



Corte II

Casella postale
CH-9023 San Gallo
Telefono +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunale-amministrativo.ch

Numero di ruolo: B-6626/2016

brf/beo/pre

Decisione incidentale del 29 novembre 2016

Composizione

Giudice Francesco Brentani, giudice unico,
cancelliere Corrado Bergomi.

Nella causa

Parti

1. **X.**_____ **SA,**
2. **Y.**_____ **SA, ,**
3. **Z.**_____ ,

tutte patrocinate dall'avv. Giacomo Fazioli,
ricorrenti,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA,

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

Oggetto

Acquisti pubblici; bando di concorso concernente il progetto
"N2 EPO4 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori (DLL)
comparto Quinto" (pubblicazione SIMAP n. 934993 del 7 ot-
tobre 2016, ID del progetto 145942).

Fatti:**A.**

In data 7 ottobre 2016 l'Ufficio federale delle strade (di seguito: USTRA, autorità aggiudicatrice, committente) ha pubblicato sul SIMAP (Sistema informativo delle commesse pubbliche in Svizzera) il bando di concorso relativo al progetto "N2 EPO4 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori (DLL) comparto Quinto" (n. della pubblicazione 934993 del 7 ottobre 2016, ID del progetto 145942).

Secondo il punto 4.5.4 del bando di concorso gli studi di ingegneria X. _____ SA, A. _____, Y. _____ SA e Z. _____ sono esclusi dalla partecipazione al presente bando in quanto svolgono attività di progettazione per il progetto EPO4 per i comparti di Airolo e Quinto.

Secondo il punto 4.5.5 del bando di concorso, il consorzio B. _____, composto dalle ditte C. _____ SA e D. _____ SA, incaricato dal committente per la Direzione locale dei lavori (DLL) per il comparto di Airolo, è considerato preimplicato, ma cionondimeno egli o le ditte di cui fa parte sono ammessi a partecipare alla gara pubblica.

Il termine per la presentazione di un'offerta da parte delle ditte preimplicate o del consorzio di offerenti di cui le ditte in questione fanno parte scade il 18 novembre 2016 (punto 4.5.5 del bando di concorso), per tutte le altre aziende o consorzi il 25 novembre 2016 (punto 1.4 del bando di concorso).

B.

In data 17 ottobre 2016 è stata pubblicata sul SIMAP la rettifica del bando di concorso (n. della pubblicazione 936221). Oltre ad una riformulazione dei criteri di idoneità in termini di esperienze e referenze sono stati prorogati i termini per l'inoltro delle offerte (fino al 30 novembre 2016 per le ditte preimplicate e fino al 7 dicembre 2016 per le altre aziende), i termini di inoltro delle domande scritte (4 novembre 2016), i termini per l'apertura delle offerte (14 dicembre 2016), i termini per la richiesta di ricevimento della documentazione di gara (7 dicembre 2016) e infine i termini relativi alla disponibilità di tale documentazione (dal 7 ottobre al 7 dicembre 2016; cfr. punti 4.1 e 4.2 del bando di concorso rettificato).

C.

Contro il bando di concorso del 7 ottobre 2016 le aziende X. _____ SA, Y. _____ SA e Z. _____ (di seguito: ricorrenti) sono insorte con ricorso del 26 ottobre 2016 dinanzi al Tribunale amministrativo federale (data d'entrata: 28 ottobre 2016), postulando, in via supercautelare e cautelare, di

concedere al ricorso l'effetto sospensivo, di modo che il committente si astenga dall'apertura di eventuali offerte nel frattempo inoltrate fintanto che non sarà stato evaso il ricorso. Nel merito, le ricorrenti propongono di accogliere il loro gravame, di annullare il bando di concorso avverso, nonché di fare ordine all'autorità aggiudicatrice di ripubblicare il bando nel senso di permettere alle ricorrenti di partecipare alla gara pubblica; proteste tasse, spese e ripetibili.

