

BVGer B-2486/2022 vom 28. August 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-08-28, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2486_2022

FR: TAF B-2486/2022 du 28 août 2023

IT: TAF B-2486/2022 del 28 agosto 2023

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità dei ricorsi che gli vengono sottoposti (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; sentenza parziale del TAF B-6177/2008 del 18 novembre 2008 consid 1.2, non pubblicato nel DTAF 2008/48).

E. 1.1

Secondo l'art. 1 della legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub, RS 172.056.1), la presente legge si applica all'aggiudicazione, da parte di committenti a essa sottoposti, di commesse pubbliche, siano queste incluse o meno nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

E. 1.2

Il ricorso al Tribunale amministrativo federale è possibile (cfr. art. 52 cpv. 1 lett. a LAPub) contro le decisioni (art. 53 LAPub; cfr. consid. 1.2.1) dei committenti soggetti a questa legge (art. 4 LAPub; cfr. consid. 1.2.2), in caso di prestazioni secondo l'art. 8 cpv. 2 LAPub (cfr. consid. 1.2.3), se il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia determinanti (cfr. consid. 1.2.4), nonché se non è data alcuna eccezione prevista dall'art. 10 LAPub e se non si tratta di una commessa pubblica secondo l'allegato 5 n. 1 lett. c e d LAPub (cfr. art. 52 cpv. 5 LAPub; cfr. consid. 1.2.5). Come dimostrato di seguito, tali presupposti sono adempiuti nel caso di specie.

E. 1.2.1

Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 53 cpv. 1 lett. e LAPub).

E. 1.2.2

La decisione deve essere rilasciata da un'autorità aggiudicatrice soggetta alla LAPub (cfr. art. 4 LAPub). Con l'entrata in vigore il 1° giugno 2002 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera - CE; RS 0.172.052.68) gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cifra 2 lett. d e cpv. 3, nonché Allegato II B dell'Accordo bilaterale). Conformemente all'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub, le imprese pubbliche e private che forniscono prestazioni di servizi pubbliche e alle quali sono conferiti diritti esclusivi o speciali sottostanno alla presente legge a condizione che esercitino in Svizzera

attività nel settore "messa a disposizione o gestione di ferrovie, compresi i trasporti effettuati avvalendosi di tali infrastrutture". I committenti di cui al capoverso 2 sottostanno alla presente legge unicamente nel caso di appalti pubblici nel settore di attività descritto, non però per le loro altre attività (art. 4 cpv. 3 LAPub). Nel settore delle ferrovie (costruzione, messa a disposizione e gestione di installazioni ferroviarie), la FFS SA, divisione Immobili, non è di principio assoggettata alla LAPub in qualità di committente, a meno che la commessa abbia un rapporto diretto con il settore di attività indicato (cfr. sentenza del TAF B-6350/2015 del 22 febbraio 2016 consid. 3.1). Per prassi il requisito del rapporto diretto con il settore d'attività non deve rispondere ad esigenze troppo elevate (cfr. in applicazione dell'art. 2 cpv. 2 LAPub i.c.d. con l'art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub in vigore fino al 31 dicembre 2020 [RU 1996 508 e RU 1996 518] la sentenza del TAF B-4958/2013 del 30 aprile 2014 consid. 1.5.4; cfr. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed. 2013, n. 158). Secondo la cifra 2.6 del bando di concorso, la presente commessa riguarda le prestazioni di coordinamento del progetto edificio durante la fase di appalto (fase SIA 41 parziale) ed esecuzione (fasi SIA 51, 52 e 53) in impresa totale (di seguito IT) per la realizzazione dell'edificio. Il progetto NSIF prevede la realizzazione di un nuovo stabilimento industriale ferroviario all'avanguardia ad Arbedo-Castione nel quale saranno svolte, tra le altre cose, la manutenzione leggera e pesante dei treni. Il progetto prevede l'insediamento delle attuali Officine di Bellinzona e dell'Officina di Servizio di Bellinzona su un nuovo perimetro ad Arbedo-Castione. Il futuro complesso si divide in una zona "edificio", in cui si concentrano le attività di manutenzione, una zona binari esterna atta a garantire l'arrivo/partenza/preparazione dei convogli, una zona logistica esterna (accessi, carico/scarico...) e il riassetto del sistema viario interessato dal progetto. Si tratta di un progetto misto, ossia un progetto in cui sono coinvolte più divisioni e unità centrali della Ferrovie federali svizzere FFS SA: la divisione Immobili (IM), la divisione Viaggiatori (PP), la divisione Infrastruttura (I) e l'unità centrale Risorse Umane (HR; cfr. le cifre 2.1 e 2.2 della Parte 2 della documentazione di gara del presente appalto: Descrizione del progetto e delle prestazioni). Il progetto, nonché il mandato della presente gara d'appalto, prevedono varie interfacce, tra cui le principali con le divisioni Viaggiatori (PP), Infrastruttura (I) per la parte binari e per le tematiche ambientali, con la sezione Diritti Immobiliari (IM-IR) della divisione Immobili (IM), col Capo Progetto Generale Immobili e con il PS1 del Capo Progetto Edificio (punto 2.2.2 della citata documentazione di gara). Ne segue che i lavori messi in concorso si trovano verosimilmente in un rapporto funzionale diretto con le attività nel settore ferroviario ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub in collegamento con l'art. 4 cpv. 3 LaPub, per cui, l'autorità aggiudicatrice adempie la qualità di committente assoggettato alla LAPub.

