



Corte II
B-5770/2022

Sentenza del 10 luglio 2023

Composizione

Giudici Pietro Angeli-Busi (presidente del collegio),
Kathrin Dietrich, Francesco Brentani,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X. _____,

c/o A. _____ SA,

composto da:

1. **A.** _____ SA,

2. **[titolare]**,

Impresa B. _____,

3. **C.** _____ SA,

tutte patrocinate dall'avv. Mattia Bordignon,
ricorrenti,

contro

Ferrovie federali svizzere FFS SA,

FFS Immobili, Development, Oggetti per l'esercizio,
autorità aggiudicatrice,

e

Consorzio Y. _____,

c/o E. _____ SA,

composto da:

1. **E. _____ SA,**

2. **F. _____ SA,**

3. **G. _____ SA,**

tutte rappresentate dall'avv. Riccardo Schuhmacher,
controparti,

Oggetto

Acquisti pubblici; decisione di aggiudicazione
del 22 novembre 2022 concernente il progetto
"Preparazione aree SAC (superfici per l'avvicendamento
delle colture) - Lavori genio civile, movimentazione terra,
bonifiche, demolizioni, creazione suoli agricoli e
opere paesaggistiche Parti d'opera Preonzo, Camorino,
Iragna e Losone"
(pubblicazione SIMAP n. 1299879; ID del progetto 239818).

Fatti:**A.**

Con pubblicazione sul SIMAP del 21 giugno 2022 la Ferrovie federali svizzere FFS SA, Divisione Immobili (di seguito: FFS SA, autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto un pubblico concorso per una commessa edile impostato secondo la procedura aperta, avente per oggetto il progetto “Preparazione aree SAC (superfici per l’avvicendamento delle colture) – Lavori genio civile, movimentazione terra, bonifiche, demolizioni, creazioni suoli agricoli e opere paesaggistiche Parti d’opera Preonzo, Camorino, Iragna e Losone” (n. della pubblicazione 1269267, ID del progetto 239818). Secondo il punto 2.6 del bando, la realizzazione del Nuovo Stabilimento Industriale Ferroviario – NSIF di Arbedo-Castione implica la soppressione di aree agricole SAC che devono essere ricollocate e compensate in maniera reale. È richiesta la realizzazione delle nuove aree agricole e delle costruzioni accessorie previste nei siti indicati.

B.

Con decisione di aggiudicazione del 22 novembre 2022, pubblicata sul SIMAP il 25 novembre successivo (n. della pubblicazione 1299879), l’autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa in oggetto al Consorzio Y._____, composto dalle ditte E._____ SA, F._____ SA e G._____ SA (di seguito: controparti, aggiudicatarie).

C.

Avverso la decisione di aggiudicazione menzionata, le ditte facenti parte del Consorzio X._____, ovvero A._____ SA, [titolare], Impresa B._____, nonché C._____ SA (di seguito: ricorrenti), sono insorte con ricorso del 13 dicembre 2022. In ordine, esse chiedono il conferimento dell’effetto sospensivo al ricorso in via supercautelare e cautelare. In via principale, esse chiedono l’accoglimento del ricorso, l’annullamento della decisione impugnata e l’aggiudicazione della commessa in loro favore. In via subordinata, concludono al rinvio degli atti all’autorità aggiudicatrice per nuova decisione e in via ancora più subordinata all’accertamento dell’illeceità della decisione di aggiudicazione.

In sostanza, le ricorrenti contestano che il consorzio aggiudicatario possa adempiere il criterio di idoneità CI 1.1 “Capacità specialistica”, nonché il requisito minimo RM 1 per la persona chiave 1, motivo per il quale l’offerta delle aggiudicatarie avrebbe dovuto essere scartata e la commessa sarebbe da attribuire alle ricorrenti, piazzatesi al secondo posto nella graduatoria. Al fine di poter completare il ricorso, le ricorrenti chiedono di poter

accedere ai dati rilevanti delle aggiudicatarie riguardo alla referenza presentata per il criterio di idoneità CI 1.1, nonché ai nominativi della persona chiave 1 e 2 per i requisiti minimi RM 1 e RM 2.

D.

Con decisione incidentale del 15 dicembre 2022 il Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisoria, 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 le aggiudicatarie.

E.

