



Decisione incidentale del 14 gennaio 2014

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio);
Eva Schneeberger; Hans Urech;
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X. _____,

presso A. _____

composto da:

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

tutte patrocinate dall'avv. Franco Gianoni,
ricorrenti,
contro

Ufficio federale delle strade USTRA,

Servizio giuridico e acquisti di terreno, 3003 Berna,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi,
autorità aggiudicatrice,

e

Consorzio Y. _____, composto da:

1. **G.** _____ **SA,**
2. **H.** _____ **SA,**
3. **I.** _____ **SA,**

tutte rappresentate dall'avv. Andrea Sanna,
controparti.

Oggetto

Acquisti pubblici.

N13 EP 18 Circonvallazione Roveredo GR, Lotto 1101, Tracciato Sud — Opere da capomastro e di pavimentazione decisione di aggiudicazione del 7 novembre 2013 (pubblicata in SIMAP del 7 novembre 2013, N della pubblicazione 797251).

Fatti:**A.**

Con pubblicazione su SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; N. della pubblicazione 777765) del 31 maggio 2013 l'Ufficio federale delle strade (di seguito: USTRA, committente, autorità aggiudicatrice) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura aperta, per la delibera di una commessa edile intitolata "N13 EP 18 Circonvallazione Roveredo GR, Lotto 1101, Tracciato Sud — Opere da capomastro e di pavimentazione". Conformemente alla descrizione dettagliata del progetto, nell'ambito della progettata Circonvallazione di Roveredo della strada nazionale A13c il tracciato della nuova autostrada a sud del nuovo tunnel San Fedele collega il portale dello stesso tunnel con il tracciato dell'autostrada esistente in zona Campagnola a San Vittore. La parte sud del tracciato della nuova Circonvallazione di Roveredo ha una lunghezza complessiva di circa 1.1 km; oltre alla realizzazione del tracciato stradale è prevista la formazione di un impianto per il trattamento delle acque meteoriche provenienti dall'autostrada; nell'ambito della realizzazione del tracciato sud è pure prevista la realizzazione di un sottopasso pedonale che collegherà le due aree di sosta in zona Campagnola sotto passando il tracciato autostradale (punto 2.5 del bando di concorso).

B.

Entro il termine di chiusura per la presentazione delle offerte (31 luglio 2013, punto 1.4 del bando di concorso) sono pervenute all'autorità aggiudicatrice 5 offerte, tra cui quella delle ricorrenti (fr. 8'788'118.00 IVA esclusa) e del Consorzio Y._____ c/o G._____ SA, (...), (di seguito: aggiudicataria e controparti; fr. 8'013'120'.10 IVA esclusa).

C.

Con pubblicazione su SIMAP del 7 novembre 2013 l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa alle controparti per un importo di fr. 8'013'120'.10 (IVA esclusa) e con scritto del 6 novembre 2013 ne ha fatto comunicazione alle ricorrenti.

D.

In data 15 novembre 2013 ha avuto luogo un debriefing presso la filiale di USTRA a Bellinzona a cui hanno partecipato i rappresentanti del committente ed i ricorrenti.

E.

Contro la decisione di aggiudicazione del 7 novembre 2013 le ricorrenti

sono insorte con ricorso del 22 novembre 2013 (data d'entrata 25 novembre 2013), postulando, in via superprovvisoria e provvisoria, di concedere l'effetto sospensivo al ricorso e di invitare il committente a produrre l'incarto completo, nonché di assegnare loro un termine adeguato per completare le proprie argomentazioni. In via principale, le ricorrenti propongono l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e il rinvio della causa al committente affinché proceda a nuova aggiudicazione conforme al bando di concorso. Protestate tasse e spese.

A motivo delle loro conclusioni, le ricorrenti adducono in sostanza che l'aggiudicatario non risponde al criterio di idoneità CI-1 "idoneità tecnica dell'impresa / consorzio", conformemente al quale ai concorrenti è richiesto di inoltrare, tra l'altro, una "referenza sull'esecuzione di 1 tracciato stradale (...) eseguito sotto traffico, per un importo di almeno 2 mio CHF (IVA compresa)". Le ricorrenti ritengono che, secondo il bando e le disposizioni particolari, per essere idoneo il concorrente debba aver eseguito un lavoro di tracciato, con una componente di sottostruttura (genio civile) e soprastruttura (pavimentazione) e che l'opera debba essere stata eseguita in proprio, senza che sia stata subappaltata una delle due attività. Le ricorrenti sostengono che tale interpretazione del bando sia stata avallata nel corso del debriefing dai rappresentanti del committente e venga del resto confermata dal bando che escluderebbe dalla somma dell'importo per l'esecuzione della referenza due prestazioni specialistiche, ossia i lavori di segnaletica e le barriere di sicurezza, le quali, a loro dire, verrebbero normalmente subappaltate. Il bando includerebbe invece la pavimentazione, ciò che per le ricorrenti dimostrerebbe l'importanza di saper eseguire in proprio tale prestazione. Le ricorrenti affermano che a loro non risulta che una delle ditte componenti il consorzio aggiudicatario abbia eseguito in proprio lavori di pavimentazione in quanto nessuna disporrebbe né dei macchinari né delle maestranze per eseguire tali lavori, concludendo che le referenze per i criteri concernenti la parte di pavimentazione debbano riferirsi a subappalti e non a esecuzioni in proprio.