In sostanza, le ricorrenti sostengono di essere state escluse a torto dalla gara, in quanto il loro caso rientrerebbe nella nozione di una cosiddetta preimplicazione lecita, dimodoché non sussisterebbe alcun vantaggio concorrenziale derivante dall'attività di progettazione. Nell'ipotesi che dovesse loro derivare un eventuale vantaggio per aver svolto l'attività di progettazione per la commessa in oggetto, esso potrebbe facilmente essere compensato attraverso l'adozione delle misure di cui all'art. 21a cpv. 2 OAPub. Inoltre, secondo loro, un'esclusione come quella disposta al punto 4.5.4 del bando di concorso sarebbe in ogni caso inammissibile, contraria al principio di un'efficace concorrenza tra gli offerenti e metterebbe pure a repentaglio il principio dell'uso parsimonioso dei fondi pubblici. Secondo le ricorrenti, l'esclusione non sarebbe nemmeno suffragata da un eventuale motivo di riconsunzione. Infine, le ricorrenti sostengono come l'esclusione ordinata nel bando in esame crei una disparità di trattamento e rappresenti un *venire contra factum proprium* del committente, posto che nell'analogo bando concernente la DLL per il comparto di Airolo non sarebbe stata disposta l'esclusione dei progettisti.

D.

Con ordinanza del 28 ottobre 2016 è stata, tra le altre cose, confermata la ricevuta del ricorso e prospettata, in forma separata, la disposizione di ulteriori provvedimenti istruttori, nonché l'adozione di eventuali misure provvisoriale in relazione alla richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo.

E.

Con scritto del 2 novembre 2016, anticipato via telefax il giorno stesso, l'avv. Romina Biaggi-Albrici ha comunicato di aver assunto il patrocinio di USTRA, allegato la relativa procura e, dietro richiesta del Tribunale, rivelato, solo a titolo di informazione confidenziale, il preventivo del committente per la commessa in disamina.

F.

Con decisione incidentale del 2 novembre 2016 il giudice dell'istruzione ha

rinunciato ad indire misure supercautelari in relazione alla richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo, invitando l'autorità aggiudicatrice dapprima ad esprimersi sulle conclusioni procedurali e di merito.

G.

Mediante osservazioni del 18 novembre 2016, pervenute il 21 novembre 2016, l'autorità aggiudicatrice propone in via cautelare di negare alle ricorrenti la facoltà di replicare e di respingere l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo. Nel merito, ella propone di respingere interamente il ricorso. In sostanza, l'autorità aggiudicatrice contesta interamente le tesi ricorsuali, ritenendo come, in ragione dell'importanza e delle conseguenze della posizione del progettista, l'esclusione sia avvenuta a giusto titolo e eventuali misure compensatorie non possano entrare in linea di conto. Con scritto accompagnatorio dello stesso giorno l'autorità aggiudicatrice ha prodotto quattro allegati. Oltre al bando di concorso, alla rettifica dello stesso ed alla documentazione d'appalto (su CD), ella ha inoltrato la lista delle ditte che hanno nel frattempo ritirato la documentazione di gara, chiedendo di riservare la visione di siffatto documento nella forma prodotta solo al Tribunale ed eventualmente consentire a trasmetterlo alle ricorrenti previa anonimizzazione.

Diritto:

1.

Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere di cognizione 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 del committente aventi come oggetto il bando di concorso è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. b i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub; RS 172.056.1]).

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

dall'art. 3 LAPub. Come dimostrato di seguito, tali premesse sono adempiute nel caso di specie.

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

1.2.2 Il presente acquisto, denominato "N2 EPO4 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori (DLL) comparto Quinto" (punto 2.2 del bando di concorso), è definito ai sensi di una commessa di servizi (punto 1.8 del bando di concorso). Per tale nozione si intende il contratto tra il committente e un offerente riguardo la fornitura di prestazioni di servizi conformemente all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT (art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.3). La lista delle prestazioni di servizi menzionati all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT è stata ripresa nell'allegato 1a dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1994 (OAPub, RS 172.056.11; cfr. art. 3 cpv. 2 OAPub). Detta lista si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti ("Central Product Classification", CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991), la quale è determinante per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizi assoggettata (cfr. DTAF 2011/17 consid. 5.2.2).