E. 1.2.3

Il presente acquisto, denominato "NSIF - Nuovo Stabilimento Industriale Ferroviario - Arbedo-Castione Prestazioni di Coordinamento del progetto lato committente (in precedenza Supporto al committente)" (punto 2.2 del bando), è definito ai sensi di una commessa di servizi (punto 1.8 del bando) e rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (punto 1.9 del bando). A tale riguardo sono determinanti le prestazioni di servizi secondo la lista di cui all'allegato 3 LAPub (cfr. art. 8 cpv. 4 LAPub), la quale si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti (CPC prov.) stabilita dall'ONU (New York 1991) che a sua volta è determinante per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizi assoggettata (cfr. DTAF 2011/17 consid. 5.2.2; sentenza del TAF

B-3707/2021 del 16 febbraio 2022 consid. 1.3.2). Al punto 2.5 il bando attribuisce la presente commessa alla categoria 71541000 - Servizi di gestione di progetti di costruzione secondo il vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV). La categoria del CPV citata corrisponde a sua volta al numero di riferimento 867 "Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi" della CPC prov. (cfr. sentenza del TAF B-3707/2021 del 16 febbraio 2022 consid. 1.3.2 con ulteriori rinvii). La commessa in parola è pertanto suscettibile di rientrare nella categoria delle commesse di servizi di cui all'art. 8 cpv. 2 lett. c LAPub in combinato disposto con l'art. 8 cpv. 4 LAPub e l'Allegato 3 LAPub.

E. 1.2.4

Considerato l'importo dell'offerta aggiudicata, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 8 cpv. 4 LAPub in combinato disposto con l'art. 16 LAPub e l'Allegato 4 LAPub).

E. 1.2.5

Non sussistendo inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 10 LAPub e non costituendo la commessa in oggetto una commessa pubblica secondo l'allegato 5 n. 1 lett. c e d LAPub (cfr. art. 52 al. 5 LMP), la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub.

E. 1.3

La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA) fintanto che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 55 LAPub e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 56 cpv. 3 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere esaminata l'adeguatezza di una decisione.

E. 1.3.1

Secondo l'art. 48 cpv. 1 PA, ha diritto di ricorrere chi (lett. a) ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo; (lett. b) è particolarmente toccato dalla decisione impugnata; e (lett. c) ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa. Conformemente alla giurisprudenza più recente del Tribunale federale, la circostanza secondo cui qualcuno abbia partecipato alla gara pubblica e la sua offerta non sia stata considerata per l'aggiudicazione non basta per ammettere il suo diritto a ricorrere contro quest'ultima. L'offerente soccombente ha un interesse degno di protezione ad adire il Tribunale amministrativo federale unicamente se fruisce di una reale possibilità di vedersi aggiudicare la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.; sentenze del TAF B-4157/2021 del 24 gennaio 2022 consid. 1.2.1 e B-396/2018 del 19 febbraio 2019 consid. 2.2.). La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure dell'insorgente. La fondatezza delle censure ricorsuali può sia fare oggetto della valutazione materiale della fattispecie, sia essere verificata, a titolo preliminare, nell'ambito dell'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1; 137 II 313 consid. 3.3.3). Secondo la teoria della doppia rilevanza delle fattispecie è sufficiente che nella fase d'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso il ricorrente renda verosimile ("rende vraisemblable", cfr. sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3) che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte e che la

commessa non venga assegnata ad un concorrente meglio classificato (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1). Se si dovesse seguire il ragionamento della ricorrente, la quale ha ottenuto il secondo posto e secondo cui l'autorità aggiudicatrice non avrebbe a torto escluso l'aggiudicataria dalla gara, allora ella avrebbe delle effettive possibilità di vedersi attribuire la commessa in caso di ammissione del ricorso. Di conseguenza, la ricorrente ha un interesse degno di protezione all'esame della correttezza dell'aggiudicazione pronunciata e le deve essere riconosciuto il diritto di ricorrere contro l'aggiudicazione in specie.