F.

Con decisione incidentale del 25 novembre 2013 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisoria, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicatario. Nel contempo il Tribunale ha fissato un termine all'autorità aggiudicatrice fino al 9 dicembre 2013 per prendere posizione sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, produrre gli atti preliminari ed esprimersi sul valo-

re stimato della commessa, rispettivamente fino al 3 gennaio 2014 per inoltrare una risposta al ricorso nel merito. Allo stesso modo è stata data all'aggiudicataria l'opportunità di esprimersi entro gli stessi termini sulle questioni procedurali e di merito, nella misura in cui desiderasse costituirsi come controparte.

G.

Con risposta del 9 dicembre 2013 l'autorità aggiudicatrice postula, in via cautelare, di negare alle ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti, così come la facoltà di replicare, di respingere l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo e, nel merito, di negare alle ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti e di respingere il ricorso. Protestate tasse, spese e ripetibili.

In sostanza l'autorità aggiudicatrice contesta sia l'interpretazione data dalle ricorrenti al bando e alle disposizioni particolari, sia di aver comunicato alle ricorrenti durante il debriefing che per poter essere idoneo un offerente avrebbe dovuto eseguire con proprie maestranze e attrezzature l'attività di pavimentazione e di genio civile. Oltracciò, la referenza portata dal consorzio aggiudicatario dimostrerebbe come l'impresa sia in grado di assumere il mandato messo in concorso, in conformità con i requisiti posti nel bando di concorso. L'autorità aggiudicatrice conclude alla manifesta infondatezza del ricorso e di conseguenza al rigetto della richiesta di concessione dell'effetto sospensivo presentata dai ricorrenti senza che il Tribunale debba chinarsi sulla ponderazione degli interessi in gioco. Nella denegata ipotesi che debba essere effettuata la ponderazione degli interessi, l'autorità aggiudicatrice osserva come un'immediata esecuzione della commessa debba essere ritenuta preponderante rispetto agli interessi dei ricorrenti. Per quanto attiene all'esame degli atti, il committente richiede che ai ricorrenti vengano messe a disposizione unicamente le valutazioni relative ai criteri di idoneità, in quanto sarebbe contestata soltanto la valutazione dell'idoneità tecnica dell'impresa aggiudicataria.

H.

Con osservazioni del 9 dicembre 2013 le controparti chiedono in via provvisoria di non concedere l'effetto sospensivo al ricorso e nel merito di respingere il ricorso, protestate spese e ripetibili. In sostanza le controparti ritengono che le ricorrenti abbiano interpretato il bando in maniera errata.

I.

Con ordinanza del 16 dicembre 2013 lo scrivente Tribunale ha trasmesso

alle ricorrenti l'indice degli atti e concesso di prendere parzialmente visione della documentazione di gara (cfr. per i dettagli consid. 6).

J.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della presente decisione incidentale.

Diritto:

1.

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

1.1 Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub; RS 172.056]). La legittimazione a ricorrere di offerenti non considerati dall'aggiudicazione risulta dall'art. 48 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021) in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13 consid. 1.4).

1.2 La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT; RS 0.632231.422; 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), il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia fissati dall'art. 6 cpv. 1 LAPub e all'applicazione non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub.

L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetto alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub). La commessa in esame, intitolata "N13 EP 18 Circonvallazione Roveredo GR, Lotto 1101, Tracciato Sud – Opere da capomastro e di pavimentazione", ha per oggetto l'esecuzione del tracciato relativo alla parte sud della nuova Circonvallazione di Roveredo per una lunghezza complessiva di 1,1 km (cfr. per i dettagli punto 2.5 del bando di concorso) e rientra quindi nel novero del-

le 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 stimato della commessa, come comunicato dal committente nella risposta, ammonta a fr. 9'709'897.85 sono indiscutibilmente raggiunti 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 23 novembre 2011 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2012 e 2013, RU 2011 5581). Siccome per l'esame del raggiungimento del valore soglia è per legge determinante unicamente il valore stimato della commessa e non il prezzo dell'offerta non è rilevante che nel presente caso il prezzo dell'offerta delle controparti sia leggermente inferiore al limite del valore soglia per commesse edili. A titolo abbondanziale giova tuttavia rilevare che dal verbale dell'apertura delle offerte emerge che i prezzi di tre offerte su cinque si trovano al disopra dei valori soglia legali.

Non sussistendo inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub, come del resto riconosciuto dalle parti.

Ritenuto quanto precede, alla luce di un esame prima facie sono dati i presupposti per entrare nel merito del ricorso.

1.3 Per prassi costante, nell'ambito dei ricorsi contro decisioni di aggiudicazione, il Tribunale amministrativo federale statuisce sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo tramite un collegio di tre giudici (cfr. DTAF 2009/19, consid. 1.2 con rinvii).