Al punto 2.5 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alle categorie 71247000 "Supervisione di lavori di costruzione", 71300000 "Servizi di ingegneria", 71500000 "Servizi connessi alla costruzione", 71521000 "Servizi di supervisione di siti di costruzione" secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV), le quali, a loro volta, trovano il corrispondente al numero di riferimento 867 secondo la CPC, come pure alla categoria 27 della CPC denominata "altri servizi", il che è giustamente rilevato al punto 2.1 del bando di concorso. La commessa in narrativa rientra pertanto nella categoria delle commesse di servizi di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 2 OAPub e l'Allegato 1a OAPub con l'allegato 1 dell'Accordo GATT.

1.2.3 Atteso che il valore stimato della commessa supera l'importo di fr. 230'000.-, come si evince dallo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 2 novembre 2016, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. b dell'ordinanza del 23 novembre 2015 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR] sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2016 e 2017, RS 172.056.12).

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

1.3 Di principio, la legittimazione ad insurgere contro il bando di concorso è riconosciuta soltanto ai potenziali concorrenti e fornitori della prestazione in questione, in quanto solo essi hanno un interesse ad ottenere l'appalto (DTAF 2009/17 consid. 3.2); oltre a loro sono legittimati a ricorrere, di regola, solo quei partecipanti al mercato che fanno valere che il bando di concorso li escluda in modo illecito dall'acquisto (DTAF 2009/17 consid. 3.2; cfr. anche DTAF 2008/60 consid. 1.3). In considerazione del fatto che la commessa in esame ha come oggetto prestazioni di servizi di ingegneria e di supervisione e che le ricorrenti offrono questo genere di servizi, esse ricadono nella cerchia dei potenziali offerenti e siccome censurano l'estromissione, a loro dire, illecita dalla gara, è quindi pacifica la loro legittimazione ad insurgere contro il bando di concorso.

1.4 L'impugnazione del bando di concorso del 7 ottobre 2016 con ricorso del 26 ottobre 2016 è avvenuta tempestivamente (art. 30 LAPub in relazione all'art. 22a cpv. 1 lett. a PA), i requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e i rispettivi patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

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

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

2.

Per prassi costante, rispetto alle procedure di ricorso contro l'aggiudicazione dove 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), nei ricorsi diretti contro il bando di concorso è il giudice dell'istruzione, in virtù dell'art. 39 LTAF in combinato disposto con l'art. 55 cpv. 2 e 56 PA, a cui compete trattare la siffatta domanda (decisione incidentale B-2018/2013 del 15 maggio 2013 consid. 1.6

con rinvii; cfr. Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001, FF 2001 3849).

3.

Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo delle ricorrenti, volta a permettere *“che il committente dovrà astenersi dall'apertura di eventuali offerte inoltrate nel frattempo, fintanto che non sarà stato evaso il ricorso”*. 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. Tuttavia, il Tribunale amministrativo federale può accordarlo su richiesta (cfr. art. 28 cpv. 2 LAPub).

4.

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 addotti 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).

5.

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 di ottenere l'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 mes-

saggio 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).

6.

Le ricorrenti ritengono di essere state escluse a torto dalla presente gara e che la loro preimplicazione sia da considerare lecita. In primo luogo, non sussisterebbe alcun vantaggio concorrenziale derivante dall'attività di progettazione trattandosi di stilare un'offerta per DLL e quindi di due mansioni completamente diverse e distinguibili tra loro. L'onere e il dispendio per garantire una DLL non sarebbero dipendenti dall'aver allestito la progettazione, tanto più che la progettazione finirà in cantiere per l'esecuzione solo previa verifica e approvazione della direzione generale dei lavori (DGL). Nell'ipotesi che dovesse loro derivare un eventuale vantaggio per aver svolto l'attività di progettazione per la commessa in oggetto, esso potrebbe facilmente essere compensato attraverso l'adozione delle misure di cui all'art. 21a cpv. 2 OAPub. Inoltre, secondo loro, un'esclusione come quella disposta al punto 4.5.4 del bando di concorso sarebbe in ogni caso inammissibile, avendo essa per conseguenza di ridurre la cerchia dei potenziali offerenti a poche unità, in spregio al principio di un'efficace concorrenza tra gli offerenti e metterebbe pure a repentaglio il principio dell'uso parsimonioso dei fondi pubblici. Secondo le ricorrenti, l'esclusione non sarebbe nemmeno suffragata da un eventuale motivo di ricasazione. Infine, le ricorrenti sostengono come l'esclusione ordinata nel bando in esame crei una disparità di trattamento posto che nell'analogo bando concernente la DLL