E. 1.3.2

I requisiti relativi al termine di ricorso (art. 56 cpv. 1 LAPub), 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 patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

E. 1.4

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

E. 2.1

La ricorrente ritiene che l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto disporre l'esclusione dell'aggiudicataria dal presente concorso in base al conflitto di interessi constatato in un'altra gara indetta dalla divisione Infrastruttura di FFS SA avente per oggetto la Direzione locale dei lavori Genio Civile nel quadro del progetto NSIF (ID del progetto 235324). Nell'ambito della rettifica di quel bando (pubblicazione SIMAP n. 1261551 del 13 maggio 2022) la divisione Infrastruttura di FFS avrebbe escluso l'aggiudicataria e B. _____ SA dalla partecipazione al concorso poiché B. _____ SA sarebbe "partner e membro" del gruppo di società dell'aggiudicataria del quale farebbe parte anche un'altra ditta ricusata e parimenti esclusa (E. _____ SA). La ricorrente conclude che il conflitto di interessi che ha condotto all'esclusione dell'aggiudicataria in un'altra gara pubblica, dovrebbe esplicitare gli stessi effetti nel presente concorso. A suo avviso, il conflitto di interesse riscontrato nel concorso per la direzione locale dei lavori sarebbe inoltre accentuato dalla relazione tra B. _____ SA e l'aggiudicataria. In particolare, dal fatto che l'amministratore unico della prima società, F. _____, sarebbe contemporaneamente membro del Consiglio di amministrazione e presidente della direzione dell'aggiudicataria.

E. 2.2

L'autorità aggiudicatrice e la controparte contestano interamente, avvalendosi di argomenti perlopiù analoghi, l'assunto della ricorrente volto all'esclusione dell'aggiudicataria. Entrambe concludono principalmente all'irricevibilità del ricorso a causa della tardività delle censure invocate, che, secondo loro, avrebbero dovuto essere mosse contro il bando di concorso. In via eventuale, entrambe ritengono in sostanza che il ricorso sia infondato poiché tutta l'argomentazione sarebbe basata su un fatto inesistente e del resto la ricorrente non avrebbe motivato sufficientemente, né dimostrato l'esistenza di un conflitto di interessi tra l'aggiudicataria e B. _____ SA. Per di più, i motivi della contestazione della ricorrente sarebbero da ricondurre alle decisioni della divisione Infrastruttura dell'autorità aggiudicatrice, quindi alle decisioni di un servizio d'acquisto / organizzatore diverso da quello coinvolto nella presente procedura.

E. 3

In primo luogo occorre determinare se la censura avanzata dalla ricorrente e finalizzata ad estromettere la controparte dalla gara sia da considerare tardiva.

E. 3.1.1

L'autorità aggiudicatrice e la controparte ritengono che la contestazione della ricorrente sia manifestamente tardiva e avrebbe dovuto essere formulata contro il bando di concorso, tenuto conto che ruolo e funzione di Y. _____ SA e B. _____ SA sarebbero stati già noti, chiari e riconoscibili nella pubblicazione del bando e nella relativa documentazione. Per quanto poi concerne la posizione di F. _____, l'autorità aggiudicatrice e la controparte sottolineano che il suo ruolo nella Y. _____ SA sarebbe chiaramente evincibile dalle iscrizioni di quest'ultima nel registro di commercio del Cantone Ticino (Doc. 2 della risposta della controparte) e dalle pubblicazioni sul FUSC (Foglio ufficiale svizzero di commercio) (...) (DOC. 13 della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice e Doc. 3 della risposta della controparte) e (...) (DOC. 14 della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice e Doc. 4 della risposta della controparte), nonché dall'informazione scritta della controparte alla ricorrente del 25 gennaio 2022 (Doc. 6 della risposta della controparte). Di conseguenza, la committente e la controparte concludono che le presunte irregolarità avrebbero dovuto essere contestate entro il termine di ricorso contro il bando.

E. 3.1.2

In sede di replica del 7 luglio 2022, la ricorrente ribatte che al momento della pubblicazione del bando, nonché nel termine utile per impugnare quest'ultimo, non vi era alcun indizio per supporre delle irregolarità e giustificare un eventuale ricorso. Infatti, il bando di concorso non conterrebbe, ad eccezione dell'aggiudicataria e del Consorzio A. _____, quest'ultimo incaricato delle prestazioni di assicuramento qualità per il progetto edificio, alcuna indicazione su ulteriori potenziali concorrenti esclusi oppure al beneficio di un'ammissione condizionata alla gara. Le informazioni in questione, segnatamente l'esclusione di B. _____ SA dalla gara, sarebbero state evincibili unicamente dalla documentazione d'appalto (cfr. replica pag. 3 con rinvio all'allegato "DOC D - Parte 1: disposizioni procedurali" al ricorso). Per di più, il problema legato alla censura sollevata in questa sede sarebbe emerso solo in seguito alla pubblicazione della rettifica del 13 maggio 2022 di un'altra gara di appalto indetta dalla divisione Infrastruttura e avente per oggetto la direzione locale dei lavori (n. 235324).