2.

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 Abs. 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.

3.

Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo. A differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub prevede che il ricorso contro le decisioni del committente non ha

per legge effetto sospensivo. Il Tribunale amministrativo federale può, su richiesta, accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). Nel caso di specie il ricorso contiene una conclusione corrispondente.

3.1 La LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo. Possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA. Conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutorietà immediata sono più gravi di quelli che possono essere adottati per la soluzione opposta (DTF 129 II 288, consid. 3 con rinvii; decisione incidentale del TAF B-6837/2010 del 16 novembre 2010 consid. 2.1 con rinvii). Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso per legge l'effetto sospensivo al ricorso, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra che egli era consapevole della portata di questa disposizione nel diritto in materia di acquisti pubblici e che ha ritenuto necessario un esame individuale di suddetta questione, ma non significa che egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (DTAF 2009/19, consid. 2.1 e DTAF 2007/13, consid. 2.1).

3.2 Nel caso in cui è presentata la richiesta volta al conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, occorre in una prima fase esaminare, ai sensi di una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale, se sulla base degli atti esistenti si deve partire dal presupposto che il ricorso è manifestamente infondato. In caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve già essere respinta a priori. Qualora siano riconosciute possibilità di successo al ricorso o permangono dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo sulla base della ponderazione di interessi precedentemente menzionata. Conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo federale (cfr. DTAF 2007/13, consid. 2.2), nell'esame della ponderazione sono da includere gli interessi dei ricorrenti a mantenere la possibilità dell'aggiudicazione, mentre, nel contempo, sussiste un importante interesse pubblico a concedere una protezione giuridica efficiente (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 2.2). Ad essi sono contrapposti gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice. Nel messaggio del Consiglio federale concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 (in seguito: Messaggio 2 GATT) è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto

(Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165). Allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7, consid. 3.3). Conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Anche tenuto conto degli obiettivi dell'art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2 con rinvii).

4.

Le ricorrenti motivano il loro gravame unicamente con l'argomento che le aggiudicatarie e controparti non soddisferebbero il criterio di idoneità CI-1 ed andrebbero perciò escluse dalla gara. Le medesime non sollevano censure contro la valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione.

La valutazione prima facie della situazione giuridica è di conseguenza limitata alla problematica dell'idoneità delle aggiudicatarie e controparti, nonché all'esame dei criteri di idoneità operato dall'autorità aggiudicatrice. In tale contesto risulta dalla tabella di valutazione (cfr. allegato D del rapporto di valutazione) che solo le offerte delle ricorrenti e delle aggiudicatarie hanno soddisfatto tutti i criteri di idoneità.

4.1 Le ricorrenti lamentano in sostanza che il committente abbia ritenuto che l'offerta delle controparti adempisse il criterio di idoneità CI-1 "Idoneità tecnica dell'impresa/consorzio". A loro avviso, tale criterio sarebbe soddisfatto solo a condizione che la nozione di "esecuzione di un tracciato stradale" includa una componente di sottostruttura (genio civile) e soprastruttura (pavimentazione) e che l'esecuzione di tali lavori sia avvenuta in proprio senza che sia stata subappaltata una delle due attività. Le ricorrenti sostengono che tale interpretazione del bando sia stata avallata nel corso del debriefing dai rappresentanti del committente e del resto sarebbe confermata dal bando che escluderebbe dalla somma dell'importo per l'esecuzione della referenza due prestazioni specialistiche, ossia i lavori di segnaletica e le barriere di sicurezza, le quali, a loro dire, verrebbero normalmente subappaltate. Alle ricorrenti non risulterebbe che le ditte

componenti il consorzio aggiudicatario abbiano già eseguito in proprio lavori di pavimentazione. Secondo loro tali imprese non disporrebbero delle maestranze e dei macchinari richiesti per questo genere di lavori. Da ciò le ricorrenti concludono che le aggiudicatricie e controparti non rispondono alle esigenze poste dal criterio di idoneità CI-1 e avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di aggiudicazione.

4.2 L'autorità aggiudicatrice ribadisce che né nel bando di concorso né nella documentazione di gara vi fosse una minima esigenza di eseguire in proprio senza subappaltare le due attività di genio civile e di pavimentazione. Tale impostazione sarebbe stata scelta dalla committenza per allargare la cerchia di potenziali concorrenti, visto che in Ticino e in Mesolcina sembrerebbero esistere solo un paio di ditte operanti sia nell'ambito della sottostruttura sia in quella della sovrastruttura. Inoltre, il committente spiega come la referenza dell'idoneità tecnica dell'impresa portata dalle controparti soddisfi a pieno le esigenze poste nel bando di concorso.

