



---

Corte II  
B-6626/2016

## **Sentenza del 30 agosto 2017**

---

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),  
Pascal Richard, Marc Steiner,  
cancelliere Corrado Bergomi.

---

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 EP04 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori (DLL)  
comparto Quinto" (pubblicazione SIMAP n. 934993  
del 7 ottobre 2016, ID del progetto 145942).

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

Il 19 maggio 2014 l'Ufficio federale delle strade (di seguito: USTRA, autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto sul SIMAP (Sistema informativo delle commesse pubbliche in Svizzera) un pubblico concorso impostato secondo la procedura libera ed intitolato "N2 EP 04 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori di genio civile nell'ambito del progetto di conservazione della tratta del comparto Airolo e del comparto Quinto come opzione" (N. della pubblicazione 820933, ID del progetto 112848). La commessa è stata aggiudicata il 16 ottobre 2014 al Consorzio A.\_\_\_\_\_ (cfr. SIMAP, N. della pubblicazione 840351).

**B.**

In data 7 ottobre 2016 l'USTRA ha pubblicato sul SIMAP il bando di concorso relativo al progetto "N2 EP04 Airolo-Quinto, Direzione locale dei lavori (DLL) comparto Quinto" (N. della pubblicazione 934993 del 7 ottobre 2016, ID del progetto 145942).

Conformemente al punto 4.5.4 del bando di concorso, gli studi X.\_\_\_\_\_, SA, D.\_\_\_\_\_, SA, Y.\_\_\_\_\_, SA e Z.\_\_\_\_\_ sono esclusi dalla partecipazione al presente bando in quanto svolgono attività di progettazione per il progetto EP04 per i comparti di Airolo e Quinto.

Secondo il punto 4.5.5 del bando di concorso, il Consorzio A.\_\_\_\_\_, composto dalle ditte B.\_\_\_\_\_ e C.\_\_\_\_\_ 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 veniva a scadenza 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).

**C.**

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).

**D.**

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; protestate 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 (citato per esteso al consid. 6.4.2). 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 ricusazione. 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.

**E.**

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.

**F.**

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.

**G.**

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.

**H.**

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.

**I.**

Con decisione incidentale del 29 novembre 2016 lo scrivente Tribunale ha respinto la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso. Contestualmente a ciò, le osservazioni del 18 novembre 2016 del committente sono state trasmesse alle ricorrenti, per il momento senza gli allegati. Per

il resto, il Tribunale ha prospettato l'eventuale modo di procedere in caso di prosieguo del procedimento.

Lo scrivente Tribunale ha riconosciuto, sulla scorta di un esame prima facie della situazione di diritto materiale, che le attività di progettazione per il progetto EP04 svolte dalle ricorrenti per i comparti di Airolo e Quinto potevano essere suscettibili di sovrapporsi, almeno in parte, con le attività di DLL relative al comparto di Quinto e che secondo la prassi del Tribunale federale un precedente incarico per lavori di progettazione non può, già di principio, essere considerato un contributo trascurabile (decisione incidentale del TAF B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 7.3 e 8.5). Allo stesso modo e sempre sulla base di un esame sommario, il Tribunale ha ritenuto plausibili e convincenti le allegazioni del committente in riguardo ai motivi che l'avevano indotto a non voler più assegnare le funzioni di progettazione e di DLL allo stesso offerente, atteso che la prassi instaurata è atta ad impedire conflitti di interessi e a consentire una chiara suddivisione delle responsabilità e competenze ed in più si concilia con il principio dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche. In quest'ottica, in virtù di un esame prima facie, il Tribunale è giunto alla conclusione che l'interazione della posizione del progettista con la DLL e le conseguenze ivi connesse potevano giustificare di rinunciare all'adozione di misure compensatorie adeguate e ha ritenuto l'esclusione delle ricorrenti dalla gara conforme al diritto e non pregiudizievole per la concorrenza (decisione incidentale del TAF B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.5 seg.).

A titolo abbondanziale, visto l'esito della domanda sull'effetto sospensivo, il Tribunale ha rilevato che l'inoltro di eventuali offerte da parte delle ricorrenti non poteva che avvenire con il rischio di non poter essere aperte, né prese in considerazione nella procedura di valutazione. Allo stesso modo, considerata l'eventualità di un accoglimento del ricorso nella causa principale, il Tribunale ha ritenuto che se il committente prosegue la procedura di acquisti pubblici aprendo le offerte egli lo fa a proprio rischio (decisione incidentale del TAF B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 9).

#### **J.**

Tramite scritto del 16 gennaio 2017 le ricorrenti hanno postulato l'assegnazione di un termine per replicare nel merito, la trasmissione del documento n. 4 prodotto dal committente in data 18 novembre 2016 e l'ingiunzione a quest'ultimo di produrre agli atti il verbale di apertura delle offerte pervenute.

**K.**

Con ordinanza del 18 gennaio 2017 il Tribunale ha concesso alle ricorrenti un termine per replicare, trasmesso per conoscenza il documento no. 4 "*Lista ditte che hanno ritirato la documentazione di gara*", per il momento in forma anonima, e provvisoriamente respinto la richiesta di ingiungere all'autorità aggiudicatrice di produrre agli atti il verbale di apertura delle offerte pervenute e in seguito di notificarlo alle ricorrenti, precisando di tornare sulla questione eventualmente in un secondo tempo.

**L.**

Mediante replica del 6 marzo 2017, inoltrata dopo la concessione di due proroghe del termine per inoltrarla, le ricorrenti propongono l'accoglimento del ricorso.

**L.a** Dal profilo formale, le ricorrenti lamentano una violazione del loro diritto di essere sentite in quanto la decisione incidentale sull'effetto sospensivo sarebbe stata presa senza che potessero previamente prendere posizione sulle osservazioni del committente del 18 novembre 2016. Nella mancata concessione dell'effetto sospensivo e nella susseguente apertura delle offerte da parte del committente prima della crescita in giudicato della relativa decisione incidentale, le ricorrenti ravvisano un pregiudizio in prospettiva di un loro inserimento nella procedura d'appalto.

**L.b** Le ricorrenti sostengono che i motivi per la loro esclusione esulano in realtà dalla loro preimplicazione in quanto progettisti e risiedono piuttosto nella volontà del committente di restringere il campo di offerenti e di non affidare a loro la DDL per il comparto di Quinto, ritenendole non idonee già a priori. Questo modo di procedere equivarrebbe di fatto ad un'inammissibile selezione di merito anticipata, non contemplata dai criteri d'offerta e in contrasto con le normative sugli appalti pubblici. A loro dire, l'esclusione avversata andrebbe in particolare ad intaccare il principio della parità di trattamento, in quanto il committente, in almeno altri tre progetti (comparto di Airolo, strada del Passo del San Gottardo e risanamento dello svincolo autostradale di Mendrisio), non avrebbe escluso i progettisti da gare pubbliche in materia di DDL. Le ricorrenti contestano altresì le allegazioni del committente in relazione alle particolarità del comparto di Quinto rispetto ad altri cantieri stradali, in particolare il comparto di Airolo, e le accresciute esigenze qualitative del primo.

**L.c** Allo stesso modo le ricorrenti respingono recisamente la pretesa esistenza di concrete problematiche sul cantiere del comparto di Airolo imputabili ai progettisti e risolte apparentemente solo grazie all'impegno della

DLL. A tale riguardo precisano che gli episodi enunciati dal committente concernerebbero soltanto le ricorrenti 1 e 2, ma non la ricorrente 3 e reputano inammissibile che il committente abbia poggato l'esclusione dalla gara delle ricorrenti su precedenti e controversi episodi riguardanti un altro comparto e un tipo di intervento completamente diverso rispetto a quello nel caso concreto (galleria anziché tracciato). Per coerenza, il committente avrebbe, a loro dire, dovuto escludere anche la ditta che ha operato come DLL su quello stesso comparto, pure preimplicata e parimenti coinvolta negli episodi in questione, come chi avrebbe svolto le funzioni di BHU e DGL. Dopo aver preso posizione sui casi specifici enunciati dal committente, le ricorrenti concludono che detti antefatti non siano ricostruibili e accertabili oggettivamente per cui non si dovrebbe tener conto di simili riferimenti. Nell'evenienza di una loro eventuale considerazione, le ricorrenti ritengono imprescindibile un'adeguata istruttoria nel merito, riservandosi di produrre documenti a supporto delle loro allegazioni. Infine, le ricorrenti rammentano che il committente aveva affidato la progettazione del comparto di Quinto alle ricorrenti 1 e 2 dopo che si erano verificati tutti gli episodi nel comparto di Airolo, confermando così facendo di non avere dubbi circa la capacità e serietà delle ricorrenti e la validità di tali contributi in qualità di progettisti.

**L.d** Le ricorrenti contrastano l'assunto del committente secondo cui le ricorrenti, a causa del loro precedente ruolo di progettiste, sarebbero esposte ad un conflitto di interessi e perciò propense a non verificare i progetti in fase esecutiva o a non informare per tempo il committente sulle problematiche subentranti durante la lavorazione. Secondo loro, il requisito di un impiego parsimonioso delle risorse pubbliche deporrebbe invece a favore di una loro inclusione alla gara, ritenuto che la frequente situazione di identità tra progettista e direzione dei lavori comporta vantaggi pratici a livello dei costi e non sarebbe a priori tacciabile di un conflitto di interessi.

**L.e** Le ricorrenti rilevano nuovamente che la loro esclusione pregiudichi una sufficiente concorrenza, poiché poche altre ditte in Ticino vanterebbero i requisiti per presentare un'offerta valida e competitiva per il presente concorso. Dal loro punto di vista, per confermare un'effettiva situazione di concorrenza è determinante il numero delle offerte effettivamente pervenute da altre ditte, al di fuori del Consorzio A. \_\_\_\_\_, e non già solo il fatto che più ditte avrebbero ritirato il materiale del bando. Alle ricorrenti risulta che le offerte pervenute al committente sarebbero solo due, di cui solo quella depositata dall'attuale DLL del comparto di Airolo apparirebbe competitiva dal punto di vista dei costi. Da ciò deducono che la loro esclusione dalla gara sia ingiustificata e che la loro preimplicazione sia da considerare lecita.

**M.**

Mediante duplice del 6 aprile 2017, inoltrata entro il termine prorogato con ordinanza dell'8 marzo 2017, il committente propone la riezione integrale del ricorso, protestate tasse, spese e ripetibili, rinviando, per quanto non dovesse risultare dall'atto di duplice, alle osservazioni del 18 novembre 2016.

**N.**

Con ordinanza del 10 aprile 2017 lo scrivente Tribunale ha trasmesso alle ricorrenti la duplice del committente e il verbale di apertura delle offerte, per il momento in forma anonima e con l'oscuramento delle indicazioni sul prezzo. Allo stesso modo ha comunicato la chiusura dello scambio di scritti, su riserva di eventuali ulteriori provvedimenti istruttori o memorie delle parti.

**O.**

In data 28 marzo 2017 l'autorità aggiudicatrice ha pubblicato nel SIMAP la delibera in favore della C.\_\_\_\_\_ SA (N. della pubblicazione 961117). La suddetta decisione di aggiudicazione è stata impugnata con ricorso del 2 maggio 2017 da un consorzio di offerenti non considerato (nr. dell'affare B- 2576/2017). Con ordinanza del 4 maggio 2017 lo scrivente Tribunale ha accolto in via superprovvisoria la richiesta dei ricorrenti volta a conferire l'effetto sospensivo al ricorso, nel senso che finché il Tribunale amministrativo federale non avrà deciso sulla predetta domanda, è vietata all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicatario.

**P.**

Ulteriori fatti e argomentazioni verranno ripresi, per quanto necessario, nei considerandi in diritto del presente giudizio.

**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 adempite 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 EP04 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**

**1.3.1** Di principio, la legittimazione ad insorgere 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).

**1.3.2** Nel procedimento sfociato nella decisione incidentale concernente il rigetto della domanda d'effetto sospensivo lo scrivente Tribunale, accertando 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, ha concluso alla loro legittimazione a ricorrere contro il bando di concorso, considerato che esse ricadono nella cerchia dei potenziali offerenti e censurano l'estromissione, a loro dire, illecita dalla gara disposta al

punto 4.5.4 del bando di concorso (cfr. decisione incidentale del TAF B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 1.3).

**1.3.3** Occorre di seguito esaminare se e in che misura la legittimazione ad insorgere contro il bando di concorso può essere ammessa anche nell'ambito della presente decisione che pone fine al procedimento. Nell'esame di detta questione va tenuto conto, da un lato, del fatto che le ricorrenti non hanno impugnato la decisione incidentale del 29 novembre 2016 con cui veniva respinta la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso. Dall'altro, si rammenta che contro la decisione di aggiudicazione è pendente dinanzi allo scrivente Tribunale il ricorso da parte di un consorzio di offerenti non considerato (nr. dell'affare B-2576/2017). A detto ricorso è stato accordato l'effetto sospensivo in via superprovvisoria, nel senso che fino alla decisione sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo l'autorità aggiudicatrice deve astenersi dall'intraprendere misure d'esecuzione pregiudizievoli per l'esito del procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicataria. Le ricorrenti medesime non hanno impugnato la decisione di aggiudicazione.

Giusta l'art. 32 cpv. 2 LAPub, se il ricorso si rivela giustificato e il contratto con l'offerente è già stato concluso, il Tribunale amministrativo federale accerta unicamente in quale misura la decisione impugnata violi il diritto federale. Per quanto attiene alla decisione di aggiudicazione dopo la conclusione del contratto, il legislatore ha previsto espressamente un procedimento a due fasi. In un primo tempo l'accertamento dell'illiceità della delibera da parte del Tribunale (art. 32 cpv. 2 LAPub) e in un secondo tempo la presentazione di una domanda di risarcimento dei danni presso il committente (art. 35 cpv. 1 LAPub). Il diritto federale non contiene però alcuna regola nel caso in cui l'autorità aggiudicatrice abbia emanato altre decisioni impugnabili in materia di acquisti pubblici conformemente all'art. 29 LAPub, segnatamente il bando di concorso, l'esclusione e l'interruzione e tali decisioni risultino illecite. In questi casi, la prassi impone un'applicazione analogica dell'art. 32 cpv. 2 LAPub (cfr. in riferimento ad una decisione di interruzione la decisione della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] del 16 novembre 2001 pubblicata in Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione [GAAC] 66.39, consid. 3 con ulteriori rinvii). In materia di acquisti pubblici, l'interesse alla rivendicazione di richieste di risarcimento rappresenta un interesse sufficiente all'accertamento dell'illiceità (sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010 consid. 1.4.2).

Siccome le ricorrenti non hanno impugnato la decisione incidentale del 29 novembre 2016 con cui veniva respinta la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, né inoltrato un'offerta e non sono insorte nemmeno contro la delibera dell'acquisto, le loro conclusioni di merito vertenti sull'annullamento e sulla ripubblicazione del bando sono divenute prive d'oggetto e viene loro a mancare un interesse attuale e pratico atto a giustificare un esame di merito di dette conclusioni. Tuttavia, anche se al ricorso delle ricorrenti contro il bando di concorso è stato negato l'effetto sospensivo, esse hanno per prassi un diritto a far accertare dallo scrivente Tribunale la liceità della disposizione avversata del bando di concorso (cfr. la sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010 consid. 1.7.2; v. anche CHRISTOPH JÄGER, *Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz*, in: Zufferey/Stöckli [ed.] *Aktuelles Vergaberecht 2014*, Zurigo 2014, p. 385, n. 86). Per prassi costante, se manca una conclusione corrispondente nel ricorso, la conclusione di accertamento dell'illiceità del bando di concorso può essere considerata inclusa nella conclusione volta all'annullamento del bando (in analogia DTF 132 I 86 consid. 3.2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed. 2013, n. 1284 con ulteriori riferimenti; sentenza del TAF B-3803/2010 del 2 febbraio 2011 consid. 1.5.3).

**1.3.4** Nel quadro dell'esame delle condizioni per entrare nel merito di una richiesta di accertamento dell'illiceità valgono le stesse condizioni per entrare nel merito di un ricorso con cui si chiede l'annullamento della decisione di aggiudicazione o del bando di concorso. In particolare devono essere adempiuti i requisiti posti alla stretta relazione con l'oggetto di lite ed al sufficiente interesse degno di protezione (cfr. sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010, consid. 1.4.2; MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, N 590). Nel caso in disamina, essendo dati per certi i presupposti per la legittimazione a ricorrere ai sensi di una protezione giuridica di primo grado o principale è parimenti data anche la legittimazione a ricorrere ai sensi di una protezione giuridica di secondo grado o subordinata.

**1.3.5** In summo, benché il ricorso sia stato ritenuto manifestamente infondato nella decisione incidentale sull'effetto sospensivo, le ricorrenti, non potendo più partecipare alla gara, hanno diritto ad una decisione finale sulla liceità della disposizione del bando di concorso avversata. Mediante le loro allegazioni le ricorrenti spiegano in maniera credibile che avrebbero potuto inoltrare un'offerta se il committente non le avesse escluse indebitamente dalla gara. Pacifica quindi la loro legittimazione ad insorgere contro il bando

di concorso. Sulla fondatezza delle constatazioni delle ricorrenti si dirà invece nell'ambito dell'esame di merito del ricorso.

**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.**

Dal profilo formale, nella replica del 6 marzo 2017, le ricorrenti fanno valere una violazione del loro diritto di essere sentite in quanto lo scrivente Tribunale avrebbe reso la decisione incidentale sull'effetto sospensivo senza permettere loro di prendere posizione sul contenuto delle osservazioni al ricorso del committente.

In effetti, il Tribunale adito ha statuito sull'effetto sospensivo con un semplice scambio di scritti e trasmesso le osservazioni del committente contestualmente con la decisione incidentale, dando alle ricorrenti facoltà di replicare solo nell'ambito del procedimento nella causa principale. In tale modo di agire le ricorrenti ravvisano, come soprammenzionato, una violazione del diritto di essere sentite.

A titolo abbondanziale va ribadito che la decisione incidentale relativa alla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo è resa, di regola, sulla base dell'atto di ricorso e della risposta dell'autorità aggiudicatrice e dei relativi allegati, senza che debba essere ordinato un ulteriore scambio di scritti (cfr. decisioni incidentali del TAF B-7849/2015 del 25 febbraio 2016 E. 6 e B-3544/2008 del 2 luglio 2008 consid. 9).

In ogni caso, la questione a sapere se la trasmissione simultanea delle osservazioni del committente con la decisione incidentale sull'effetto sospensivo sia conciliabile con la prassi appena menzionata e sia avvenuta in piena osservanza del diritto di essere sentito non deve essere decisa in questa sede. Invero, una simile censura avrebbe dovuto essere sollevata in un procedimento di ricorso contro la decisione incidentale sulla domanda di effetto sospensivo, ciò che non è avvenuto, o potrebbe eventualmente fare oggetto di un ricorso contro la decisione che pone fine al procedimento.

### 3.

Sempre a livello formale, le ricorrenti lamentano che l'autorità aggiudicatrice non abbia atteso fino al passaggio in giudicato della decisione incidentale sull'effetto sospensivo prima di proseguire con la gara pubblica, compromettendo così il loro reinserimento nella procedura d'appalto.

Il committente rileva al riguardo come non gli si possa imputare un comportamento abusivo, rinviando alla sentenza del TF 2D\_12/2009 del 18 giugno 2009, consid. 5.3. Conformemente a quest'ultima, non si tratta, in linea di principio, di comportamento abusivo se il committente, subito dopo una decisione incidentale di mancata concessione dell'effetto sospensivo ad un ricorso contro l'aggiudicazione, continua la procedura d'appalto perfezionando il contratto con l'aggiudicatario, a meno che l'offerente insorto abbia manifestato molto rapidamente al committente la sua intenzione di impugnare la decisione incidentale mediante la quale veniva respinta la sua domanda di conferimento dell'effetto sospensivo.

La questione a sapere se la prassi del Tribunale federale poc'anzi esposta possa essere applicata anche nell'evenienza in cui non sia stato accordato l'effetto sospensivo ad un ricorso rivolto contro il bando di concorso, come nel caso concreto, può restare tuttavia indecisa.

Nella fattispecie in disamina basta rilevare che le ricorrenti avrebbero avuto la possibilità di insorgere immediatamente contro la decisione incidentale, inserendo nel relativo gravame una domanda di concessione dell'effetto sospensivo in via superprovvisoria, ma non l'hanno fatto. Tuttavia, come indicato nella decisione incidentale sull'effetto sospensivo, il committente era cosciente di dover assumersi il rischio derivante da un prosieguo della procedura di acquisti pubblici in caso di accoglimento delle conclusioni ricorsuali. Non va infine dimenticato che in questo stadio del procedimento le ricorrenti possono pur sempre far accertare l'illiceità del bando di concorso ai sensi di una protezione giuridica subordinata o di secondo grado.

**4.**

La questione litigiosa in questo procedimento su ricorso è quella di sapere se il committente ha escluso le ricorrenti a giusto titolo dalla partecipazione al presente concorso in quanto svolgono attività di progettazione per il progetto EP04 per i comparti di Airolo e Quinto. L'oggetto della controversia è in concreto rappresentato dal punto 4.5.4 del bando di concorso che ordina espressamente l'estromissione delle ricorrenti dalla gara per i motivi indicati. A titolo liminare appare adeguato chinarsi sulle particolarità legate al bando di concorso ed ai motivi di esclusione.

**5.**

Il bando di concorso è la comunicazione mediante la quale il committente dà inizio alla procedura di acquisti pubblici e invita una cerchia di potenziali interessati a presentare la propria offerta. Nel bando devono essere fornite ai concorrenti tutte le informazioni necessarie all'allestimento di un'offerta. In particolare, esso deve definire in modo preciso e completo l'oggetto della commessa tramite un capitolato che definisca in maniera inequivocabile e priva di contraddizioni la natura e le caratteristiche esatte della prestazione effettivamente richiesta (cfr. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. a margine 382 segg.). Tale obbligo si evince dal principio della parità di trattamento che esige dal committente di creare i giusti requisiti per permettere di comparare le offerte inoltrate dai concorrenti sulla scorta di criteri oggettivi e ossequiosi della parità di trattamento (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. a margine 383). Per il resto, nella definizione dell'oggetto e delle condizioni di gara l'autorità aggiudicatrice dispone di un margine discrezionale relativamente ampio 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. In particolare, nel caso di contestazioni dirette contro specifiche disposizioni del bando e della relativa documentazione di gara, lo scrivente Tribunale non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità aggiudicatrice, ma deve limitarsi ad accertare che le clausole censurate non siano insostenibili, poiché fondate su considerazioni estranee al diritto in materia di acquisti pubblici, prive di valide ragioni o altrimenti lesive dei principi costituzionali (cfr. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. a margine 1388 s. e la casistica ivi citata; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2a ed. 2013, n. a margine 2.184 con ulteriori rinvii).

## 6.

**6.1** L'assenza di motivi d'esclusione è la condizione chiave per poter partecipare alla gara e assegnare la commessa (CHRISTOPH JÄGER, op. cit. al consid. 1.3.3, p. 325 ss., in particolare p. 331). L'esclusione può entrare in considerazione sia in base a motivi connessi con l'offerente sia per ragioni inerenti all'offerta stessa. I motivi di esclusione legati alla persona dell'offerente sono definiti all'art. 11 LAPub. Conformemente a tale disposto il committente può escludere determinati offerenti dalla procedura nonché stralciarli dall'elenco di cui all'articolo 10 LAPub, in particolare qualora: (a.) non adempiano più i criteri d'idoneità previsti dall'articolo 9, (b.) abbiano dato al committente indicazioni false, (c.) non abbiano pagato imposte o oneri sociali, (d.) non abbiano ottemperato agli impegni derivanti dall'articolo 8 LAPub, (e.) abbiano pattuito comportamenti tali da impedire un'effettiva libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante o (f.) penda nei loro confronti una procedura di fallimento. L'elenco dei motivi di esclusione in riguardo agli offerenti non ha carattere esaustivo, bensì esemplificativo, come del resto risulta dall'uso del termine „in particolare“ al disposto menzionato (decisione incidentale del TAF B-6136/2007 e B-6137/2007 del 30 gennaio 2008 consid. 9). Rappresenta segnatamente un ulteriore motivo di esclusione legato all'offerente la cosiddetta preimplicazione introdotta all'art. 21a OAPub, entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (cfr. decisione incidentale del TAF B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 5.2).

**6.2** L'esclusione per motivi inerenti all'offerta è disciplinata invece all'art. 19 cpv. 3 LAPub. Un'esclusione sulla scorta di motivi formali è prevista segnatamente per un'offerta incompleta o per una modifica delle condizioni d'offerta di propria iniziativa, anche se di seguito non può essere individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. DTAF 2007/13 consid. 3.2 con rinvii alla prassi). Secondo la prassi della CRAP, ripresa dallo scrivente Tribunale, il divieto di formalismo eccessivo ed il principio della proporzionalità possono esigere in talune circostanze che all'offerente sia data l'opportunità di rimediare ai vizi formali rimproveratigli (cfr. sentenza del TAF B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.1; cfr. in riferimento alla prassi concernente l'esclusione delle offerte per vizi formali a dipendenza della loro gravità DTAF 2007/13 consid. 3.4 e la sentenza del TAF B-985/2015 del 12 luglio 2015 consid. 4.3 segg.).

**6.3** Nel valutare se un potenziale offerente può essere escluso dal concorso pubblico, il committente fruisce, di regola, di un ampio margine d'apprezzamento, il cui esercizio può essere censurato da parte dell'autorità di ricorso unicamente nella misura in cui riunisca gli estremi della violazione

del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso di siffatto potere. A seconda della loro natura o formulazione, i motivi di esclusione possono lasciare al committente un potere discrezionale che può variare da esiguo ad ampio oppure addirittura escludere detto potere d'apprezzamento (cfr. JÄGER, op. cit., n. a margine 63). In quest'ultimo caso un'esclusione dalla gara è d'obbligo.

L'esclusione deve essere operata nel quadro dello stato di diritto e dei principi fondamentali in materia di acquisti pubblici, quali il principio della parità di trattamento tra offerenti, dell'impiego economico dei fondi pubblici e della concorrenza efficace. In questi limiti l'autorità aggiudicatrice dovrebbe poter valutare le offerte in grado di soddisfare i suoi bisogni, mentre gli offerenti che concorrono alla gara pubblica dovrebbero avere pari opportunità (cfr. JÄGER, op. cit., n. a margine 15).

**6.4** Come emerge dal punto 4.5.4 del bando avverso, è evidente che l'esclusione delle ricorrenti è fondata su motivi inerenti a loro in qualità di offerenti, per cui vale la pena soffermarsi sulla tematica.

I motivi di esclusione relativi all'offerente si lasciano distinguere in tre categorie: la mancanza dei requisiti di base di carattere generale (p. es. mancato pagamento delle imposte o degli oneri sociali, violazione delle norme in materia di protezione dei lavoratori e condizioni di lavoro, comportamento avverso alla concorrenza leale ed efficace), l'inadempimento dei criteri di idoneità di carattere particolare (condizioni di partecipazione, cosiddetta idoneità in senso stretto) e la sussistenza di una preimplicazione illecita ai sensi dell'art. 21a OAPub (cfr. sul tema JÄGER, op. cit., n. a margine 31-50). In riferimento ai requisiti di base si rimanda al consid. 6.1, per i criteri di idoneità ed alla preimplicazione si rinvia ai consid. 6.4.1 e 6.4.2.

**6.4.1** Nell'ambito di una procedura in materia di acquisti pubblici deve essere esaminata l'idoneità di ogni singolo concorrente riguardo all'esecuzione della commessa. L'idoneità è data se è garantito che l'offerente interessato può adempiere il mandato in termini finanziari, economici e tecnici (cfr. art. 9 cpv. 1 LAPub; decisione incidentale del TAF B-504/2009 del 3 marzo 2009, consid. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 347 segg.). L'idoneità mancante come pure il mancato adempimento dei criteri di idoneità porta all'esclusione dalla procedura giusta l'art. 11 lett. a LAPub. I criteri e le prove d'idoneità sono resi noti nel bando o nella relativa documentazione (art. 9 cpv. 2 LAPub).

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. Il mancato adempimento dei criteri di idoneità ha come conseguenza l'esclusione dalla gara e un criterio di idoneità non adempiuto non può essere compensato in ragione di 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 TF 2C\_91/2013 del 23 luglio 2013 consid. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER op. cit., n. a margine 580). Dalla predetta differenza funzionale 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 (GALLI/MOSER/STEINER/LANG, op. cit., n. a margine 580, 582 e 603; decisione incidentale del TAF B-7849/2015 del 25 febbraio 2016 consid. 3.1).

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. In genere, tale situazione non è alterata nemmeno dal fatto che esigenze elevate poste agli offerenti possano essere problematiche nell'ottica dell'art. 1 cpv. 1 lett. b LAPub con cui il legislatore si prefigge di rafforzare la libera concorrenza tra gli offerenti. Tuttavia, un criterio di idoneità è considerato illecito laddove restringe il numero di potenziali offerenti senza che vi siano interessi pubblici preponderanti in favore del mantenimento di tale criterio e così facendo non rimane alcuna concorrenza residua sufficiente (cfr. sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010 consid. 2.2). L'illiceità di un criterio di idoneità può risultare da una violazione degli altri principi che il legislatore ha inteso tutelare con l'art. 1 LAPub (trasparenza della procedura di aggiudicazione secondo l'art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub, promozione dell'impiego economico dei fondi pubblici secondo l'art. 1 cpv. 1 lett. c LAPub e la garanzia della parità di trattamento tra gli offerenti giusta l'art. 1 cpv. 2 LAPub).

**6.4.2** L'Accordo GATT disciplina la preimplicazione all'art. VI cpv. 4. Invece, nella LAPub non è stata inserita una normativa esplicita della preimplicazione. Essa è stata introdotta all'art. 21a OAPub, intitolato "Ricusaione", 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). Giusta l'art. 21a cpv. 1 OAPub 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. 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 e (c.) la proroga dei termini minimi (art. 21a cpv. 2 OAPub).

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 del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.1) e che le regole sulla preimplicazione sono 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).

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).

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 (cfr. 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. Tuttavia, 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 e da impedire all'autorità aggiudicatrice l'esercizio del potere discrezionale che le viene in genere riconosciuto (cfr. MARTIN BEYELER, Die revidierte VöB – Ein Kurzkommentar, 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).

## 7.

Di seguito, resta da appurare quale motivo di esclusione inerente all'offerente entra in linea di conto nel caso che ci riguarda.

Nel quadro della decisione incidentale, l'esclusione delle ricorrenti è stata trattata sotto l'aspetto della preimplicazione. Del resto anche le parti sono partite da tale presupposto nell'atto di ricorso e nelle osservazioni. Indizi a favore di un'esclusione per impedimento da preimplicazione si lasciano desumere anche dal fatto che, come rettamente segnalato dalle ricorrenti, nel bando di concorso del 25 gennaio 2017 relativo al progetto N2 EP Passo del San Gottardo, DLL (cfr. SIMAP N. della pubblicazione 950461, punto 4.5.6), le ditte che si sono precedentemente occupate della progettazione sono state considerate preimplicate, ma cionondimeno hanno potuto partecipare alla gara. In occasione del secondo scambio di scritti, tuttavia, risulta che il motivo d'esclusione non sia stato principalmente dettato dal timore del committente di non poter condurre la procedura dell'acquisto pubblico in maniera corretta a causa di un vantaggio derivante da un precedente coinvolgimento illecito, bensì dalla preoccupazione che l'assegnazione di un mandato di DDL allo stesso soggetto che prima si è occupato della progettazione sia suscettibile di comportare conflitti di interessi e incompatibilità tra i due compiti. A tale proposito, MARTIN BEYELER reputa che mediante la disposizione del bando avversata il committente abbia piuttosto voluto stabilire un criterio di idoneità in conformità del quale un'impresa che all'interno dello stesso progetto svolge o ha svolto lavori di progettazione non è reputata idonea ad eseguire il mandato di DDL con piena soddisfazione del committente a causa di probabili conflitti di interesse (Nota di MARTIN BEYELER in riferimento alla decisione incidentale B-6626/2016

del 29 novembre 2016, in BR/DC 2017 p. 44 seg.). Il fatto che la disposizione in disamina non sia stata chiamata "criterio di idoneità", non dovrebbe impedire, di principio, la liceità di un simile modo di procedere (idem, p. 45).

In ultima analisi, la questione di sapere se nel caso in disamina il motivo di esclusione sia rappresentato da un impedimento da preimplicazione oppure dal mancato adempimento di un criterio di idoneità delle ricorrenti può restare indecisa, poiché, in ogni caso si tratta di un'esclusione per motivi legati all'offerente, la quale, per essere ritenuta lecita, dev'essere comunque conciliabile con i principi inerenti al diritto in materia di acquisti pubblici (cfr. consid. 6.3).

## **8.**

Di seguito resta da verificare se l'esclusione delle ricorrenti indetta con il bando di concorso è conforme al diritto.

**8.1** In sostanza le ricorrenti sostengono come la loro estromissione dalla gara sarebbe in contrasto con il principio della parità di trattamento e dei principi che regolano gli appalti pubblici, in quanto essa non sarebbe stata esplicitamente dettata da motivi legati alla preimplicazione o alla necessità di compensare un vantaggio concorrenziale, bensì da motivi relativi alla necessità di evitare situazioni di conflitto di interesse. Simili ragioni, a detta delle ricorrenti, sarebbero inaccettabili, poiché poggerebbero su pregiudizi qualitativi o di idoneità derivanti da una sorta di valutazione anticipata, quindi infondati nel merito ed inaccettabili nel principio, nel senso che imputerebbero a priori alle ricorrenti una presunta parzialità e addirittura prestazioni non all'altezza della sensibilità del cantiere.

Le ricorrenti criticano inoltre una certa incoerenza nella prassi delle procedure in materia di acquisti pubblici del committente. Quest'ultimo avrebbe permesso al preimplicato Consorzio A.\_\_\_\_\_ di partecipare alla presente gara ed inoltre consentito ai progettisti in un successivo bando di concorso per prestazioni di DLL per la strada del Passo del San Gottardo di prendere parte al relativo concorso malgrado la loro preimplicazione. Le ricorrenti precisano altresì che nell'avviso di gara congiunto per la DLL di entrambi i comparti (Airolo e Quinto) non furono allora escluse per incompatibilità malgrado si occupassero della progettazione, mentre nella procedura di acquisti pubblici inerente al progetto di risanamento dello svincolo autostradale di Mendrisio, la progettazione e la DLL sarebbero state affidate addirittura al medesimo soggetto. Da ciò le ricorrenti deducono che il committente abbia voluto escluderle proprio solo dall'appalto in disamina per restringere il campo degli offerenti, ritenendole inidonee a priori.

Le ricorrenti sollevano poi obiezioni nei confronti dell'approccio del committente che avrebbe fondato l'esclusione delle ricorrenti su episodi che le medesime contestano recisamente, i quali concernono un altro comparto (Airolo) e un tipo di intervento completamente diverso rispetto a quello in gara (galleria anziché tracciato) e sarebbero riferite solo alle ricorrenti 1 e 2. Pertanto, le ricorrenti richiedono al Tribunale di fare astrazione di simili antecedenti o di ordinare un'istruttoria nel caso venissero considerati. Allo stesso modo, le ricorrenti non concordano con l'assetto argomentativo del committente riguardo alle presunte accresciute esigenze qualitative del comparto di Quinto.

Le ricorrenti ribadiscono, d'altro lato, che la riunione delle due fasi in una sola ditta comporterebbe solo dei vantaggi, anche soprattutto dal profilo dell'impiego parsimonioso delle risorse pubbliche, a causa delle approfondite conoscenze di cui beneficia la DLL essendosi occupata della progettazione e della mancanza di necessità di una specifica attività di supporto di quest'ultima. Le ricorrenti non concordano con la tesi del committente, secondo cui nei pochi casi in cui la DLL e la progettazione erano stati affidati allo stesso soggetto, le relative opere avrebbero subito un forte incremento dei costi realizzativi. Questo alla luce del fatto che lo stesso committente avrebbe incluso in gare precedenti per la DLL anche le ditte che avevano assunto ruoli a livello di progettazione per il medesimo cantiere, tra cui le ricorrenti, compensando allora la loro preimplicazione. Pertanto, il requisito di un impiego parsimonioso delle risorse pubbliche depone, a mente delle ricorrenti, a favore di una loro inclusione alla gara.

Infine, le ricorrenti criticano la presunta sussistenza di una sufficiente concorrenza malgrado la loro esclusione, tanto più che siffatta esistenza sarebbe solo appurabile dall'atto di redigere e poter sostenere un'offerta e non solo dall'aver ritirato il relativo materiale di gara. La circostanza che sia pervenuta una sola offerta o che siano pervenute più di un'offerta di cui una sola manifestamente competitiva potrà dimostrare, a detta delle ricorrenti, che la loro esclusione ha pregiudicato il requisito di un'adeguata concorrenza.

**8.2** Nelle sue osservazioni l'autorità aggiudicatrice ha indicato di aver maturato la scelta di separare in futuro la progettazione dalla DLL e quindi di escludere per la prima volta i progettisti da una gara concernente attività di DLL in seguito a problematiche verificatesi nell'ambito dell'esecuzione dei lavori per il comparto di Airolo. In tale evenienza si sarebbero trovati di fronte, tre operatori (il Consorzio F.\_\_\_\_\_, composto dalle ricorrenti 1 e

2 e da una terza ditta) nella funzione di progettisti dei tracciati e delle gallerie e la ricorrente 3 nella funzione di progettista manufatti, da una parte, e il Consorzio A. \_\_\_\_\_ nella funzione di DLL, dall'altra. La netta separazione dei due ruoli nel comparto di Airolo avrebbe permesso al committente di ottenere dalla DLL segnalazioni tempestive, segnatamente nell'ambito di conflitti tra le diverse sottostrutture esistenti e nuove, della Galleria Stalvedro (parete chiodata portale Nord e portale Sud) e del Cunicolo tecnico zona Stalvedro, circa le carenze progettuali. A mente dell'autorità aggiudicatrice, detta separazione tra progettisti e DLL avrebbe garantito una migliore presa di responsabilità e una conduzione del progetto più efficiente, avendo favorito una visione più critica del progetto e una verifica tempestiva e costante dello stesso. Sarebbe del resto noto che la DLL abbia maggiori difficoltà nel criticare e segnalare eventuali carenze di progettazione al committente e/o proporre le proprie soluzioni ad un progettista in seno alla stessa ditta. Il committente ha infine precisato che l'esclusione dei progettisti sarebbe stata dettata anche dagli aspetti sensibili presentati dal comparto di Quinto rispetto a quello di Airolo, ad esempio il delicato dosaggio del traffico relativo alla galleria del San Gottardo.

Nell'atto di duplice il committente precisa di aver reputato opportuno separare la DLL dai progettisti in primo luogo a causa delle interazioni tra i due ruoli e al fine di garantire una conduzione e realizzazione del progetto più efficiente. Gli episodi illustrati nelle osservazioni in relazione al comparto di Airolo sarebbero serviti al solo scopo di far comprendere le possibili implicazioni nel riunire le due funzioni, ma non per discreditare l'operato delle ricorrenti. In seguito, solo per correttezza, il committente prende brevemente posizione sui casi elencati in relazione al comparto di Airolo e sulle relative allegazioni delle ricorrenti in sede di replica.

Il committente ribadisce altresì come la ragione di escludere a priori la partecipazione dei progettisti alla DLL risieda anche nella complessità e delicatezza del comparto di Quinto, rivolgendo la sua attenzione, in particolare, sullo spostamento del dosaggio del traffico della galleria del San Gottardo a Nord del cantiere e sulle importanti ripercussioni per quest'ultimo, in quanto obbligato a confrontarsi direttamente con la colonna di traffico in avvicinamento alla galleria. Una simile situazione non si sarebbe invece presentata per il comparto di Airolo, proprio perché il sistema di dosaggio del traffico sarebbe stato spostato a Sud del cantiere. Nemmeno gli altri progetti elencati dalle ricorrenti, vale a dire la strada del Passo del San Gottardo e lo svincolo autostradale di Mendrisio, sarebbero comparabili al progetto in disamina.

Il committente non condivide poi il punto di vista delle ricorrenti secondo cui la separazione adottata comporterebbe un onere maggiore, in quanto la DLL dovrebbe riprendere il progetto. Secondo lui è fondamentale garantire una completa imparzialità tra i due ruoli, in modo da evitare eventuali conflitti di interessi e assicurare una conduzione più efficiente del progetto, ciò che porterebbe ad un contenimento dei costi totali.

Il committente fa osservare che le problematiche da lui sollevate sono state trattate del resto nella mozione della Commissione parlamentare di inchiesta sulla sezione della logistica (CPIL) a cui il Consiglio di Stato avrebbe risposto con l'intenzione di introdurre in modo più frequente una separazione tra le due funzioni.

Infine, il committente rileva come la decisione di separare i progettisti dalla DLL sia stata ben accolta dalla dottrina in materia di acquisti pubblici, rinviando a tale proposito alla nota di MARTIN BEYELER in *Baurecht / Droit de la construction* [BR/DC] 1/2017, pag. 44 e seg., il quale considera la disposizione del bando avversata ai sensi di un criterio di idoneità lecito.

Da ultimo, il committente respinge l'argomento delle ricorrenti secondo cui la loro esclusione avrebbe pregiudicato una concorrenza efficace. Dopo aver segnalato, in conformità con il verbale di apertura delle offerte del 14 dicembre 2016, che sono state inoltrate due offerte, la prima di un offerente singolo, dal prezzo inferiore a quello preventivato, e la seconda da parte di un Consorzio composto da cinque ditte, il committente non ritiene che vi sia un'assenza di concorrenza tale da aver compromesso la competitività delle offerte.

**8.3** Dalle argomentazioni addotte dall'autorità aggiudicatrice emana in maniera condivisibile che una netta separazione della DLL dalla progettazione, implicando la suddivisione di competenze tra due entità distinte e influenzando positivamente la rapidità della DLL indipendente nel fornire le informazioni necessarie al committente in caso di carenze progettuali, è di principio suscettibile di rientrare nell'interesse di una buona riuscita e di un'esecuzione efficiente del progetto. Allo stesso modo, l'assegnazione della DLL ad un soggetto indipendente dalla progettazione è di principio idonea ad allontanare eventuali timori nei confronti di possibili conflitti di interesse.

**8.4** Di seguito occorre esaminare se le ulteriori censure mosse dalle ricorrenti nei confronti del committente permettono di mettere in dubbio l'assetto

argomentativo di quest'ultimo e di sovvertire i suoi ragionamenti che fin qui possono essere ritenuti in principio condivisibili.

**8.4.1** In primo luogo, segnalando che in altre procedure di acquisti pubblici il committente ha permesso ai progettisti di partecipare ai concorsi per l'assegnazione di mandati per la DLL (comparto di Airolo, strada del Passo del San Gottardo, svincolo autostradale di Mendrisio), le ricorrenti sottolineano che l'esclusione dei progettisti nel bando di concorso avverso implica, secondo loro, una deroga inammissibile alla prassi dell'autorità aggiudicatrice nell'ambito dei mandati di DLL, lesiva in particolare della parità di trattamento.

Relativamente a tale censura è utile da un lato puntualizzare che un trattamento differenziato dei progettisti nelle procedure di acquisti pubblici per le commesse di DLL non è già di per sé inammissibile. D'altro lato, dalla rinuncia del committente ad escludere i progettisti in altri concorsi pubblici per l'attribuzione di mandati di DLL, le ricorrenti non possono dedurre un obbligo generale del committente ad impostare le condizioni di gara sempre in modo uguale per ogni ulteriore concorso in materia di commesse di DLL. È invece determinante stabilire se l'autorità aggiudicatrice ha fondato la sua decisione di modificare le regole di gara su motivi validi e giuridicamente sostenibili. Il principio della parità di trattamento ancorato all'art. 1 cpv. 2 LAPub, come del resto anche all'art. 8 cpv. 1 Cost. (Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999; RS 101), non è da intendere in modo assoluto, ma relativo, nel senso che ciò che è uguale dev'essere trattato in maniera uguale, ciò che è disuguale in maniera disuguale (DTF 138 I 225 consid. 3.6.1; sentenza del TAF B-3803/2010 del 2 febbraio 2011 consid. 5.5.5). Come già segnalato, in virtù del potere discrezionale di cui fruisce il committente nell'ambito della definizione delle condizioni di gara, l'autorità di ricorso può censurarne l'operato unicamente nella misura in cui esso integra gli estremi di una violazione del diritto, ad esempio nell'ottica dell'abuso di detto potere d'apprezzamento. Per questo, il potere d'esame dello scrivente Tribunale è limitato ad accertare che le varie clausole del bando impugnate non siano insostenibili, in quanto fondate su considerazioni estranee alla materia, prive di valide ragioni o altrimenti lesive dei diritti costituzionali.

Generalmente, non si può escludere che nell'ambito dell'assegnazione di mandati per commesse simili o addirittura identiche l'impostazione delle condizioni di gara possa variare a seconda delle esigenze e dei fabbisogni che si presentano nella concreta procedura d'acquisto sia in rapporto al tipo di oggetto sia in rapporto al tipo di offerente richiesto. Il committente

ha spiegato in modo plausibile di essersi avveduto della problematica delle interdipendenze tra il ruolo di DLL e del progettista per la prima volta nell'ambito delle difficoltà incontrate sul comparto di Airolo. Parimenti condivisibile è l'argomento secondo cui la separazione delle funzioni è atta ad influenzare la rapidità e l'affidabilità delle informazioni al committente e a portare ad un contenimento dei costi. La confusione soggettiva delle due figure (DLL e progettista) in capo ad uno stesso soggetto può generare una situazione di incompatibilità di ruoli e di funzioni, che non permette al controllore interno (il committente) di accertare la regolarità e la tempestività delle informazioni.

Se per il progetto in questione il committente riconosce nella riunione delle due funzioni in un solo soggetto un rischio d'incompatibilità e un possibile o potenziale conflitto di interessi suscettibile di andare a scapito di un'esecuzione efficiente del progetto nell'ottica dell'impiego parsimonioso delle risorse pubbliche, l'esigenza di escludere le ricorrenti dalla gara appare sorretta da ragioni oggettive e sostenibili, atte a giustificare un'impostazione della gara diversa da quella attuata nei tre progetti summenzionati, quindi in favore di una separazione dei ruoli e di una chiara suddivisione delle responsabilità. In simile modo di procedere mal si vede come si possa imputare all'autorità aggiudicatrice una qualsivoglia violazione del diritto o un eccesso o un abuso del suo potere discrezionale.

Risulta chiaro che l'esclusione delle ricorrenti poggia sostanzialmente ed esclusivamente sull'intenzione di impedire dei rischi d'incompatibilità delle due figure, nonché sull'obiettivo di raggiungere una completa imparzialità tra i due ruoli e di così ridurre al minimo ogni rischio di conflitto di interessi. In quest'ottica, gli ulteriori motivi invocati dal committente per l'esclusione delle ricorrenti, vale a dire la complessità e delicatezza del progetto concreto, non possono che passare in secondo piano, dimodoché non è più necessario soffermarsi ulteriormente sulla tematica. Lo stesso dicasi per quanto concerne l'esistenza, presunta dal committente, di determinate problematiche sul cantiere del comparto di Airolo, le quali, come rettamente segnalato in sede di duplice, sono state elencate al solo scopo di far comprendere come egli sia stato messo nella condizione di sensibilizzarsi sulle interdipendenze tra i progettisti e la DLL, senza in alcun modo voler discreditare l'operato delle ricorrenti. Pertanto non si necessitano istruzioni particolari in riguardo.

**8.4.2** Certo, come rilevano le ricorrenti, non è escluso che si presentino situazioni in cui i progetti gestiti dal medesimo soggetto potrebbero dare

buoni risultati a livello di efficienza nell'esecuzione ed economicità. Tuttavia, come si è visto, la scelta di escludere, nel caso in disamina, i progettisti dal concorso per i lavori di DLL non può essere ritenuta insostenibile e lesiva del diritto nell'ottica di un esercizio abusivo del potere di apprezzamento che si riconosce al committente nel fissare le condizioni di gara. La scelta può semmai essere censurabile dal profilo dell'opportunità e dell'adeguatezza, un motivo che, risaputamente, non può essere addotto nei procedimenti in materia di acquisti pubblici.

**8.4.3** Si aggiunga infine per abbondanza e come del resto giustamente segnalato dal committente, che la problematica della separazione della direzione lavori dalla progettazione ha fatto oggetto di una mozione presentata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulla sezione della logistica (CPIL) al Consiglio di Stato del Canton Ticino. In tale evenienza la CPIL gli aveva chiesto di nettamente distinguere la direzione dei lavori dalla progettazione per le costruzioni in cui funge da committente. In sintesi, la CPIL aveva principalmente ritenuto che con l'unione dei due ruoli in un solo soggetto si veniva a creare un evidente conflitto di ruoli a svantaggio del committente, poiché secondo lei "un Direttore dei lavori ha maggiori difficoltà a fare critiche e/o a portare proprie soluzioni al Progettista della medesima Ditta (...) mentre un Direttore dei lavori di una Ditta concorrente è oggettivamente più libero" (cfr. per il testo della mozione il Messaggio del 19 agosto 2014 n. 6968 consultabile al sito <http://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/>). Il Consiglio di Stato aveva proposto di accogliere parzialmente la mozione, confermando il suo sostegno di principio per una suddivisione tra direzione lavori e progettazione, anche se non applicato in modo sistematico, escludendo a priori e in ogni caso la soluzione opposta. Il Consiglio di Stato non si era pronunciato favorevole ad un'applicazione sistematica della separazione, tra l'altro, perché la scelta della giusta forma organizzativa dipenderebbe dal caso concreto e vi sarebbero esempi nei quali anche separando la Direzione lavori dalla progettazione ci sarebbero stati dei problemi importanti e anche esempi di progetti gestiti da un unico partner il cui risultato sarebbe stato di qualità (cfr. per tutto il Messaggio del 19 agosto 2014 n. 6968 consultabile al sito <http://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/>).

Le allegazioni suesposte confermano che la tematica della separazione dei ruoli del progettista dal direttore dei lavori è particolarmente sentita anche da alcuni enti appaltanti del Canton Ticino e non ha occupato unicamente l'autorità aggiudicatrice. Malgrado il Consiglio di Stato si sia espresso per un'applicazione della separazione delle due funzioni a seconda del singolo

caso, ciò non toglie che il committente, nel caso che ci riguarda, ha fondato la modifica della propria prassi su motivi convincenti e sostenibili.

**8.4.4** Visto quanto precede, la contestata esclusione non può quindi essere considerata lesiva del diritto federale, né fondata su un esercizio abusivo o eccessivo del potere di apprezzamento di cui il committente dispone.

**8.5** Da ultimo resta da appurare se l'esclusione delle ricorrenti sia lesiva del principio della parità di trattamento, in particolare sotto l'aspetto della concorrenza efficace in materia di acquisti pubblici.

**8.5.1** Nelle commesse pubbliche, il principio dell'uso parsimonioso dei fondi pubblici deve restare conciliabile con l'obiettivo della promozione di una concorrenza efficace di cui all'art. 1 cpv. 2 lett. b LAPub (DTAF 2010/58 consid. 6.3). Nella determinazione delle condizioni di gara si devono prendere in considerazione gli effetti che siffatte condizioni esplicano sulla concorrenza tra gli offerenti, in modo da garantire una concorrenza residua sufficiente.

Nell'evenienza in cui un operatore sul mercato insorga contro un bando di concorso pubblico e chieda un'estensione dell'ammissibilità delle condizioni di partecipazione, specifiche tecniche o dei criteri di idoneità, l'impugnativa del ricorrente si rivela infondata fintanto che l'autorità aggiudicatrice adduce ragioni sostenibili per ammettere una definizione restrittiva delle clausole avversate e sussiste una concorrenza residua sufficiente. (cfr. sentenza del TAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010, pubblicata in DTAF 2010/58 consid. 6.3; decisione incidentale del TAF B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4 e 5 con annotazioni di MARTIN BEYELER in: BR/DC 2010, p. 209 s., Nr. S47, e p. 218 s., Nr. S63). Se invece le disposizioni di gara sono suscettibili di eliminare la concorrenza o la eliminano, allora non sono più sufficienti motivi puramente oggettivi per ammetterle, ma si esigono motivi gravi ed imperativi (cfr. BR/DC 2010, p. 209 s., Nr. S47, e p. 218 s., Nr. S63).

**8.5.2** Nella decisione incidentale con cui si respingeva la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo lo scrivente Tribunale era giunto alla conclusione come, sulla scorta di un esame prima facie, non fossero ravvisabili indizi che indurrebbero a considerare che l'esclusione delle ricorrenti pregiudichi una concorrenza efficace. Da un lato, l'autorità aggiudicatrice aveva prodotto la lista degli studi di ingegneria che nel frattempo avevano ritirato la documentazione di gara. Dall'altro il committente, mediante la rettifica del bando di concorso pubblicata nel SIMAP del 17 ottobre 2016,

aveva riformulato, tra le altre cose, i criteri di idoneità, riducendo le esigenze originariamente richieste ed ampliando, così facendo, la cerchia dei potenziali offerenti (decisione incidentale del TAF B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.3).

**8.5.3** Per quanto trattasi della rettifica dei criteri di idoneità, sono degne di menzione in particolare le modifiche apportate ai criteri di idoneità C11 (Esperienza/Referenza dell'offerente) e C12 (Persone chiave/Referenza; cfr. punto 4.1 del bando rettificato). Per quanto attiene al C11, erano state affievolite le condizioni per considerare la referenza paragonabile. Ad esempio, la referenza non era unicamente limitata alla nuova realizzazione o risanamento di strade nazionali o strade a grande traffico con interventi realizzati in presenza di traffico, comprendenti manufatti e tracciato dal costo uguale o maggiore a 10 mio CHF, bensì estesa a opere concernenti anche ferrovie o altre infrastrutture viarie di complessità analoga dal costo di costruzione di almeno 10 mio CHF. Inoltre, non era richiesta soltanto una referenza interamente eseguita, ma in alternativa era sufficiente che le prestazioni relative alla funzione richiesta (fase 52 SIA) avessero raggiunto l'importo minimo di 0.5 mio CHF. Per quanto riguarda il C12, il bando rettificato differiva da quello originario ad esempio nella misura in cui per l'adempimento delle prestazioni relative alla funzione richiesta (fase 52 SIA) poteva già bastare il raggiungimento di un importo minimo di 0.3 mio CHF, mentre in un primo tempo si richiedeva soltanto una referenza interamente eseguita. Anche per il C12, la referenza della persona chiave doveva solo essere genericamente riferita ad un'opera concernente autostrade, ferrovie, strade a grande traffico o altre infrastrutture viarie di complessità analoga, quindi non unicamente riservata ad opere di nuova realizzazione e risanamento per strade nazionali o strade a grande traffico con interventi realizzati in presenza di traffico, comprendenti manufatti e tracciato, come predisposto originariamente.

**8.5.4** Nel frattempo, a seguito dell'avvenuta aggiudicazione e del susseguente ricorso contro la medesima, nonché delle allegazioni delle parti, è dato di sapere che sono state presentate due offerte, la prima di un offerente singolo e la seconda da parte di un consorzio composto da cinque ditte. La ditta singola a cui è stata assegnata la delibera, è stata ammessa alla gara pur risultando preimplicata in quanto riunita con un'altra ditta nel Consorzio A. \_\_\_\_\_ le era stato conferito il mandato per la Direzione locale dei lavori (DLL) relativa al comparto di Airolo (punto 4.5.5 del bando di concorso) e doveva inoltrare la propria offerta entro un termine più breve rispetto alla ditte non preimplicate. Le altre cinque ditte facenti parte del

consorzio ricorrente nel procedimento B-2576/2017 non risultano premplicate. Il committente ha indicato inoltre che il prezzo dell'offerta della ditta singola è inferiore rispetto al preventivo del committente.

**8.5.5** A titolo di premessa resta fermo che la scelta adottata dal committente di escludere le ricorrenti per essersi occupate della progettazione sui comparti di Airolo e Quinto si fonda su motivi oggettivi, ragionevoli e sostenibili (cfr. intero consid. 8.4). Di conseguenza, occorre di seguito esaminare se la restrizione delle condizioni di partecipazione disposta nei confronti delle ricorrenti permette ancora il sussistere di una concorrenza residua efficace.

In primo luogo vale la pena attirare l'attenzione sul fatto che la commessa in esame ha per oggetto tra le altre cose servizi di ingegneria e connessi alla costruzione e che i compiti richiesti consistono in sostanza nelle attività di coordinamento tecnico-operativo di tutte le altre DL, specialistiche, dell'accompagnamento ambientale dei lavori (AAL) e dei diversi specialisti operanti sul progetto, in particolare la coordinazione della gestione del traffico di cantiere e della sicurezza in diretto accordo con la DGL (Direzione generale dei lavori), l'UT4 (Unità territoriale 4) e la Polizia (cifre 2.5 e 2.6 del bando di concorso). A giudicare dalla descrizione dei compiti richiesti si può dedurre che la partecipazione al presente concorso sia aperta ed indirizzata generalmente a tutti gli studi di ingegneria presenti sul mercato che vantino esperienza nello svolgimento dei compiti richiesti, eccezion fatta per quattro studi di ingegneria, tra cui quelli delle ricorrenti, e per lo studio di ingegneria che ha preparato la documentazione d'appalto (cifra 4.5.4 del bando di concorso).

In secondo luogo, se da una parte bisogna dare atto alle ricorrenti che il semplice ritiro della documentazione di gara non è di per sé determinante per valutare in maniera definitiva l'esistenza di un'effettiva situazione di concorrenza, conviene d'altra parte sottolineare che alla lista delle ditte che hanno chiesto siffatta documentazione si può senz'altro attribuire un valore indicativo per stimare l'interesse dei diversi potenziali operatori sul mercato. Conformemente ai rilevamenti esperiti dallo scrivente Tribunale, la lista menzionata comprende i nominativi e gli indirizzi di una ventina di imprese.

In terzo luogo, l'affievolimento dei criteri di idoneità intervenuto con la rettifica del bando era perlomeno suscettibile di estendere la cerchia dei potenziali offerenti (cfr. consid. 8.5.3).

Infine, giova ricordare che i motivi che hanno condotto all'esclusione delle ricorrenti, ossia lo scopo di raggiungere una completa imparzialità tra il progettista e il direttore dei lavori e di ridurre al minimo il rischio di conflitto di interessi, sono legittimi (consid. 8.3 segg.) e rientrano negli obiettivi del diritto in materia di acquisti pubblici (cfr. sentenza del TAF B-4288/2014 del 25 marzo 2015 consid. 4.5) e quindi nel pubblico interesse. Pertanto, un eventuale svantaggio risultante dal fatto che la cerchia dei potenziali offerenti si sia ridotta del numero delle ricorrenti, estromesse dalla gara, può apparire giustificato. Non vi sono del resto indizi che permettono di ritenere che l'autorità aggiudicatrice, già sulla base dell'esclusione delle ricorrenti per essersi occupate della progettazione, doveva partire dal presupposto che un simile modo di procedere avrebbe potuto limitare fortemente la concorrenza. In considerazione di tutti questi aspetti, non è dato di vedere se e in che misura l'esclusione delle ricorrenti, che come si è visto è fondata su motivi ragionevoli e plausibili, abbia comportato illegittime restrizioni della concorrenza.

**8.5.6** Visto tutto quanto precede, contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, non si può dunque dedurre nulla di negativo dal fatto che nel pubblico concorso in parola siano state depositate due offerte, una delle quali da parte di un consorzio composto da cinque studi di ingegneria.

Inoltre, come del resto già rilevato nella decisione incidentale sull'effetto sospensivo, dal rinvio 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, (cfr. decisione incidentale B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.6), tant'è che le censure ricorsuali erano state sollevate allo scopo di ammettere l'eventuale esistenza di un motivo di ricusazione. 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 in quanto a ramo (ingegneria stradale) e territorio, si possano trovare di fronte lo stesso ente appaltante e lo stesso studio di ingegneria, da solo o riunito in un consorzio con altri (cfr. decisione incidentale B-6626/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.6 e B-1682/2016 del 21 giugno 2016 consid. 5.6). 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 (idem). Nella decisione incidentale a cui richiamano le ricorrenti lo scrivente Tribunale non aveva tuttavia in alcun modo disquisito sulla delimitazione del mercato o sulla sussistenza di una concorrenza efficace residua. Del resto, come si è visto, nemmeno le ricorrenti portano, in questa sede, allegazioni concrete e rilevanti al riguardo.

**8.6** In sunto, visto quanto precede, emerge che l'esclusione delle ricorrenti a causa del loro coinvolgimento precedente in qualità di progettisti sul comparto di Airolo e Quinto e delle incompatibilità di ruoli e possibili conflitti di interessi che ne potrebbero derivare poggia su basi oggettive e convincenti. Pertanto non sono evincibili violazioni dei principi fondamentali in materia di acquisti pubblici, quali il principio della parità di trattamento tra offerenti, dell'impiego economico dei fondi pubblici e della concorrenza efficace. Non potendo quindi essere accertata l'illiceità del bando di concorso in questo punto, il ricorso non può che rivelarsi infondato e come tale va respinto.

**9.**

Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborzi (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, TS-TAF, RS 173.320.2). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4bis PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata a seconda del valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, tenuto conto che le ricorrenti sono da reputare quale parte totalmente soccombente e che prima della presente sentenza è stata emanata la decisione incidentale sull'effetto sospensivo in cui si prospettava che le spese processuali si sarebbero definite con la decisione che pone fine al procedimento, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 7'200.—. Le spese processuali sono computate con l'anticipo spese dello stesso importo, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

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

**1.**

Il ricorso è respinto.

**2.**

Le spese processuali di fr. 7'200.– sono computate con l'anticipo spese dello stesso importo, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

**3.**

Comunicazione a

- ricorrenti (atto giudiziario);
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario).

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 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]), se il valore stimato della commessa raggiunge la soglia determinante secondo la legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici o secondo l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (art. 83 lett. f cifra 1 LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 31 agosto 2017