Con presa di posizione del 19 gennaio 2023 inoltrata entro il termine prorogato, l'autorità aggiudicatrice, oltre a produrre gli atti di gara, propone, in via cautelare, di respingere la richiesta volta al conferimento dell'effetto sospensivo e di limitare l'autorizzazione a consultare gli atti ai documenti che non possono essere ritenuti segreti aziendali. Nel merito, essa conclude al rigetto integrale del ricorso.

F.

Con scritto del 20 gennaio 2023 le controparti comunicano la loro volontà di non partecipare attivamente al procedimento.

G.

Con replica del 10 febbraio 2023 le ricorrenti ribadiscono in sostanza le conclusioni e argomentazioni portate in sede di ricorso.

H.

Con duplice del 6 marzo 2023, pervenuta entro il termine prorogato, l'autorità aggiudicatrice comunica che l'Ufficio federale dei trasporti (UFT), nella decisione parziale di approvazione dei piani del 1° marzo 2023 relativa al progetto NSIF, non ha approvato gli interventi relativi alla creazione delle nuove superfici SAC di compenso. A seguito di ciò, l'autorità aggiudicatrice informa di aver revocato l'aggiudicazione e interrotto la procedura relativa al presente appalto (cfr. pubblicazioni in italiano sul SIMAP n. 1320561 e 1321435). Per questi motivi, essa chiede, in via principale, di sospendere la procedura di ricorso in oggetto fino alla crescita in giudicato dell'interruzione della procedura di aggiudicazione e di stralciare dai ruoli la pratica B-5770/2022 dopo la crescita in giudicato dell'interruzione della procedura di aggiudicazione, con addossamento delle spese e delle ripetibili alle ricorrenti. Per il resto, essa mantiene, in via subordinata, le conclusioni formulate nella presa di posizione al ricorso.

I.

Chiamate ad esprimersi con ordinanza del 7 marzo 2023 sulle nuove conclusioni dell'autorità aggiudicatrice, le ricorrenti, mediante scritto del 24 marzo 2023, mantengono le conclusioni formulate nel loro gravame, in particolare l'annullamento della decisione di aggiudicazione e l'aggiudicazione in loro favore, chiedendo solo in via eventuale di dichiarare il ricorso privo d'oggetto e di stralciare la procedura dai ruoli, nonché di porre integralmente a carico dell'autorità aggiudicatrice tasse, spese e ripetibili, queste ultime secondo la nota dettagliata prodotta.

In sostanza, le ricorrenti non condividono il parere della committente secondo cui l'interruzione del concorso si sarebbe resa necessaria solo a seguito dell'intimazione della decisione parziale dell'UFT del 1° marzo 2023 e che la mancata approvazione sarebbe avvenuta contro le aspettative. A loro dire, un'interruzione si sarebbe già imposta in occasioni precedenti. La scelta di compensare le aree SAC di Castione tramite il terreno di Losone sarebbe stata oggetto di contestazione nella fase di pubblicazione dei piani nel maggio 2022, nell'ambito della procedura ricorsuale contro l'approvazione dei piani nel mese di ottobre 2022 e nel comunicato stampa della committente del 12 gennaio 2023, in cui era indicato che il sedime di Losone sarebbe stato scartato dalla Commissione federale per la protezione della natura e del paesaggio.

J.

Con ordinanza del 30 marzo 2023, il Tribunale, oltre a trasmettere le osservazioni delle ricorrenti del 24 marzo 2023 all'autorità aggiudicatrice, ha dichiarato priva d'oggetto, non essendo pervenuto alcun ricorso, la domanda di sospendere la procedura fino alla crescita in giudicato della revoca dell'aggiudicazione e dell'interruzione della procedura, nonché deciso di continuare la trattazione del presente ricorso, prospettando di esaminare la natura giuridica della revoca e dell'interruzione nell'ambito della presente sentenza.

Diritto:**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; sentenza del TAF B-1773/2006 del 25 settembre 2008 pubblicata in DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

2.

Giusta l'art. 1 LAPub, la presente legge si applica all'aggiudicazione, da parte di committenti a essa sottoposti, di commesse pubbliche, siano queste incluse o meno nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Conformemente all'art. 52 cpv. 1 lett. a LAPub, contro le decisioni (cfr. consid. 2.1) dei committenti (cfr. consid. 2.2) è dato il ricorso al Tribunale amministrativo federale in caso di prestazioni edili (cfr. consid. 2.3), a partire dal valore soglia determinante per la procedura mediante invito (cfr. consid. 2.4) e se la commessa in oggetto non rientra in una delle eccezioni previste dall'art. 10 LAPub, né costituisce una commessa pubblica secondo l'allegato 5 numero 1 lettere c e d LAPub (cfr. consid. 2.5).