L'autorità aggiudicatrice ribadisce di non aver comunicato alle ricorrenti che per poter essere idoneo un offerente avrebbe dovuto eseguire con proprie maestranze e attrezzature le due attività. A suo dire non vi sarebbe alcun elemento che giustifichi l'interpretazione delle ricorrenti secondo cui nel termine "tracciato" debba essere compresa sia la sottostruttura che la sovrastruttura. Il committente sottolinea invece la sua intenzione di aver lasciato libera qualsiasi possibilità, ritenuto che l'entità dei lavori non richiedeva per forza la specializzazione in entrambi i settori, altrimenti avrebbe specificato in modo esplicito nei criteri di idoneità tecnica dell'impresa la richiesta di presentare una referenza per lavori di sottostruttura e di pavimentazione, come del resto avrebbe fatto nell'appalto denominato "N13 EP27 Castione-Roveredo, Lotto 2 – op. capomastro e pavimentazione". In quest'ultimo caso, soggiunge l'autorità aggiudicatrice, la commessa concernerebbe l'allargamento di un tratto esistente, in cui le attività di pavimentazione hanno una grande importanza, mentre nell'appalto in esame si tratterebbe dell'esecuzione di un tratto ex-novo, quindi con maggior importanza per le opere di sottostruttura. Il committente osserva di aver esplicitamente escluso i lavori di segnaletica e le barriere di sicurezza dall'importo minimo dell'oggetto di referenza in quanto si tratterebbe di prestazioni che esulerebbero dalle opere di impresario.

L'autorità aggiudicatrice fa inoltre riferimento al punto 3.6 del bando, secondo cui sono ammessi subappaltatori a condizione che non forniscano più del 50% delle prestazioni totali, e da ciò deduce che un'impresa di pavimentazione non avrebbe potuto assumere da sola il lavoro, in quanto

l'importo della sottostruttura supera l'entità del subappalto ammesso. Ella considera che nel presente caso le opere di pavimentazione si situano tra il 25% e il 30% del valore della commessa, per cui un'impresa di sottostruttura avrebbe potuto assumersi l'opera da sola, affidando la pavimentazione in subappalto.

4.3 Le controparti sono dell'avviso che l'interpretazione delle ricorrenti è errata in quanto, a loro dire, il bando di concorso prevedrebbe la possibilità di subappalto delle opere di pavimentazione e non conterrebbe alcuna indicazione esplicita del tipo di esecuzione dei lavori. La tesi dell'esecuzione in proprio dell'opera verrebbe smentita dal punto 3.6 del bando di concorso, secondo cui sarebbero ammessi subappaltatori a condizione che non forniscano più del 50% delle prestazioni totali. Anche nella documentazione d'appalto (III.2 Documentazione tecnica / amministrativa dell'offerente) sarebbe prevista la possibilità del subappalto delle opere di pavimentazione. Le controparti lasciano intendere che l'interpretazione delle ricorrenti si lascerebbe giustificare alla sola condizione che il bando riporti indicazioni esplicite a riguardo.

5.

Nell'ambito di una procedura in materia di acquisti pubblici deve essere esaminata l'idoneità di ogni singolo concorrente riguardo all'esecuzione della commessa. L'idoneità è data se è garantito che l'offerente interessato può adempiere il mandato in termini finanziari, economici e tecnici (cfr. art. 9 cpv. 1 LAPub; decisione incidentale del TAF B-504/2009 del 3 marzo 2009, consid. 3.1; PETER GALLI/ ANDRÉ MOSER/ ELISABETH LANG/ MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3a edizione, Zurigo 2013, n. 347 segg.). L'idoneità mancante come pure il mancato adempimento dei criteri di idoneità porta all'esclusione dalla procedura giusta l'art. 11 lett. a LAPub. I criteri e le prove d'idoneità sono resi noti nel bando o nella relativa documentazione (art. 9 cpv. 2 LAPub). Giusta l'art. 9 cpv. 1 seconda frase LAPub il committente può esigere dall'offerente determinate prove per dimostrare la propria idoneità. Tale disposto è concretizzato dall'art. 9 OAPub, giusta cui, per l'esame dell'idoneità degli offerenti, il committente può richiedere ed esaminare segnatamente diversi documenti. Conformemente alla cifra 8 dell'Allegato 3 all'OAPub – detto Allegato contiene un elenco dei possibili mezzi di prova dell'idoneità – sono espressamente previste referenze presso cui il committente può accertare l'esecuzione regolare di queste prestazioni e segnatamente procurarsi le seguenti informazioni: valore della prestazione, data e luogo della prestazione, parere (dell'allora committente) sull'esecuzione regola-

re e sulla conformità della prestazione alle regole riconosciute della tecnica.

I criteri di idoneità devono essere distinti dai criteri di aggiudicazione. Con i criteri di idoneità viene prodotta la prova della capacità di adempimento del mandato sotto l'aspetto finanziario, economico e tecnico. Essi si riferiscono all'impresa offerente e alle sue qualità, mentre i criteri di aggiudicazione concretizzano la nozione dell'offerta più favorevole dal profilo economico. I criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione hanno quindi due funzioni differenti: il mancato adempimento dei criteri di aggiudicazione ha come conseguenza l'esclusione dalla gara e un criterio di idoneità non adempiuto non può essere compensato in ragione di un eccesso di soddisfazione da parte dei rimanenti criteri di idoneità. D'altra parte i criteri di aggiudicazione servono a valutare le offerte ammesse e in tale ambito una valutazione peggiore di un criterio di aggiudicazione può essere compensata con una valutazione migliore di un altro o altri criteri di aggiudicazione (cfr. sentenza del Tribunale federale 2C_91/2013 del 23 luglio 2013 consid. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 580). In sintesi, dalla differenza funzionale tra i criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione risulta chiaro che nell'ambito dell'esame dell'idoneità non vi è di principio spazio per una valutazione peggiore o migliore; il risultato dell'esame dell'idoneità ha solo due alternative: o l'ammissione dell'offerta all'esame dei criteri di aggiudicazione o l'esclusione dalla gara.