per il comparto di Airolo non sarebbe stata disposta l'esclusione dei progettisti.

Dal canto suo, l'autorità aggiudicatrice ritiene come l'esclusione delle ricorrenti rientri nella libertà di cui dispone nell'organizzare un determinato progetto sulla base di specifiche esigenze e nell'ottica di un uso parsimonioso del denaro pubblico. Nel caso concreto, in considerazione dell'importanza e delle conseguenze della posizione del progettista, come pure del rapporto tra la progettazione e la DLL, non potrebbero entrare in linea di conto eventuali misure compensatorie (per i dettagli sulla motivazione del committente si rinvia al consid. 8.4).

7.

7.1 L'Accordo GATT disciplina la preimplicazione all'art. VI cpv. 4. Invece, nella LAPub manca una normativa esplicita della preimplicazione. Essa è stata introdotta all'art. 21a OAPub, intitolato "Ricusazione", entrato in vigore il 1° gennaio 2010; tale disposto trova la propria base legale nell'art. VI cpv. 4 dell'Accordo GATT, nonché nel principio della parità di trattamento, ma anche nell'imperativo del promovimento della concorrenza e dell'impiego parsimonioso delle risorse pubbliche di cui all'art. 1 LAPub (cfr. Modifica del 18 novembre 2009, RU 2009 6149; cfr. Rapporto esplicativo del Dipartimento federale delle finanze [DFF] del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'OAPub, p. 13, di seguito: Rapporto esplicativo). L'art. 21a OAPub prevede quanto segue:

Il committente esclude gli offerenti da una procedura se:

- a. essi hanno partecipato ai lavori preliminari dell'acquisto e il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati; e
- b. l'esclusione non pregiudica la concorrenza efficace tra gli offerenti.

² Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale:

- a. la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari;
- b. la comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari;
- c. la proroga dei termini minimi.

Nell'ambito della revisione della legge sugli acquisti pubblici è previsto di introdurre una disposizione corrispondente all'art. 21a cpv. 1 OAPub a livello di legge formale (cfr. Rapporto esplicativo del DFF del 1° aprile 2015 pag. 13).

Lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di riconoscere che i principi vigenti nel diritto federale in materia di acquisti pubblici nell'ambito della preimplicazione risultano direttamente dall'art. VI cpv. 4 dell'Accordo GATT (decisione incidentale B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.1). Inoltre, rinviando alla sentenza della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP; BRK 2006-004, parzialmente pubblicata in: BR 2006 p. 190], esso ha parimenti ritenuto che nel caso delle regole sulla preimplicazione si tratta di una forma speciale dell'applicazione del principio della parità di trattamento da parte del committente nei confronti di tutti gli offerenti, la quale poggia sull'art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub (decisione incidentale del TAF B-5439/2015 del 12 novembre 2015 consid. 3.1.4).