2.1 Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione, la revoca dell'aggiudicazione e l'interruzione della procedura, è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 53 cpv. 1 lett. e-g LAPub; cfr. consid. 3.3 segg.).

2.2 Con l'entrata in vigore il 1° giugno 2002 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera – CE; RS 0.172.052.68) gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cifra 2 lett. d e cpv. 3 e dell'Allegato II B dell'Accordo bilaterale). Conformemente all'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub, le imprese pubbliche e private che forniscono prestazioni di servizi pubbliche e alle quali sono conferiti diritti esclusivi o speciali sottostanno alla presente legge a condizione che esercitino in Svizzera attività nel settore *“messa a disposizione o gestione di ferrovie, compresi i trasporti effettuati avvalendosi di tali infrastrutture”*. I committenti di cui al capoverso 2 sottostanno alla presente legge unicamente nel caso di appalti pubblici nel settore di attività descritto, non però per le loro altre attività (art. 4 cpv. 3 LAPub).

Nel settore delle ferrovie (costruzione, messa a disposizione e gestione di installazioni ferroviarie), la FFS SA, Divisione Immobili, non è di principio assoggettata alla LAPub in qualità di committente, a meno che la commessa abbia un rapporto diretto con il settore di attività indicato (cfr. sentenza del TAF B-6350/2015 del 22 febbraio 2016 consid. 3.1). Le prestazioni del bando di concorso in oggetto si iscrivono nel quadro della realizzazione delle nuove aree agricole e delle costruzioni accessorie previste nei siti di Preonzo, Camorino, Iragna e Losone e si collocano nell'ambito della realizzazione del nuovo stabilimento industriale ferroviario NSIF ad Arbedo-Castione, in cui verrà svolta la manutenzione leggera e pesante

dei treni. Detti lavori si trovano manifestamente in un rapporto funzionale diretto con le attività nel settore ferroviario ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub, per cui l'autorità aggiudicatrice adempie la qualità di committente assoggettato alla LAPub.

2.3 Il presente appalto è definito ai sensi di una commessa edile (punto 1.8 del bando) e rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (punto 1.9 del bando). A tale riguardo sono determinanti le prestazioni edili secondo la lista di cui all'allegato 1 cifra 1 LAPub (cfr. art. 8 cpv. 4 LAPub), la quale si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti "Central Product Classification" (CPC prov.) stabilita dall'ONU. Al punto 2.5 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alle categorie "45100000 - Lavori di preparazione del cantiere edile", "45110000 – Lavori di demolizione di edifici e lavori di movimento terra", "45111100 – Lavori di demolizione", "45112200 – Rimozione di terra", "45112400 – Lavori di scavo", "45112500 – Lavori di movimento terra". Queste categorie corrispondono a loro volta ai numeri di riferimento 511 segg. secondo la CPC. La commessa in parola ricade pertanto nella categoria delle commesse edili di cui all'art. 8 cpv. 2 lett. a LAPub in combinato disposto con l'art. 8 cpv. 4 LAPub e l'Allegato 1 cifra 1.2 LAPub.

2.4 Considerato il preventivo dell'autorità aggiudicatrice, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse edili per gli operatori ferroviari di cui all'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub (art. 8 cpv. 4 LAPub in combinato disposto con l'art. 16 LAPub e l'allegato 4 LAPub).

2.5 Infine, non sussiste alcuna eccezione ai sensi dell'art. 10 LAPub e non vi sono indizi che si tratti di una commessa pubblica secondo l'allegato 5 numero 1 lettere c e d LAPub. Ne segue che la presente commessa soggiace alla LAPub e ai trattati internazionali e che il Tribunale amministrativo federale è competente a dirimere la presente controversia.

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. 55 LAPub e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 56 cpv. 3 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere esaminata l'adeguatezza di una decisione.