Non solo per quanto attiene alla scelta dei criteri di idoneità e delle prove attestanti l'adempimento di tali criteri, ma anche nell'ambito della valutazione dei criteri di idoneità, all'autorità aggiudicatrice è conferito un certo potere d'apprezzamento che il Tribunale amministrativo federale deve rispettare. Considerato che nella procedura di ricorso in materia di acquisti pubblici non può essere invocato il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LA-Pub), lo scrivente Tribunale interviene solo se vi è un abuso o un eccesso di tale potere di apprezzamento (art. 31 LAPub; sentenza TAF B-8563/2010 del 15 febbraio 2011 consid. 2.2.2; B-6224/2011 del 27 dicembre 2011 consid. 4; decisione incidentale TAF B-4904/2013 del 29 ottobre 2013 consid. 5.3 con ulteriori rinvii). Questo vale in particolar modo quando l'autorità aggiudicatrice deve stabilire se i lavori menzionati negli oggetti di riferimento possono essere ritenuti paragonabili alla prestazione messa in concorso (decisione incidentale TAF B-7393/2008 del 14 gennaio 2009 consid. 3.2.2.2; sentenze del Tribunale amministrativo federale B-4366/2009 del 24 febbraio 2010 consid. 2.1 e 5, nonché B-3803/2010 del 2 febbraio 2011 consid. 4.3; cfr. anche GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 564 segg.), quando si tratta di valutare se una referenza basta

a dimostrare che un'impresa sia grado di adempiere il mandato messo in concorso (decisioni incidentali del Tribunale amministrativo federale B-1687/2010 del 19 luglio 2010 consid. 4.5.1, B-6253/2009 del 16 novembre 2009 consid. 4, B-504/2009 del 3 marzo 2009 consid. 6.1) oppure quando si tratta di definire quali sono i criteri che una referenza deve soddisfare (decisione incidentale della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] del 22 agosto 2008 CRAP 11/06 consid. 5c/bb).

5.1 Le critiche delle ricorrenti sono rivolte contro il criterio di aggiudicazione CI-1: idoneità tecnica dell'impresa (punto 3.8 del bando di concorso), precisamente nel punto seguente:

"Referenza sull'esecuzione di 1 tracciato stradale (strada cantonale o autostrada) eseguito sotto traffico, per un importo di almeno 2 mio CHF (IVA compresa). Sono esclusi dall'importo i lavori di segnaletica, barriere di sicurezza. La referenza deve essere già realizzata o essere in fase di realizzazione avanzata (= almeno il 50% delle opere già realizzate)."

Le ricorrenti rendono attenti sulla tipologia dell'opera, rinviando al punto 2.1 ("Esecuzione"), al punto 2.2 del bando di concorso ("opere da capomastro e di pavimentazione"), come pure alle "Disposizioni particolari" conformemente alla documentazione di gara (precisamente II.1 Disposizioni particolari, cifra 151.100) dove il presente appalto è delimitato nel modo seguente:

"L'appalto comprende tutti i lavori per la formazione della sottostruttura e della soprastruttura del nuovo tracciato autostradale (...)".

Dai punti del bando e delle disposizioni particolari summenzionati le ricorrenti discendono che per essere idoneo il concorrente deve aver eseguito un lavoro di tracciato con una componente di sottostruttura (genio civile) e soprastruttura (pavimentazione), eseguiti in proprio senza la possibilità di subappalto di una di queste due attività.

5.2 Di principio gli offerenti possono confidare nella circostanza che l'autorità aggiudicatrice intenda i criteri di idoneità nel senso conforme al linguaggio corrente. In caso contrario ella deve definire il criterio in questione in maniera adeguata (il più dettagliatamente possibile) nella documentazione di gara, cosicché gli offerenti possano riconoscere quali sono le esigenze a cui essi o le loro offerte devono rispondere (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-4366/2009 del 24 febbraio 2010 consid. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 566). Detto principio non garantisce soltanto che l'autorità aggiudicatrice adotti un comportamento

secondo la buona fede, ma piuttosto che la medesima è fondamentalemente vincolata dal bando di concorso e dalla documentazione di gara. Un simile vincolo risulta in particolare dal principio di trasparenza e della parità di trattamento (art. 1 cpv. 2 LAPub). Al committente è vietato di modificare a posteriori i criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati nel bando di concorso. Egli agisce in modo avverso al diritto in materia di acquisti pubblici se tralascia di considerare singoli criteri nell'ambito della valutazione delle offerte e della delibera, se cambia l'ordine di importanza di detti criteri, se adotta una ponderazione diversa da quella annunciata oppure se impiega criteri supplementari non pubblicati (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6837/2011 del 15 marzo 2011 consid. 3.2).