7.2 Conformemente alla prassi, la preimplicazione è data se un offerente ha partecipato alla preparazione di una procedura di appalto, ad esempio allestendo le basi del progetto, elaborando la documentazione di gara oppure fornendo al committente informazioni su determinate specifiche tecniche dei beni da acquistare (sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; decisioni incidentali del TAF B-2028/2013 del 15 maggio 2013 consid. 6.1.4 e B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.2). La preimplicazione è suscettibile di disattendere il principio della parità di trattamento tra concorrenti. Il concorrente che si trova in una simile situazione può essere tentato di influenzare il committente a privilegiare la sua offerta oppure sfruttare a suo vantaggio, nell'ambito dell'allestimento dell'offerta, le conoscenze acquisite durante la preparazione del concorso (sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. a margine 1043 segg., 1067). Secondo la prassi del Tribunale federale prima dell'entrata in vigore dell'art. 21a OAPub, il cosiddetto impedimento per prevenzione può di principio avere come conseguenza l'esclusione dell'offerta (cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.3, citato nella sentenza del TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 3.6). Come affermano la dottrina e la prassi posteriori all'entrata in vigore dell'art. 21a OAPub, la concezione del Tribunale federale secondo cui solo una preimplicazione qualificata conduce, di principio, al divieto di partecipare alla gara d'appalto è simile al modo di interpretare l'art. 21a OAPub (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-3013/2012 del 31 agosto 2012, consid. 3.6 seg., GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 1045, nota

a piè di pagina 2209). Da ciò è possibile concludere che la presa in considerazione di offerenti preimplicati entra in contraddizione con il principio della parità di trattamento, per cui un potenziale offerente preimplicato andrebbe di principio escluso dalla gara. In questo senso l'art. 21a OAPub funge da correttivo nell'ambito di una ponderazione degli interessi in gioco e del principio della proporzionalità.

7.3 Le attività di progettazione per il progetto EPO4 che le ricorrenti hanno svolto per i comparti di Airolo e Quinto potrebbero essere suscettibili di sovrapporsi, almeno in parte, con le attività per la DLL relative al comparto di Quinto. Del resto, le stesse ricorrenti partono dal presupposto di una preimplicazione compensabile con misure adeguate.

8.

La conseguenza dell'esclusione dalla gara per preimplicazione va esaminata sulla base delle circostanze nel singolo caso. Nell'ambito della valutazione occorre procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco, considerando non solo il principio della parità di trattamento, ma anche dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1068).

Di seguito va appurato se l'autorità aggiudicatrice ha commesso una violazione del diritto federale per aver escluso le ricorrenti dalla presente gara per essersi occupate della progettazione relativa al progetto EP04 per i comparti di Airolo e Quinto. In tale ambito occorre prendere in considerazione che il motivo dell'inadeguatezza della decisione impugnata non può essere esaminato e che un eventuale potere d'apprezzamento del committente va rispettato a meno che non sussista un abuso o un eccesso di siffatto potere (cfr. art. 31 LAPub e consid. 8.3).

8.1 Per prassi, una partecipazione alla gara d'appalto può essere ammessa a condizione che il vantaggio risultante dalle conoscenze acquisite sia esiguo o che la collaborazione del concorrente prevenuto per aver allestito la documentazione di gara sia unicamente di natura marginale oppure se la prestazione messa in concorso può essere fornita soltanto da pochi offerenti o quando la collaborazione rispettivamente il vantaggio di conoscenze siano comunicati agli altri offerenti in conformità al principio della trasparenza (sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.3, decisione incidentale del TAF B-4621/2008 consid 5.2 seg.). Non si tratta di collaborazione trascurabile, se un offerente nel quadro di un progetto di costruzione è stato incaricato della pianificazione o progettazione, se ha allestito studi o progetti preliminari e a tale proposito esamina in modo approfondito gli

elementi concreti della commessa oppure se ha allestito la totalità o parti essenziali della documentazione di gara (sentenza del Tribunale federale 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005, consid. 3.3 con rimandi).

8.2 L'offerente che chiede l'esclusione di possibili concorrenti preimplicati dalla gara e vuole dedurre un vantaggio da un'eventuale preimplicazione deve dimostrare che essi si sono procurati un vantaggio significativo di conoscenze del mandato messo in concorso e che detto vantaggio non può essere colmato con le misure ordinate dal committente (crf. sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 5.7.3; decisione incidentale del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.3 i. f.; nota di MARTIN BEYELER nei confronti della sentenza del TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012 in BR 2012 p. 275 segg., p 278 S194). L'onere della prova incombe invece al committente nel caso voglia escludere una ditta preimplicata dalla gara (BEYELER, BR 2012 S194 in fine).