3.1 I requisiti relativi al contenuto, alla forma e alla tempestività del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA, art. 56 cpv. 1 LAPub in combinato disposto con l'art. 51 cpv. 1 primo periodo LAPub), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e i patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

3.2

3.2.1 Eccetto che nei ricorsi nell'ambito della procedura per incarico diretto (art. 56 cpv. 4 LAPub), la LAPub non contiene una disposizione specifica relativa al diritto a ricorrere in relazione ad altri tipi di procedure di aggiudicazione, per cui la questione deve essere giudicata in base alla legge federale sulla procedura amministrativa (art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2). La circostanza secondo cui un offerente 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. Un interesse di protezione attuale e pratico ad insorgere contro la delibera è riconosciuto segnatamente se l'offerente soccombente riesce a rendere verosimile di fruire di una reale possibilità di vedersi aggiudicare la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg., sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3).

Chi insorge al Tribunale amministrativo federale deve avere un interesse pratico e attuale alla trattazione del ricorso ai sensi dell'art. 48 PA, sia quando lo adisce, ovvero al momento del deposito del ricorso, sia al momento in cui il Tribunale si pronuncia nel merito (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3^a ed., 2022, n. a margine 2.70 con rinvii alla prassi).

3.2.2 Le ricorrenti non sono state considerate per l'aggiudicazione, piazzandosi al secondo posto nella graduatoria. Pertanto, almeno al momento dell'inoltro del ricorso, va loro riconosciuto, con particolare riferimento alle conclusioni di merito, un interesse degno di protezione attuale e pratico ad insorgere contro la delibera. Invero, dando seguito al loro ragionamento e dovendo dunque concludere che l'offerta delle aggiudicatarie e controparti avrebbe dovuto essere scartata per il mancato adempimento dei criteri di idoneità e dei requisiti minimi, le ricorrenti si classificherebbero al primo posto della graduatoria.

3.3 Di seguito va esaminato se e in che misura la revoca dell'aggiudicazione e l'interruzione della procedura, intervenute nell'ambito dello scambio di scritti, possano modificare la valutazione sull'interesse attuale e pratico delle ricorrenti ad insorgere contro la decisione di aggiudicazione.

3.3.1 La procedura di appalto si conclude con una decisione di aggiudicazione o con una decisione di interruzione. L'interruzione è possibile per motivi sufficienti ad ogni stadio della procedura (art. XV par. 5 GPA 2012; cfr. art. 43 LAPub e art. 30 dell'Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub; RU 1996 508 e 2020 641, 691]). Un'interruzione giustificata esplica effetti non solo sulla procedura di aggiudicazione, ma anche sull'intera procedura di appalto. La necessità di un appalto è stabilita dal solo committente (cfr. per tutto il Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici del 15 febbraio 2017, FF 2017 1587, pag. 1694 seg.; cfr. anche infra consid. 4.2.1.1 segg.). L'interruzione della gara si basa generalmente su fatti nuovi e fa l'oggetto di una decisione separata suscettibile di ricorso (art. 53 cpv. 1 lett. g LAPub). Se una procedura di aggiudicazione viene interrotta durante la litispendenza di un ricorso diretto contro l'aggiudicazione, occorre dapprima attendere che sia fatta definitivamente chiarezza sulla legittimità dell'interruzione. Se la decisione di interruzione viene impugnata e l'autorità di ricorso accerta che l'interruzione non è fondata da motivi oggettivi sufficienti, ciò porta all'annullamento della decisione di interruzione e alla ripresa della procedura di aggiudicazione nel frattempo (eventualmente) sospesa. Se la decisione di interruzione non viene impugnata o risulta oggettivamente giustificata, allora la gara è annullata ed un'eventuale procedura pendente contro l'aggiudicazione deve essere di principio stralciata dai ruoli non appena l'interruzione ha acquisito forza di cosa giudicata.

3.3.2 Secondo l'ordinamento giuridico suesposto, se sussistono motivi sufficienti, la procedura di aggiudicazione può essere interrotta in ogni fase della gara. In linea di massima, l'esame della liceità dell'interruzione non può avvenire nel procedimento di ricorso diretto contro l'aggiudicazione se la gara pubblica è stata interrotta e l'interruzione è cresciuta in giudicato.

Nel caso di specie, la decisione di interruzione non è stata impugnata. Tuttavia, è innegabile che la sorte della procedura di ricorso contro l'aggiudicazione è strettamente connessa alla liceità dei motivi dell'interruzione e si trova in un rapporto di forte interdipendenza con quest'ultima questione. In caso di ammissibilità dell'interruzione, il procedimento diretto contro l'aggiudicazione diventerebbe privo d'oggetto. Nel caso contrario,

l'aggiudicazione riprenderebbe valore e andrebbe esaminato se essa è avvenuta in modo conforme al diritto.