5.3 Partendo dal testo del bando al punto 3.8 (cfr. consid. 5.1) va quindi esaminato se le esigenze poste all'oggetto di riferimento a dimostrazione dell'idoneità tecnica dell'impresa sono da ritenere arbitrarie, incomplete oppure se rientrano nell'ambito del potere di apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice.

5.3.1 Nel quadro dell'esame prima facie della valutazione giuridica materiale si può ragionevolmente constatare che la nozione di "esecuzione di 1 tracciato stradale" al criterio di idoneità 1 CI-1 "Idoneità tecnica dell'impresa", in virtù di un uso linguistico convenzionale, ha un tenore generale ed è concepita nel senso di una formulazione aperta. Nel bando di concorso l'autorità aggiudicatrice ha determinato in modo chiaro quali prestazioni dovevano essere escluse dall'importo minimo dell'oggetto di riferimento (i lavori di segnaletica e le barriere di sicurezza), ma non ha definito più da vicino ed esplicitamente se la referencia sull'esecuzione di un tracciato stradale doveva comprendere sia la parte della sottostruttura che quella della soprastruttura e nemmeno se tale oggetto di referencia doveva essere stato eseguito in proprio senza possibilità di subappalto. Come dimostrano i considerandi seguenti, la questione di sapere se la formulazione aperta e generica per definire le esigenze poste alla referencia sull'esecuzione di un tracciato stradale sia servita all'autorità aggiudicatrice per estendere la cerchia dei potenziali offerenti, considerato l'esiguo numero delle ditte ticinesi e mesolcinesi che sembra operare in entrambi i settori del genio civile e della pavimentazione, o se detta formulazione aperta abbia piuttosto impedito che venissero inoltrate offerte da offerenti non in grado di presentare oggetti di referencia riguardanti sia la sottostruttura che la soprastruttura può rimanere indecisa poiché ininfluente per l'esito della presente vertenza. Resta invece determinante la questione a sapere se l'autorità aggiudicatrice poteva a giusta ragione ritenere

superato l'esame dell'idoneità in riferimento all'offerta delle aggiudicatarie e controparti.

Laddove le ricorrenti vorrebbero includere nella definizione di "esecuzione di 1 tracciato stradale" l'esigenza che i lavori relativi all'oggetto di referenza debbano essere eseguiti in proprio, la loro interpretazione non convince, nella misura in cui il testo del bando di concorso al punto 3.8 non prescrive espressamente un divieto di affidamento di lavori in subappalto. Anzi, al punto 3.6 del bando di concorso è esplicitamente prevista l'ammissione di subappaltatori "a condizione che non forniscano più del 50% delle prestazioni totali.". Malgrado il punto 3.6 del bando sia riferito alle prestazioni contenute nell'offerta, esso potrebbe essere interpretato come un indizio suscettibile di affermare che l'affidamento di opere in subappalto fosse ammesso anche per i lavori di pavimentazione e di sottostruttura indicati negli oggetti di referenza per l'idoneità tecnica dell'impresa. Seguendo il ragionamento plausibile dell'autorità aggiudicatrice, considerato che l'affidamento di lavori in subappalto è possibile fino al 50% e che le opere di pavimentazione relative alla presente commessa sono state stimate tra il 25% e il 30%, si può capire che un'impresa di pavimentazione non avrebbe potuto assumere da sola il mandato poiché costretta a dare in subappalto più del 50% delle prestazioni di sottostruttura, mentre un'impresa di sottostruttura avrebbe potuto adottare il mandato da sola, dando i lavori di pavimentazione in subappalto.

La circostanza che le disposizioni particolari del bando includano nell'appalto in questione tutti i lavori per la formazione della sottostruttura e della soprastruttura del nuovo tracciato autostradale non può statuire l'obbligo del committente di tener conto simultaneamente di ambedue gli aspetti anche nella definizione dei criteri di idoneità, considerato anche l'ampio potere di apprezzamento di cui fruisce l'autorità aggiudicatrice nel definire detti criteri e nel valutare le offerte sulla base dei medesimi. Se il committente avesse voluto esigere l'esecuzione della sottostruttura e della soprastruttura in proprio per l'adempimento del criterio di idoneità dell'impresa, la medesima ne avrebbe fatto esplicita menzione nel bando di concorso nella definizione dei criteri di idoneità, come del resto è successo nel bando di concorso denominato "N13 EP27 Castione-Roveredo, Lotto 2 – opere di capomastro e pavimentazione" pubblicato dal medesimo committente sul SIMAP del 22 luglio 2013 (N. della pubblicazione 784765). Il criterio di idoneità CI-1 (idoneità tecnica dell'impresa) richiede tra l'altro "*1 referenza concernente l'esecuzione di 1 tracciato stradale (strade cantonali o autostrade), eseguito sotto traffico stradale, per un importo fatturato complessivo per i lavori di sottostruttura e pavimentazio-*