8.3 L'art. 21a cpv. 2 OAPub contiene un elenco esemplificativo e quindi non esaustivo delle possibili misure che sono a disposizione del committente per compensare il vantaggio concorrenziale di un offerente (Rapporto esplicativo, p. 13). Nella scelta delle misure da adottare per effettuare la compensazione del vantaggio concorrenziale, all'autorità aggiudicatrice è riconosciuto un certo potere di apprezzamento (crf. Rapporto esplicativo, p. 13). Ne discende che nell'esaminare se l'autorità aggiudicatrice sia riuscita a compensare un eventuale vantaggio concorrenziale e informativo occorre adoperare un certo riserbo. Con la formulazione "se (...) il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati" l'art. 21a cpv. 1 OAPub evidenzia che vi sono casi in cui la preimplicazione di un offerente ha raggiunto una rilevanza ed intensità tali da vanificare ogni misura per colmare il vantaggio concorrenziale (crf. MARTIN BEYELER, Die revidierte VöB – Ein Kurzkomentar, in: BR 2010 p. 106, in particolare p. 108; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1048; nella decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.4, lo scrivente Tribunale ha lasciato tale questione aperta). Se all'autorità aggiudicatrice si riconosce un certo potere di apprezzamento nella scelta delle possibili misure di compensazione da adottare, dovrebbe valere lo stesso anche nel decidere sulla questione di sapere se una preimplicazione possa essere in genere compensata con le misure previste dall'art. 21a cpv. 2 OAPub oppure se un offerente preimplicato debba essere escluso.

8.4 Il committente spiega che fino ad oggi la propria filiale di Bellinzona non aveva mai espressamente escluso dalla partecipazione a gare di DLL le

ditte che precedentemente si erano occupate della progettazione. Egli precisa di essersi raramente trovato nella situazione di avere lo stesso soggetto sia per la progettazione che per la DLL e in questo caso di aver constatato che le opere in questione avrebbero subito un forte incremento dei costi realizzativi. Tuttavia, le problematiche attorno all'esecuzione dei lavori per il comparto di Airolo l'avrebbero indotta a separare in futuro la progettazione dalla DLL. In tale evenienza, vi sarebbero stati tre operatori in questione: il Consorzio E. _____, composto dalle ricorrenti 1 e 2 e da una terza ditta (A), nella funzione di progettisti dei tracciati e delle gallerie (due mandati), la ricorrente 3 nella funzione di progettista dei manufatti e il Consorzio B. _____ nella funzione di DLL. Durante i lavori la DLL avrebbe fatto al committente numerose segnalazioni in relazione a problematiche riferite al progetto che avrebbero condotto in parte a diverse modifiche e anche a costi supplementari dello stesso (cfr. i quattro esempi elencati a pag. 11 delle osservazioni).

Il committente evidenzia come la netta separazione tra progettazione e DLL e l'affidamento della DLL ad un mandatario indipendente gli avrebbero permesso di essere informato celermente e con trasparenza delle carenze riscontrate nel progetto, in modo da garantire una presa di responsabilità migliore e una conduzione del progetto più efficiente. Tale misura sarebbe auspicabile anche dal profilo dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche. La scelta adottata avrebbe favorito una visione più critica del progetto a sostegno di una verifica costante e tempestiva dello stesso. Secondo il committente, un direttore dei lavori avrebbe in effetti più difficoltà a commentare il lavoro del progettista facente parte della medesima ditta, a proporgli le proprie soluzioni e a segnalare al committente eventuali carenze di progettazione. La separazione tra i due ruoli sarebbe infine dettata anche dalle particolarità dell'opera, segnatamente il delicato dosaggio del traffico relativo alla Galleria del San Gottardo che andrà a sovrapporsi al cantiere, in una zona dove l'estate scorsa ha avuto luogo un grave incidente, ciò che cagionerebbe le esigenze di controllo elevate.