Alla stretta connessione, poc'anzi esposta, suscettibile di rendere verosimile un interesse degno di protezione, si aggiunge che nella fattispecie in parola, le ricorrenti si sono determinate sull'interruzione della gara. Alla luce di questi fatti, considerati allo stesso modo motivi di economia procedurale, nonché le ordinanze di istruzione del 7 e 30 marzo 2023, si giustifica di interpretare il gravame come se fosse diretto anche contro la revoca e l'interruzione della gara e di riconoscere alle ricorrenti, almeno in questa misura, un interesse attuale e pratico a ricorrere.

4.

4.1 L'autorità aggiudicatrice ha motivato l'interruzione della procedura di aggiudicazione e la revoca della decisione di aggiudicazione nel modo seguente (cfr. le pubblicazioni sul SIMAP n. 1320561 e 1321435 alla voce "motivazione"):

“si rende necessaria una modifica sostanziale delle prestazioni richieste (solo nella decisione di interruzione, n.d.r.). Contro ogni aspettativa FFS SA non dispone delle autorizzazioni necessarie per eseguire i lavori di preparazione delle aree SAC, che sarebbero dovuti iniziare in concomitanza con i lavori preliminari per il Nuovo stabilimento industriale ferroviario NSIF. L'Ufficio federale dei trasporti ha infatti ritenuto che ad oggi non sia appropriato effettuare una valutazione completa in merito alla realizzazione delle aree SAC, in quanto vi sono ancora molte domande aperte, in particolare da parte dell'Ufficio federale dello sviluppo territoriale riguardo al bilancio completo sul compenso reale della totalità delle superfici SAC perse. La valutazione dei compensi SAC verrà quindi effettuata solo quando sarà possibile effettuare un esame completo, facendo pertanto cadere il programma lavori. Al contempo FFS SA ha dovuto rinunciare alla proposta della zona di Losone (ca il 50% delle prestazioni previste nel bando di concorso), che è stata formalmente stralciata dalla domanda di approvazione dei piani in seguito ad un rapporto con parere negativo allestito dalla Commissione federale chiamata ad esprimersi. FFS SA è alla ricerca di siti alternativi; i lavori che saranno necessari per la preparazione dei nuovi siti non sono ad oggi conosciuti. Visto quanto precede FFS SA dovrà cercare ulteriori siti dove effettuare i compensi SAC, così come ripianificare e riprogrammare i lavori di preparazione delle aree SAC, tenendo conto dei nuovi siti, dell'avanzamento dei lavori sul cantiere NSIF a Arbedo-Castione e dei contenuti della futura decisione principale di approvazione dei piani. Queste modifiche sono da ritenersi sostanziali, ragion per cui FFS SA non ha altra scelta che quella di revocare l'aggiudicazione e interrompere la procedura.”

In sede di duplice l'autorità aggiudicatrice ha pubblicato un estratto della decisione di approvazione dei piani dell'UFT del 1° marzo 2023, il cui esito e le cui conseguenze sono stati poi riassunti nella motivazione suesposta.

4.2

4.2.1

4.2.1.1 La procedura di aggiudicazione si conclude con una decisione di aggiudicazione o con una decisione di interruzione. Se, come nel presente caso, l'interruzione viene disposta dopo la decisione di aggiudicazione, essa deve essere preceduta da una revoca dell'aggiudicazione (HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/ Zäch [ed.], Wettbewerbsrecht II, 2021, art. 43 n. 2). L'interruzione sulla base dell'art. 43 LAPub è possibile per motivi sufficienti a ogni stadio della procedura (art. XV par. 5 GPA 2012, FF 2017 1587, pag. 1694 seg.). L'elenco dei motivi di interruzione del cpv. 1 dell'art. 43 LAPub è esemplificativo. Per ritenere ammissibile un'interruzione è unicamente determinante il fatto che il committente si fondi su motivi oggettivi sufficienti e che l'interruzione non avvenga nell'intento o con l'effetto di discriminare in modo mirato un offerente o di impedire la concorrenza (FF 2017 1694; DTF 134 II 192 consid. 2.3 seg.). Di contro, non è necessario eseguire una ponderazione tra l'interesse al proseguo e l'interesse all'interruzione della procedura di aggiudicazione e non importa nemmeno se i motivi oggettivi erano prevedibili e se ciò sia imputabile al committente. Quest'ultimo aspetto può semmai entrare in linea di conto per esaminare un eventuale diritto ad un'indennità (DTF 134 II 192 consid. 2.3 seg.). Da notare infine che in caso di interruzione giustificata gli offerenti non hanno diritto a un'indennità (art. 43 cpv. 2 LAPub).

4.2.1.2 Il messaggio di legge, come pure la dottrina e la giurisprudenza distinguono fra un'interruzione definitiva (art. 43 cpv. 1 lett. a LAPub) e un'interruzione provvisoria (cfr. art. 43 cpv. 1 lett. b-f LAPub; FF 2017 1694; cfr. TRÜEB/CLAUSEN, op. cit., art. 43 n. 5; THOMAS LOCHER in: Hans Rudolf Trüeb [ed.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, art. 43 n. 1 segg.; sentenza del TAF B-5108/2019 del 16 agosto 2022 consid. 5.1.1.1 con ulteriori riferimenti). Si parla di interruzione definitiva se il committente non realizza il progetto previsto (art. 43 cpv. 1 lett. a LAPub). Ciò può verificarsi ad esempio quando la messa a concorso di una prestazione è subordinata allo stanziamento di un credito, che poi non viene stanziato oppure se sono subentrati nuovi elementi acquisiti (FF 2017 1694). Si tratta di casi in cui il fabbisogno iniziale dell'appalto viene completamente a cadere in quanto l'obiettivo direttamente connesso a tale fabbisogno non può più essere raggiunto. Un'interruzione definitiva implica che una procedura di aggiudicazione conclusasi in tal modo non potrà più essere seguita da una nuova (sentenza del TAF B-5108/2019 consid. 5.1.1.1 con ulteriori riferimenti). Un'interruzione è provvisoria se è stata indetta in

vista di una ripetizione o di una ripresa della procedura appalto. In principio, il fabbisogno delle prestazioni perdura, ma verrà soddisfatto solo a medio termine (sentenza del TAF B-5108/2019 consid. 5.1.1.1 con ulteriori riferimenti).

4.2.1.3 Per una decisione di interruzione i requisiti relativi al grado di dettaglio della motivazione sono leggermente più severi di quelli stabiliti per la decisione di aggiudicazione: dalla decisione di interruzione si devono evincere immediatamente i motivi oggettivi per i quali il committente interrompe la procedura e la decisione deve specificare se l'interruzione è definitiva o se si prevede di ripetere la procedura (FF 2017 1694).

4.2.1.4 La necessità di un appalto è stabilita dal solo committente al quale è riconosciuto un ampio margine di manovra per interrompere la procedura di aggiudicazione (FF 2017 1694). In effetti, l'art. 43 cpv. 1 LAPub è concepito come norma potestativa ("Kann-Vorschrift"). A prescindere da poche eccezioni non sussiste dunque un obbligo di interrompere una procedura di aggiudicazione. Un simile obbligo può entrare in considerazione in caso di modifica sostanziale delle condizioni d'appalto, se viene a cadere l'interesse ad una procedura di aggiudicazione per inattività notoria del committente oppure in caso di ricerca parallela di offerenti in procedure d'acquisto simultanee (p. es. acquisto inhouse, procedura libera, procedura a trattativa privata; cfr. THOMAS LOCHER, op. cit., n. 8; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, pag. 787).

4.2.2 Dalla duplice e dalla motivazione dell'interruzione pubblicata sul SIMAP emerge che l'UFT, mediante decisione parziale del 3 marzo 2023, non ha approvato gli interventi relativi alla creazione delle nuove superfici SAC di compenso e in particolare ha stralciato la possibilità di eseguire il compenso di Losone, corrispondente a circa il 50% delle prestazioni previste dal presente bando di concorso. A seguito di ciò, la committente non è in possesso delle autorizzazioni necessarie per eseguire i lavori di preparazione delle aree SAC. Con la mancata approvazione dell'UFT viene dunque a cadere una condizione indispensabile sulla quale poggiava il fabbisogno iniziale dell'appalto e senza la quale l'obiettivo intrinsecamente connesso a tale fabbisogno non può più essere realizzato nella forma originariamente richiesta. La decisione parziale dell'UFT del 3 marzo 2023 ha fatto emergere un nuovo elemento che comporta una modifica sostanziale delle prestazioni richieste (art. 43 cpv. 1 lett. f LAPub). Considerata la portata fondamentale della modifica delle condizioni del bando, una continuazione della procedura di aggiudicazione non ha attualmente alcun senso e non si lascerebbe nemmeno giustificare dal profilo di un impiego dei fondi

pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica (art. 1 lett. a LAPub). È pertanto condivisibile che la committente non abbia ravvisato altra scelta se non quella di revocare e poi di interrompere la procedura di aggiudicazione.

4.2.3 Visto quanto precede, discende che l'interruzione della procedura di aggiudicazione è ammissibile e poggia su motivi oggettivi sufficienti. Non sono ravvisabili, né vengono fatte valere ragioni per presumere che l'interruzione sia avvenuta nell'intento o con l'effetto di discriminare in modo mirato un offerente o di impedire la concorrenza. Le contestazioni mosse dalle ricorrenti contro l'interruzione del concorso (cfr. Fatti lett.C) tendono essenzialmente a rendere la committente responsabile per non aver individuato a tempo debito la prevedibilità dei motivi di interruzione ed aver interrotto il concorso solo a seguito della decisione parziale dell'UFT, quando sarebbe già stato noto ben prima dell'aggiudicazione che il sedime di Losone sarebbe stato scartato. Per prassi costante (cfr. supra consid. 4.2.1.1), questi argomenti sono irrilevanti nell'esame dell'ammissibilità dell'interruzione di un concorso.

4.2.4 La presente fattispecie è contraddistinta dalla particolarità che l'interruzione della gara è in pratica la conseguenza della comparsa di un fatto nuovo che non appartiene alla sfera di influenza della committente, ovvero del mancato rilascio, da parte dell'UFT, della necessaria approvazione per il programma dei lavori che forma l'oggetto del concorso. Già soltanto mediante la menzionata decisione dell'UFT, la committente, al momento della presente pronuncia, non dispone più delle necessarie approvazioni per eseguire i lavori di preparazione, dimodoché viene a mancare un fondamento indispensabile per permettere di realizzare lo svolgimento della procedura di aggiudicazione nella forma originariamente auspicata, nonché di assegnare la commessa a un qualsivoglia offerente. Questo significa, in ultima analisi, che né le controparti né le ricorrenti possono vedersi attribuire la commessa e che non ha più senso continuare la procedura di aggiudicazione. In questo caso, il Tribunale ritiene di poter far propria la motivazione della decisione dell'UFT, resa nota dalla committente, e giunge alla conclusione che il venir meno della ragion d'essere della procedura di aggiudicazione e delle opere oggetto di prestazione non può che imporre la revoca dell'aggiudicazione e l'interruzione del concorso. Ciò ha, come prima conseguenza, che la procedura di ricorso diretta contro l'aggiudicazione è divenuta priva di oggetto e va stralciata dai ruoli nella misura in cui le condizioni di fatto esigono una revoca della delibera e un annullamento del concorso, e, come seconda conseguenza che, per il resto, il ricorso, inteso come diretto anche contro l'interruzione del concorso, va respinto.

In considerazione di un simile esito e della particolarità del caso, la committente non aveva altra scelta se non quella di disporre formalmente, mediante le rispettive pubblicazioni nel SIMAP, la revoca della delibera e l'interruzione del concorso. In virtù della costellazione straordinaria in cui si colloca la concreta fattispecie, può essere lasciato indeciso se la revoca dell'aggiudicazione e l'interruzione della gara avrebbero dovuto essere esaminate nell'ottica dell'art. 58 PA.

5.

La presente sentenza rende senza oggetto la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo e, visto l'esito del ricorso, non si rende più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti di gara alle ricorrenti e trattare le ulteriori conclusioni.

6.

6.1 Le spese di procedimento dinanzi al TAF seguono in principio la soccombenza e comprendono la tassa di giustizia ed i disborso (art. 63 cpv. 1 PA e 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]). Giusta l'art. 5 del regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008 (TS-TAF, RS 173.320.2), se una causa diviene priva d'oggetto, di regola le spese processuali sono addossate alla parte il cui comportamento renda priva d'oggetto la causa. Visto l'esito del ricorso considerata la particolarità del caso, atteso che il Tribunale non ha più dovuto chinarsi sulle ulteriori censure ricorsuali e visto che una procedura di ricorso avrebbe probabilmente potuto essere evitata se la committente avesse aggiudicato la commessa solo dopo essersi accertata di disporre delle autorizzazioni necessarie, si rinuncia a prelevare spese giudiziarie (art. 6 lett. b TS-TAF). L'anticipo spese versato di fr. 9'000.– è restituito alle ricorrenti dopo la crescita in giudicato della presente sentenza. Nessuna spesa processuale è messa a carico dell'autorità inferiore né delle autorità federali, che promuovano il ricorso e soccombano (art. 63 cpv. 2 PA). Lo stesso vale per le controparti, le quali hanno comunicato di non esercitare attivamente i loro diritti di parte e non hanno formulato alcuna conclusione.