ne con miscela bituminosa a caldo di almeno 5 mio CHF (IVA compresa). L'oggetto dev'essere concluso o essere in fase di realizzazione avanzata (= almeno il 50% delle opere già realizzate). In caso di consorzio la referenza deve essere della ditta capofila." Nell'evenienza appena menzionata l'autorità aggiudicatrice ha motivato le precisazioni riportate nel bando di concorso in merito alla tipologia delle prestazioni che dovevano essere incluse nell'importo minimo dell'oggetto di referenza adducendo che quella commessa concerne l'allargamento di un tratto esistente in cui sono di grande rilevanza le attività di pavimentazione. In riferimento alla commessa in esame, la stessa autorità fa notare come, trattandosi dell'esecuzione di un tratto ex novo, sia da attribuire maggior importanza alle opere di sottostruttura. Ora, si potrebbe criticare come mai l'autorità aggiudicatrice non abbia tenuto conto di questo aspetto nel definire il criterio di idoneità in disamina, tuttavia non è compito dello scrivente Tribunale di stabilire quali sono i criteri che una referenza deve soddisfare.

Visto quanto precede, non si riscontrano elementi suscettibili di affermare che l'autorità aggiudicatrice abbia abusato o ecceduto nell'esercizio del proprio potere di apprezzamento nel determinare il criterio di idoneità per l'oggetto di referenza riferito all'"esecuzione di 1 tracciato stradale". Considerato che il testo del bando permette l'affidamento di lavori in subappalto fino al 50% e non lo esclude in relazione all'oggetto di referenza e che le opere di pavimentazione relative alla presente commessa sono state stimate tra il 25% e il 30%, mentre quelle di capomastro dovrebbero aggirarsi attorno al 70-75%, rientra nel potere di apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice se quest'ultima ritiene adempiuto il criterio di idoneità dell'impresa per quegli oggetti di referenza che si riferiscono solo a lavori di capomastro. In altre parole, sulla scorta di un esame prima facie appare materialmente giustificato e corretto se l'autorità aggiudicatrice accetta l'idoneità di oggetti di referenza che si riferiscono esclusivamente a lavori di capomastro rispettivamente di sottostruttura anche per quanto attiene alle prestazioni proprie.

Anche nell'ipotesi che l'autorità aggiudicatrice avesse comunicato alle ricorrenti in sede di debriefing che per poter essere idoneo un offerente avrebbe dovuto eseguire con proprie maestranze e attrezzature le due attività, le ricorrenti non possono trarre nulla a loro vantaggio, poiché in tale evenienza l'autorità aggiudicatrice si sarebbe scostata dal testo chiaro annunciato nel bando di concorso, l'unico fattore decisivo nel presente contesto.

5.3.2 Nel presente caso è determinante conoscere se la referenza portata dalle aggiudicatarie e controparti può essere reputata sufficiente per dimostrare che l'impresa sia in grado di adempiere il mandato messo in concorso.

Conformemente alla tabella di valutazione relativa all'offerta delle aggiudicatarie queste ultime hanno presentato per l'idoneità tecnica dell'impresa la referenza riferita al "Lotto 2797 – 5a Comune di Centovalli (Borgnone). Correzione stradale, zona Val Marcou, 2.4 mio. CHF". Secondo le dichiarazioni dell'autorità aggiudicatrice nella risposta, per detta referenza l'impresa aggiudicataria ha funto da impresa pilota, assumendosi la direzione tecnica e commerciale. Detta autorità ha ritenuto la referenza conforme poiché era riferita ad una strada cantonale, l'opera era stata eseguita sotto traffico e il costo dell'opera superava la soglia dei 2 mio. di franchi richiesti. Inoltre, l'autorità aggiudicatrice rinvia all'allegato E da cui emerge che la persona di contatto del committente della referenza ha confermato oggetto, valore e buona esecuzione della commessa. Infine il committente tiene a precisare che la referenza in questione comprendeva non solo i lavori di sottostruttura ma anche quelli di soprastruttura, rinviando al doc. 1.14 prodotto con la risposta. Il doc. 1.14 riguarda la referenza dell'oggetto di referenza dell'impresa contenuto nell'offerta delle aggiudicatarie e comprende la ricapitolazione delle prestazioni. Trattandosi di un estratto dell'offerta delle aggiudicatarie, l'allegato in questione non può essere portato a conoscenza delle ricorrenti, in quanto di principio sussistono interessi a mantenere confidenziale il contenuto delle offerte degli altri offerenti che hanno partecipato alla gara (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2932/2011 del 22 agosto 2011 consid. 6.1 con ulteriori rinvii). Le prestazioni nominate nel documento si riferiscono tra le altre cose alle "pavimentazioni", "sottomurazioni", "ponteggi" e quindi sia a opere di soprastruttura che di sottostruttura, cosicché le conclusioni dell'autorità aggiudicatrice hanno potuto essere verificate e condivise.