8.5 In sintesi, l'autorità aggiudicatrice fonda l'esclusione delle ricorrenti per la maggiore sulla sua scelta di separare nettamente i ruoli del progettista e della direzione locale dei lavori e quindi di non più riunirli nella medesima ditta. Tale scelta, che rappresenta un cambiamento della sua prassi in quanto una simile esclusione non è stata disposta nel bando di concorso relativo alla DLL per il comparto di Airolo (SIMAP del 19 maggio 2014, n. della pubblicazione 820993, allegato 5 al ricorso), sarebbe atta a garantire una conduzione più efficiente del progetto.

Sulla base di una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale, lo scrivente Tribunale giunge alla conclusione che l'affidamento della DLL ad un'impresa indipendente dal progettista è senz'altro suscettibile di evitare eventuali conflitti di interessi che potrebbero sorgere nel caso entrambi i compiti fossero assegnati alla stessa impresa. In tale evenienza è comprensibile che la DLL abbia più esitazioni nel criticare l'attività del progettista e nel riportare al committente eventuali vizi di progettazione. Una simile riservatezza potrebbe andare a scapito di una conduzione efficiente del progetto, in quanto il committente non verrebbe informato con la dovuta rapidità e trasparenza dei difetti di progettazione, correndo il rischio che le problematiche non vengano individuate subito e non si possa reagire in tempi brevi. In sunto, la separazione dei ruoli nel caso in disamina è atta a rientrare nell'interesse di una chiara suddivisione delle responsabilità e di un tempestivo controllo del progetto, garantisce quindi una conduzione più efficiente del progetto ed è conciliabile con il principio dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche.

Conformemente alla prassi del Tribunale federale, un precedente incarico per lavori di progettazione non può, già di principio, essere considerato un contributo trascurabile (cfr. consid. 8.1). Nel caso in esame, per stabilire l'intensità e la portata della preimplicazione non basta solo affermare, come suggeriscono le ricorrenti, che le attività e le mansioni del progettista siano distinguibili da quelle di DLL, ma anche tener conto delle circostanze del caso di specie in relazione alla netta separazione dei ruoli del progettista e della particolarità dell'opera. Con le sue allegazioni l'autorità aggiudicatrice riesce ad esporre in modo plausibile che le conseguenze che derivano dalla posizione del progettista e l'interazione con la DLL non potrebbero giustificare l'adozione di misure compensatorie adeguate.

Visto quanto precede, in base ad una valutazione prima facie, l'autorità inferiore non ha né violato il diritto federale, né ecceduto o abusato nell'esercizio del proprio potere d'apprezzamento escludendo le ricorrenti dalla presente gara pubblica per essersi occupate dei lavori di progettazione per il comparto di Airolo e Quinto e omettendo di ordinare eventuali misure compensatorie. Da questo punto di vista il presente ricorso si rivela manifestamente infondato.

8.6 Se il vantaggio non è compensabile, il committente può rinunciare all'esclusione e ammettere l'offerente avvantaggiato a partecipare ulteriormente alla gara pubblica quando la sua esclusione pregiudicherebbe una concorrenza efficace (cfr. art. 21a cpv. 1 lett. b OAPub). Ne potrebbe essere ad esempio il caso se per la prestazione richiesta rimanesse un solo

altro offerente potenziale, o al massimo due (cfr. Rapporto esplicativo pag. 13; BEYELER in: BR 2010 pag. 108).

Come illustra l'autorità aggiudicatrice all'allegato 4 delle sue osservazioni, numerosi studi d'ingegneria hanno ritirato la documentazione di gara, fra l'altro anche due delle qui ricorrenti. Atteso allo stesso modo che il committente mediante la rettifica del bando di concorso ha riformulato i criteri di idoneità da 1 a 5, riducendone per tutti le esigenze e ampliando così la cerchia dei potenziali offerenti, mal si vede come l'esclusione delle ricorrenti pregiudichi una concorrenza efficace. Dal richiamo alla decisione incidentale del TAF B-1682/2016 del 21 giugno 2016, consid. 5.6, le ricorrenti non possono trarre nulla a loro vantaggio, trattandosi di un contesto diverso da quello in disamina. In quell'evenienza lo scrivente Tribunale aveva solo riconosciuto come fosse inevitabile che nelle procedure di aggiudicazione di supporto al committente (BHU) in un mercato ristretto come quello dell'ingegneria stradale, anche a livello territoriale, si possano trovare di fronte lo stesso ente appaltante e lo stesso studio di ingegneria, da solo o riunito in un consorzio con altri. Per questo motivo non si poteva dar seguito alla richiesta di escludere sistematicamente tutte le ditte che si erano viste aggiudicare gli appalti di BHU. Anche in quest'ottica il ricorso appare prima facie manifestamente infondato.

9.

In sunto, sulla scorta di una valutazione prima facie, nella misura in cui le ricorrenti censurano la loro estromissione illecita dalla presente gara pubblica come pure la mancata adozione di misure compensatorie, il loro gravame appare manifestamente infondato, cosicché si può prescindere dall'effettuare una ponderazione di interessi.

Di conseguenza, la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo va respinta. Vista l'infondatezza manifesta del ricorso a seguito di un esame prima facie, lo scrivente Tribunale non vede alcun motivo di pronunciare un divieto di apertura delle offerte o di impartire alle ricorrenti un termine più breve per l'inoltro delle loro offerte o di modificare i termini previsti nel bando rettificato per gli altri potenziali offerenti preimplicati o meno.

A titolo abbondanziale si rileva, come già visto, che per ora almeno due delle ricorrenti hanno ritirato la documentazione di gara e comunque non sarebbe più possibile, al momento attuale, di ordinare alle ricorrenti dei termini più brevi per presentare le proprie offerte. In tali circostanze, l'inoltro di eventuali offerte da parte delle ricorrenti non può che avvenire con il

rischio che esse non vengano aperte, né prese in considerazione nella procedura di valutazione.

D'altronde giova ricordare che la presente decisione incidentale viene resa sulla base di giudizio prima facie e non si può escludere in linea di principio che la decisione nella causa principale abbia un esito contrario. Da questo punto di vista, se il committente prosegue la procedura di acquisti pubblici aprendo le offerte che gli pervengono prima della conclusione del presente procedimento, egli lo fa a proprio rischio.

10.

La presente decisione incidentale ha potuto essere presa sulla base dell'atto di ricorso e dei suoi allegati, nonché delle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice, compresi quattro allegati. Gli allegati da 1 a 3, vale a dire il bando, la rettifica del medesimo e la documentazione di gara, dovrebbero già essere noti alle ricorrenti, per cui, per il momento, non vengono loro trasmessi. Per quanto attiene all'allegato 4 (lista delle ditte che hanno ritirato la documentazione di gara), l'autorità aggiudicatrice ha chiesto di non metterlo a disposizione delle ricorrenti nella forma inoltrata, in quanto si tratterebbe di un documento interno contenente i nominativi delle ditte interessate, bensì solo dietro previa anonimizzazione delle ragioni sociali, degli indirizzi e degli interlocutori. Per il momento, il documento 4 non viene trasmesso alle ricorrenti.

11.

Le spese processuali sono definite con la decisione che pone fine al presente procedimento.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

La domanda di conferimento dell'effetto sospensivo è respinta.

2.

Le osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 18 novembre 2016, nonché lo scritto accompagnatorio della stessa data sono trasmessi alle ricorrenti per conoscenza, per il momento senza gli allegati.

3.

Le spese processuali sono definite con la decisione che pone fine al presente procedimento.

4.

Eventuali ordinanze concernenti la trasmissione degli atti preliminari, nonché eventuali ulteriori provvedimenti istruttori circa l'esame degli atti e ulteriori scambi di scritti seguono, se del caso, più tardi e le eventuali richieste verranno trattate nella decisione di merito.

5.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario; anticipato per fax; allegati come da cifra 2);
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario; anticipato per fax).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il giudice unico:

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: 29 novembre 2016