalizzare già in partenza l'offerta della ricorrente con una riduzione di quattro voti rispetto al voto massimo possibile. In base al principio della buona fede e all'obbligo di accertamento d'ufficio dei fatti sarebbe stato compito dell'autorità aggiudicatrice di segnalare dapprima alla ricorrente che il referente in questione non era più

raggiungibile al recapito telefonico da lei indicato perché era nel frattempo andato in pensione e concederle un breve termine per porre rimedio a tale mancanza, segnatamente per indicare il nuovo recapito della persona di riferimento o eventualmente un sostituto che adempisse le condizioni per la persona di riferimento richieste dalla documentazione del bando, invece di fondarsi da subito sulla mancata verificabilità della referenza a completo svantaggio della ricorrente. Considerato il lasso di tempo tra la prima telefonata (10 settembre 2019) e la proposta di aggiudicazione (30 settembre 2019 rispettivamente 2 ottobre 2019, cfr. allegato 6 alla presa di posizione), si presume che il committente avrebbe ragionevolmente potuto farlo.

**4.3.8** Nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice sostiene che l'invio a posteriori di un nuovo recapito avrebbe comportato una modifica e un miglioramento dell'offerta e sia inammissibile dal punto di vista della parità di trattamento, si impongono le seguenti precisazioni. Da un lato, è vero che di regola è vietato correggere le offerte dopo la loro presentazione, ma ciò non toglie che il committente ha la facoltà, durante la fase di analisi delle offerte, di chiedere spiegazioni o complementi di informazione, restando nei limiti del principio della parità di trattamento (cfr. sentenza del TF 2D\_45/2016 del 10 luglio 2017 consid. 5.1 con ulteriori riferimenti). Dall'altro, la facoltà di un committente di escludere un'offerta trova i suoi limiti nel divieto di formalismo eccessivo secondo l'art. 29 cpv. 1 Cost. (cfr. supra consid. 4.3.5). Come si è visto, nel caso che ci occupa la valutazione della referenza della ricorrente con il voto 1 effettuata subito dopo il primo tentativo di stabilire un contatto con il referente senza la richiesta di ulteriori spiegazioni alla ricorrente in un secondo momento urta il principio della proporzionalità e il divieto di formalismo eccessivo, atteso che alla mancanza riscontrata avrebbe potuto essere posto rimedio entro limiti ragionevoli.

**4.3.9** Per quanto precede, la valutazione della referenza della ricorrente con il voto 1 al criterio di aggiudicazione CA-2.1 non può essere condivisa in quanto lesiva del principio della proporzionalità e del divieto di formalismo eccessivo. Posto che, come si è visto, si rende necessaria una nuova valutazione di questo (sotto)criterio di aggiudicazione e che una simile valutazione è suscettibile di condurre ad un altro esito della procedura di aggiudicazione, la delibera qui impugnata va già annullata per questo motivo e la causa va rinviata all'autorità aggiudicatrice affinché valuti la referenza della ricorrente sulla base dell'esito dei complementi di informazione ai sensi dei considerandi, adatti se del caso la classifica e proceda ad una nuova delibera. Per questo motivo, un'aggiudicazione

diretta alla ricorrente, conformemente alla sua conclusione principale, non può entrare in linea di conto.

## **5.**

Nell'ambito dello scambio di scritti la ricorrente ha avuto accesso alle informazioni e alla documentazione in riferimento alle censure circa il presunto calcolo errato dei punti, la presunta violazione dell'obbligo di informare del committente e la presunta valutazione incompleta e giuridicamente erronea dell'offerta della ricorrente al criterio di aggiudicazione CA-2.1 e CA-2.2 (cfr. ordinanze del 28 novembre 2019 e 5 dicembre 2019, fatti lett. F e H). In particolare la ricorrente è venuta a conoscenza dei punteggi attribuiti per ogni criterio di aggiudicazione alla propria offerta e a quella dell'aggiudicataria conformemente all'estratto della valutazione dell'aggiudicazione e della proposta di aggiudicazione. Allo stesso modo la ricorrente è stata messa nella condizione di apprendere che le persone di riferimento indicate da lei nell'offerta, eccetto il referente al CA-2.1, hanno confermato per iscritto la valutazione delle referenze effettuata dal committente in base alle informazioni da lui raccolte per telefono.

Visto l'esito del procedimento, non è più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già predisposto con le ordinanze del 28 novembre 2019 e 5 dicembre 2019. Pertanto, si può considerare la causa pronta per essere decisa in base alle comparse della ricorrente e del committente, ai loro allegati e alla documentazione della procedura di aggiudicazione già trasmessa. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo al ricorso.

## **6.**

In esito all'odierno giudizio la ricorrente ottiene, conformemente alla conclusione formulata in via subordinata, il rinvio della causa all'autorità aggiudicatrice ai sensi dei considerandi, ma soccombe invece nella conclusione principale con la quale ha sollecitato l'aggiudicazione diretta della commessa in suo favore. Considerato tuttavia che, secondo la prassi, il rinvio della causa per nuova decisione con esito aperto, come nel caso di specie, comporta che chi ricorre sia di regola considerato vincente (DTF 141 V 281 consid. 11.1, DTF 137 V 210 consid. 7.1 pag. 271 con riferimento, nonché la sentenza del TF 1C\_621/2014 del 31 marzo 2015 consid. 3.3 con ulteriori riferimenti), non si giustifica di addossare le spese giudiziarie alla ricorrente. L'anticipo spese di fr. 4'200.-, già versato, le verrà dunque restituito dopo la crescita in giudicato della presente

sentenza (cfr. art. 63 cpv. 1 frase 1 PA). In virtù dell'art. 63 cpv. 2 PA, nessuna spesa processuale è messa a carico dell'autorità aggiudicatrice.

Nella fattispecie la ricorrente, assistita da un avvocato, ha dovuto sostenere spese indispensabili e relativamente elevate. Non avendo il patrocinatore inoltrato alcuna nota d'onorario, è giustificato di assegnare, in base agli atti di causa, un'indennità per spese ripetibili di fr. 3'000.– (IVA inclusa) a carico dell'autorità aggiudicatrice (art. 64 cpv. 1 PA in relazione con gli artt. 7 cpv. 1 e 2 e 8 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]). L'UFCL in qualità di autorità federale non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 TS-TAF).

All'aggiudicataria che non si è formalmente costituita come parte entro il termine impartito con decisione incidentale del 23 ottobre 2019 non è addossata alcuna spesa processuale, né assegnata alcuna indennità.

**Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:**

**1.**

Il ricorso è parzialmente accolto. La decisione di aggiudicazione del 2 ottobre 2019, pubblicata il 7 ottobre 2019, è annullata e la causa è rinviata all'autorità aggiudicatrice ai sensi dei considerandi.

**2.**

Non si prelevano spese processuali. L'anticipo spese di fr. 4'200.–, già versato, è restituito alla ricorrente dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

**3.**

Alla ricorrente è riconosciuta un'indennità per spese ripetibili pari ad un importo di fr. 3'000.– (IVA inclusa) a carico dell'autorità aggiudicatrice.

**4.**

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. SIMAP ID del progetto 188794; atto giudiziario);
- aggiudicataria (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: