



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-6653/2016
brf/beo/pre

Decisione incidentale del 29 novembre 2016

Composizione

Giudice Francesco Brentani, giudice unico,
cancelliere Corrado Bergomi.

Nella causa

Parti

X. _____ SA,
patrocinata dall'avv. Luca Cattaneo,
ricorrente,

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 ottobre 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).

Conformemente al punto 4.5.4 del bando di concorso lo studio X._____ SA è escluso dalla presente gara perché ha preparato la presente documentazione d'appalto.

Giusta 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 dichiarato 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 tutte 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, rettificato in data 17 ottobre 2016, la X._____ SA (di seguito: ricorrente) è insorta con ricorso del 27 ottobre 2016 dinanzi al Tribunale amministrativo federale. La ricorrente ha informato lo scrivente Tribunale con comunicazione anticipata via fax del 28 ottobre 2016 di aver spedito, nei termini utili, il ricorso all'indirizzo del

Tribunale a Berna come indicato al punto 4.7 del bando di concorso e di essersi resa conto che la relativa raccomandata non era stata recapitata al destinatario. A conferma dell'invio in data 27 ottobre 2016, la ricorrente ha allegato copia del gravame e dei relativi annessi e prospettato di inoltrare la raccomandata con le copie originali del ricorso all'indirizzo del Tribunale di San Gallo, nel caso in cui dovesse essere restituita al mittente. Mediante scritto del 31 ottobre 2016 sono stati trasmessi in allegato in busta chiusa gli esemplari originali del ricorso.

Nel proprio gravame, la ricorrente postula, in via supercautelare e inaudita parte, la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso in quanto il rigetto di tale richiesta avrebbe quale conseguenza che la ricorrente non sarebbe posta nella situazione di poter rispettare i termini previsti dal bando, il che le creerebbe un pregiudizio irreparabile. Nel merito, la ricorrente propone l'accoglimento del gravame e l'annullamento del bando di concorso, successivamente rettificato.

In sintesi, la ricorrente è dell'avviso di essere stata esclusa a torto dalla gara, poiché non avrebbe acquisito conoscenze "utili" in tutte le fasi preliminari del progetto. Da ciò deduce che nei suoi confronti vada applicato il concetto dell'incompatibilità ammissibile e critica che il committente non abbia preso in considerazione una simile ipotesi.

D.

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.

E.

Nelle osservazioni del 18 novembre 2016, pervenute il 21 novembre 2016, l'autorità aggiudicatrice propone in via cautelare di negare alla ricorrente la facoltà di replicare e di respingere l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo. Nel merito, ella propone di respingere interamente il ricorso.

In via liminare, il committente contesta prudenzialmente la tempestività del ricorso, essendo stato inviato alla sede precedente del Tribunale amministrativo federale a Berna. A motivo delle sue conclusioni, egli adduce, in sostanza, che l'intensità della preimplicazione e dei vantaggi acquisiti dalla ricorrente sarebbero tali da non permettere una compensazione mediante

misure complementari. L'esclusione della ricorrente non comprometterebbe nemmeno la concorrenza efficace, tanto più che numerosi studi di ingegneria avrebbero nel frattempo ritirato la documentazione di gara.

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 un 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 alla ricorrente 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 inoltrato nel procedimento parallelo B-6626/2016, 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 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). In considerazione del fatto che la commessa in esame ha come oggetto prestazioni di servizi di ingegneria e di supervisione e che la ricorrente è una ditta attiva nel ramo dell'ingegneria civile, la medesima rientra nella cerchia dei potenziali offerenti e siccome censura l'estromissione, a suo dire, illecita dalla gara, è quindi pacifica la sua legittimazione ad insorgere contro il bando di concorso in parola.

1.4 Il fatto che il ricorso sia stato inviato in data 27 ottobre 2016 al vecchio indirizzo del Tribunale amministrativo federale a Berna («casella postale, 3000 Berna 13», come indicato al punto 4.7 della versione italiana del bando di concorso) e la Posta l'abbia rispedito al patrocinatore della ricorrente con la nota "Traslocato, termine di spedizione scaduto" il 28 ottobre 2016, non cambia nulla alla tempestività del gravame. Con scritto del 31 ottobre 2016 la ricorrente ha inviato in busta chiusa il ricorso del 27 ottobre 2016, stavolta all'indirizzo corretto del Tribunale («casella postale, 9023 San Gallo»). Di conseguenza può essere escluso che l'invio del ricorso al vecchio indirizzo del Tribunale sia avvenuto in modo abusivo. Dichiarare il ricorso inammissibile per la mancata osservanza del termine per presentarlo equivarrebbe ad un eccesso di formalismo (sentenze del TAF B-3815/2014 del 18 febbraio 2016 consid. 1 e C-269/2014 del 13 gennaio 2015 consid. 1.3).

Da quanto precede emerge che 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).

1.5 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).

1.6 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.

1.7 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 a cui, in virtù dell'art. 39 LTAF in combinato disposto con l'art. 55 cpv. 2 e 56 PA, 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, inoltrata dalla ricorrente per permetterle "di poter rispettare i termini previsti dal bando", e che se non concessa "le creerebbe un pregiudizio irreparabile". 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 adottati per la soluzione opposta (DTF 129 II 288, consid. 3 con rinvii; decisione incidentale del TAF B-6837/2010 del 16 novembre 2010 consid. 2.1 con rinvii).

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 messaggio del Consiglio federale concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 (in seguito: Messaggio 2 GATT) è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165). Allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7, consid. 3.3). Conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Anche tenuto conto degli obiettivi dell'art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2 con rinvii).

6.

La ricorrente lamenta di essere stata esclusa a torto dalla gara. Ella ribadisce di non aver acquisito conoscenze utili in tutte le fasi preliminari rispetto ad altri, di non aver tratto alcun vantaggio concorrenziale dai precedenti legami con il committente e di non disporre di alcuna informazione supplementare rispetto a quelle conosciute da altri concorrenti al momento della pubblicazione del bando. Ella critica che il committente non avrebbe spiegato in che cosa consisterebbe un eventuale vantaggio concorrenziale. A suo dire, è evidente che nei suoi confronti debba essere applicato il concetto dell'incompatibilità ammissibile. Ella si duole che il committente non abbia tenuto in considerazione una tale ipotesi, ledendo in maniera evidente il principio della parità di trattamento. Per questo motivo la ricorrente chiede di essere ammessa alla gara in qualità di offerente.

Il committente giustifica l'esclusione della ricorrente adducendo, in sintesi, che le informazioni acquisite dalla ricorrente nell'ambito delle attività precedenti non sono compensabili per intensità (cfr. per i dettagli sulla motivazione del committente 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,

rinviano 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 Secondo il bando in disamina l'esclusione della ricorrente è stata indetta per aver "preparato la presente documentazione d'appalto".

La ricorrente spiega di aver assunto, nel corso del 2010, il mandato per prestazioni di servizio di supporto al committente (BHU/SC) e DGL (Direzione generale di progetto) per il progetto relativo alla tratta autostradale N2 EP04 per i comparti di Airolo e Quinto.

A mente del committente, quanto alle attività di BHU, si tratta di un supporto generale fornito al committente nell'elaborazione delle basi del progetto, degli acquisti, nel controlling dei costi e nella gestione della qualità, nonché dell'accompagnamento tecnico del progetto. Quanto alle attività di DGL, esse comprenderebbero l'accompagnamento all'esecuzione dei lavori ai sensi del Regolamento SIA 103, la coordinazione delle Direzioni locali dei lavori (DLL), la verifica delle definizioni contrattuali e del rispetto alla qualità, ai costi e ai termini fino alla messa in servizio, l'allestimento del documento di liquidazione finale e l'assicurazione della completa consegna, sotto tutti i punti di vista della documentazione delle opere eseguite.

Con scritto del 12 maggio 2016 (allegato D al ricorso) il committente ha comunicato alla ricorrente lo stralcio dell'attività BHU/OBL per il comparto di Quinto, in quanto il montante ore totale a disposizione sarebbe stato impiegato in gran parte per le attività del comparto di Airolo e dal prolungamento del progetto rispetto alle previsioni, dimodoché il montante ore residuo non garantirebbe il completamento del mandato per i due comparti. Nello stesso scritto il committente ha indicato di indire un nuovo concorso per il comparto di Quinto a cui avrebbe potuto partecipare anche la ricorrente.

Nel relativo bando di concorso rettificato, pubblicato nel SIMAP del 24 giugno 2016 (n. della pubblicazione 921289), il committente ha comunicato alla voce "Prevenzione": *"Lo studio d'ingegneria X._____ esegue le prestazioni di BHU/DGL per il comparto di Airolo, fino al termine del 2016, mentre quelle per il comparto di Quinto sono terminate. Tenuto conto che le attività di Airolo e Quinto inizieranno nel 2017, lo studio di ingegneria X._____ è ammesso al presente bando e ha un termine di consegna ridotto"*.

Dopo aver partecipato a suddetto concorso, la ricorrente ha ricevuto in data 25 ottobre 2016 la comunicazione del committente secondo cui l'acquisto era stato deliberato ad un altro concorrente (doc. E, allegato al ricorso).

La ricorrente spiega che durante il mandato di prestazione ancora in essere, nella primavera-estate del 2016, le sono stati richiesti servizi di supporto al committente anche per l'allestimento del bando di concorso qui impugnato.

Visto quanto precede, resta fermo che esiste una stretta connessione tra i lavori preliminari e quelli che fanno oggetto del presente bando. Le attività in relazione all'allestimento della documentazione della presente gara rientrano quindi senza dubbio nella nozione di preimplicazione ai sensi dell'art. 21a OAPub e della giurisprudenza summenzionata.

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 la ricorrente dalla presente gara e per aver considerato il contributo della ricorrente di un'intensità tale da non più poter colmare il vantaggio con delle misure adeguate. 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 con-id 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 (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. 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 (cfr. 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 L'autorità aggiudicatrice ritiene che il contributo della ricorrente non si sia unicamente esaurito nell'allestimento del bando di concorso e della relativa documentazione di gara qui in disamina. Durante i sei anni di mandato, nella funzione di BHU, la ricorrente avrebbe inoltre potuto venire a

conoscenza di tutte le informazioni del progetto in relazione al comparto di Quinto. Ella avrebbe inoltre preparato la documentazione d'appalto per l'esecuzione di appalti importanti, in particolare per le prestazioni edili (lotto 301, tracciato comparto Quinto; opere da capomastro e pavimentazioni”).

Quo al particolare contributo nella funzione di BHU, la ricorrente avrebbe collaborato con USTRA nella definizione del monte ore complessivo del mandato, nella sua suddivisione rispetto alle fasi di cantiere e nella sua ripartizione rispetto alle diverse categorie di remunerazione e del personale impiegato. Questo avrebbe messo la ricorrente nella situazione di acquisire conoscenze più approfondite rispetto agli altri offerenti, in particolare sulle modalità di calcolo del monte ore necessario e del relativo costo. La ricorrente potrebbe anche effettuare valutazioni speculative sulla base dell'esperienza già acquisita nel controllo delle prestazioni eseguite dalla DLL attualmente operante nel comparto di Airolo.

L'autorità aggiudicatrice considera le informazioni acquisite dalla ricorrente indispensabili. Da un lato siffatte informazioni non esisterebbero in forma documentata e non potrebbero essere comunicate degli (recte: agli) offerenti. Da un altro, la ricorrente avrebbe ad esempio collaborato alla fissazione dei criteri di idoneità dimodoché potrebbe influenzare il committente a privilegiare la propria offerta. La ricorrente risulterebbe inammissibilmente avvantaggiata anche nell'ambito dei criteri di aggiudicazione finalizzati all'analisi dei compiti e dei rischi e al prezzo. La ricorrente sarebbe non solo a conoscenza del preventivo complessivo, ma anche della sua struttura e del modo in cui sono impostati i lavori. Inoltre la ricorrente avrebbe acquisito conoscenze circa le tempistiche e potrebbe anche in questo senso impostare la commessa a suo favore.

La ricorrente invece sostiene di non aver appreso informazioni “utili”.

8.5 Secondo la prassi del Tribunale federale, l'allestimento della totalità o di parti essenziali della documentazione di gara non rappresenta un coinvolgimento trascurabile e di lieve portata atto ad essere colmato con misure adeguate (cfr. consid. 8.1). Non essendovi motivo di dubitare dell'attendibilità delle allegazioni del committente, si può affermare che la ricorrente abbia offerto il proprio supporto anche nella definizione dei criteri di idoneità e di aggiudicazione, potendo trarre benefici a livello informativo, segnatamente in termini di prezzo, di calcolo del monte ore necessario, delle tempistiche e del modo di impostazione dei lavori. Di fronte alle circostanze particolari del caso di specie appare plausibile che la ricorrente abbia supportato il committente nell'esame di elementi importanti della commessa.

Pertanto, si stenta a credere che la medesima insiste ancora nel dire di non aver acquisito informazioni utili. Ne consegue che l'autorità aggiudicatrice poteva ritenere che il coinvolgimento della ricorrente nella preparazione della documentazione di gara fosse suscettibile di influenzare in modo notevole l'esito della gara in suo favore, concludendo alla sussistenza di una preimplicazione inammissibile che non può essere colmata con misure adeguate, ma comporta invece l'esclusione della ricorrente dalla gara.

8.6 In sunto, 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 la ricorrente dalla presente gara pubblica per essersi occupata della preparazione della documentazione di gara del presente acquisto e omettendo di ordinare eventuali misure compensatorie a causa dell'intensità della preimplicazione. Da questo punto di vista il presente ricorso si rivela manifestamente infondato.

8.7 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, fino ad oggi numerosi studi d'ingegneria hanno ritirato la documentazione di gara, fra l'altro anche la ricorrente. 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 della ricorrente possa pregiudicare una concorrenza efficace. 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 la ricorrente censura la sua estromissione illecita dalla presente gara pubblica come pure la mancata adozione di misure compensatorie, il suo 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 alla ricorrente un termine più breve per l'inoltro della sua offerta 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 la ricorrente ha ritirato la documentazione di gara e comunque non sarebbe più possibile, al momento attuale, di ordinarle dei termini più brevi per presentare la propria offerta. In tali circostanze, l'inoltro di un'eventuale offerta da parte della ricorrente non può che avvenire con il rischio che essa non venga aperta, né presa 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 alla ricorrente, per cui si prescinde, per il momento, dal trasmetterglieli. 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 della ricorrente 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 alla ricorrente.

11.

Le spese processuali sono definite con la decisione che pone fine al 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 alla ricorrente 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 relative eventuali richieste verranno trattate nella decisione di merito.

5.

Comunicazione a:

- ricorrente (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