Visto quanto precede risulta da un esame prima facie che l'autorità aggiudicatrice ha potuto a giusta ragione concludere che la referenza presentata dalle controparti fosse suscettibile di dimostrare che l'impresa fosse in grado di assumere ed adempiere il mandato messo in concorso. Nella valutazione del criterio di idoneità CI-1 non è quindi ravvisabile che l'autorità aggiudicatrice abbia fatto un uso scorretto del proprio potere di apprezzamento.

5.4 In qualità di risultato intermedio si può affermare che, sulla base di una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale, la nozione di "esecuzione di 1 tracciato stradale (strada cantonale o autostrada)" pubblicata al criterio di idoneità CI-1 "Idoneità tecnica dell'impresa" non può essere ritenuta incompleta poiché per gli oggetti di riferimento non sono esplicitamente richieste prestazioni di soprastruttura e sottostruttura. D'altra parte il committente non incorre nell'arbitrio ammettendo oggetti di riferimento che comprendono soltanto lavori di soprastruttura e/o solo quelli affidati in subappalto fino al 50%, né è incorso nell'arbitrio reputando idoneo l'oggetto di riferimento delle aggiudicatarie. Il bando di concorso non contiene l'esigenza di eseguire in proprio, senza possibilità di subappalto, lavori di soprastruttura e di sottostruttura, per cui l'interpretazione adottata dalle ricorrenti non è meritevole di tutela. Di conseguenza, non può essere rimproverato all'autorità aggiudicatrice di aver ecceduto od abusato del potere di apprezzamento che le viene di principio riconosciuto nel definire i criteri di idoneità e nel valutare se una riferimento basta a dimostrare che un'impresa sia grado di adempiere l'appalto messo in concorso.

5.5 Ne discende che nell'ambito di un esame prima facie il presente ricorso si rivela manifestamente infondato e di conseguenza non occorre chinarsi sull'esame della ponderazione degli interessi in gioco.

6.

Le ricorrenti propongono in via provvisoria di invitare il committente a produrre l'incarto completo e di assegnare loro un termine adeguato per completare le proprie argomentazioni.

In data 9 dicembre 2013 l'autorità aggiudicatrice ha prodotto la documentazione di gara corredata di un indice, segnalando quali atti a suo avviso possono essere consultati integralmente o limitatamente dalle ricorrenti. Con ordinanza del 16 dicembre 2013 lo scrivente Tribunale ha accertato che nel caso di specie le ricorrenti contestano unicamente la valutazione operata dall'autorità aggiudicatrice riferita all'idoneità tecnica dell'impresa aggiudicataria, per cui appare adeguato di mettere a disposizione delle ricorrenti soltanto le valutazioni in relazione ai criteri di idoneità (cfr. DTF 125 II 473 consid. 4c/cc pag. 478; cfr. anche decisione incidentale TAF B-2197/2011 del 19 maggio 2011 consid. 5). Sulla scorta di tale considerazione, esso ha concesso alle ricorrenti di visionare la documentazione inoltrata dal committente nella forma indicata da quest'ultimo (cfr. ordinanza del 16 dicembre 2013 cifra 3 del dispositivo). Parimenti, la risposta dell'autorità aggiudicatrice, compreso l'indice degli atti, e le osservazioni

delle controparti sono state portate a conoscenza dei rimanenti partecipanti al procedimento (cfr. ordinanza del 16 dicembre 2013 cifra 1-2 del dispositivo).

La presente decisione incidentale ha potuto essere presa, come da prassi (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-3544/2008 del 2 luglio 2008 consid. 9; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1340), sulla base dell'atto di ricorso, della risposta dell'autorità aggiudicatrice e sulle osservazioni delle controparti senza che abbia dovuto essere ordinato un ulteriore scambio di scritti. Le comparse dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti si esprimono sia sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo che sul merito del ricorso. La valutazione delle censure sollevate nel ricorso è stata resa ampiamente possibile sulla base degli scritti e degli allegati summenzionati cosicché si è potuto rinunciare ad ordinare un complemento di motivazione del ricorso prima di statuire sull'effetto sospensivo in via cautelare. La richiesta delle ricorrenti di completare le proprie argomentazioni in via provvisoria è quindi divenuta priva d'oggetto. In vista di un'eventuale decisione di accertamento alle ricorrenti va concessa la facoltà di completare le argomentazioni ricorsuali sulla base della documentazione loro inoltrata.

7.

Visto quanto precede, la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo va respinta. Con la presente decisione incidentale viene a cadere il provvedimento superprovvisorio indetto con ordinanza del 25 novembre 2013.

8.

Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

La domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo è respinta.

2.

Le spese processuali verranno definite con la decisione che pone fine al seguente procedimento.

3.

Alle ricorrenti è data facoltà di completare, entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della presente decisione incidentale, le argomentazioni del ricorso del 22 novembre 2013 sulla base della documentazione loro inoltrata con ordinanza del 16 dicembre 2013.

4.

Eventuali ulteriori ordinanze circa un'eventuale estensione del diritto di visionare gli atti rimangono riservate.

5.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario, anticipato per fax);
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario, anticipato per fax);
- controparti (atto giudiziario, anticipato per fax).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

La presente decisione può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), se essa può causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 15 gennaio 2014