6.2

6.2.1 L'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente una indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (art. 64 cpv. 1 PA).

Se una causa diviene priva d'oggetto, il Tribunale esamina se devono essere accordate alla parte delle spese ripetibili e l'art. 5 TS-TAF si applica per analogia alla fissazione delle medesime (art. 15 TS-TAF). Le ripetibili comprendono le spese di rappresentanza o di patrocinio ed eventuali altri disborse di parte (art. 8 cpv. 1 TS-TAF), nelle quali rientrano in particolare l'onorario dell'avvocato o l'indennità dovuta ai mandatarî professionali che non sono avvocati (art. 9 cpv. 1 lett. a TS-TAF) e che sono calcolati in funzione del tempo necessario alla rappresentanza della parte (art. 10 cpv. 1 TS-TAF); la tariffa oraria per gli avvocati oscilla tra un minimo di 200 e un massimo di 400 franchi (art. 10 cpv. 2 TS-TAF).

6.2.2 Visto l'esito del ricorso e considerato, altresì, che il fatto che il ricorso sia divenuto privo d'oggetto non è imputabile alle ricorrenti, si giustifica l'attribuzione di un'indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 PA e art. 15 TS-TAF in combinazione con l'art. 5 TS-TAF). Nel caso in esame le ricorrenti sono assistite da un avvocato, il quale ha prodotto una scheda contabile dettagliata per le prestazioni fornite nel periodo dal 29 novembre 2022 al 24 marzo 2023 per un importo di fr. 15'227.70, composto da una nota d'onorario di fr. 13'180.- per il tempo impiegato di 41.86 ore (sulla base di una tariffa oraria in prevalenza di fr. 350.-), da spese pari a fr. 959.- e dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) di fr. 1'088.70 calcolata sull'ammontare della fattura (7.7%).

Secondo la prassi del Tribunale amministrativo federale, in materia di appalti pubblici si ritiene applicabile una tariffa oraria di fr. 350.-, rispettivamente una tariffa oraria massima pari a fr. 400.- nelle procedure particolarmente complesse (sentenze del TAF B-1565/2021 del 15 giugno 2021 pag. 6 con rinvio alla sentenza del TAF B-6177/2008 del 13 febbraio 2009 consid. 11.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 1450). L'intervento del patrocinatore nel presente procedimento consiste tra l'altro nella stesura dell'atto di ricorso di 19 pagine (escluso l'elenco degli atti), della replica di altrettante 19 pagine e della determinazione sulle nuove conclusioni dell'autorità aggiudicatrice (10 pagine). Va poi rilevato che l'imposta sul valore aggiunto rivendicata dal patrocinatore non può essere considerata poiché le ricorrenti medesime hanno il diritto alla deduzione dell'IVA secondo il registro IDI. Posto che nella fattispecie non si tratta di una procedura particolarmente complessa e tenuto conto della parziale soccombenza delle ricorrenti, si giustifica di ridurre la nota d'onorario a fr. 6'000.- e di metterla a carico dell'autorità aggiudicatrice. Le controparti, non avendo esercitato attivamente i loro diritti di parte, non hanno diritto ad alcuna indennità.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso diretto contro la decisione di aggiudicazione è stralciato dai ruoli per quanto sia divenuto privo d'oggetto. Per il resto, il ricorso è respinto.

2.

Non si prelevano spese processuali. L'anticipo spese versato di fr. 9'000.- è restituito alle ricorrenti dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

3.

L'autorità aggiudicatrice rifonderà alle ricorrenti un'indennità di fr. 6'000.- a titolo di spese ripetibili.

4.

Questa sentenza è comunicata alle ricorrenti, all'autorità aggiudicatrice e alle controparti.

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Pietro Angeli-Busi

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, purché si ponga una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 1 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: 13 luglio 2023

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario; allegato: formulario "Indirizzo per il pagamento");
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. SIMAP ID del progetto 239818; atto giudiziario);
- controparti (raccomandata).