E. 3.2

Giusta l'art. 53 cpv. 1 LAPub, il bando relativo alla commessa (lett. a) e l'aggiudicazione (lett. e) sono considerate decisioni impugnabili mediante ricorso. Le prescrizioni contenute nella documentazione del bando la cui rilevanza è evidente devono essere impugunate unitamente al bando (art. 53 cpv. 2 LAPub). Già in conformità alla giurisprudenza relativa alla LAPub in vigore fino al 31 dicembre 2020, le censure in relazione al bando di concorso non potevano più, di principio, essere sollevate nell'ambito di una procedura di ricorso contro una decisione successiva, segnatamente la decisione sull'aggiudicazione, a condizione che il significato e la portata delle disposizioni prese fossero senz'altro facilmente riconoscibili (cfr. sentenze del TAF B-415/2023 del 16 maggio 2023 consid. 4.4, B-1606/2020 dell'11 febbraio 2022 consid. 6.3.1, B-2421/2020 del 24 agosto 2020 consid. 3.3, DTAf 2014/14 consid. 4.4, decisione incidentale del TAF B-738/2012 del 14 giugno 2012 consid. 3.1). Anche secondo il nuovo diritto vigente un offerente che ha interposto

ricorso contro l'aggiudicazione non può più, in questa sede, far valere delle obiezioni che avrebbe potuto sollevare presentando un ricorso contro il bando. Se le prescrizioni e la loro portata sono evidenti applicando la dovuta diligenza, le relative censure mosse contro la decisione di aggiudicazione decadono, anche se tali prescrizioni figuravano nella documentazione del bando ma non nel bando stesso (art. 52 cpv. 2 LAPub; Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici del 15 febbraio 2017, di seguito: Messaggio LAPub, FF 2017 pag. 1714 seg.). Il Tribunale amministrativo federale dichiara siffatte censure inammissibili e non entra nel merito delle stesse (sentenze del TAF B-3534/2021 del 17 maggio 2022 consid. 4.2 con rinvii; Martin Zobl, in: Hans Rudolf Trüeb [ed.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, art. 53 N 21).

E. 3.3

Come già indicato, nel bando di concorso l'autorità aggiudicatrice ha autorizzato l'aggiudicataria (punto 4.5. del bando), già incaricata delle prestazioni di coordinamento del progetto per le fasi SIA da 31 a 53, a partecipare al presente concorso con un termine più breve per l'inoltro dell'offerta al fine di compensare i vantaggi derivanti dalla conoscenza del progetto precedente. L'informazione sull'esclusione di B. _____ SA era invece contenuta soltanto nella documentazione di gara (Parte 1: disposizioni procedurali, punto 2.14), scaricabile unicamente dal portale www.simap.ch a partire dal giorno della pubblicazione del bando, ossia il 4 febbraio 2022, fino al 1° aprile 2022 (punto 3.12 del bando di concorso). Dall'incarto risulta che la ricorrente ha chiesto l'accesso alla documentazione di gara in data 22 febbraio 2022, ossia due giorni prima della scadenza del termine per insorgere contro il bando. Da un lato, si può certo convenire che la ricorrente, consultando le iscrizioni nel registro di commercio e la lettera dell'aggiudicataria del 25 gennaio 2022, avrebbe avuto a disposizione tutte le informazioni sul ruolo di F. _____ nella Y. _____ SA e potuto mettere queste ultime in relazione con le prescrizioni del bando e della documentazione di gara prima della scadenza del termine di ricorso contro il bando. D'altro lato, da questa circostanza l'autorità aggiudicatrice e la controparte non possono trarre un obbligo della ricorrente di contestare il bando di concorso finché non vi è chiarezza sulla partecipazione effettiva della controparte alla gara (sentenza del TAF B-3804/2020 del 18 gennaio 2021 consid. 3.3). In base agli elementi risultanti dall'incarto e atteso che l'apertura delle offerte non era pubblica (punto 1.5 del bando), si può pressoché escludere che la ricorrente sia venuta a conoscenza dell'effettiva partecipazione dell'aggiudicataria al presente concorso prima della scadenza del termine di ricorso contro il bando. Per giunta, nella loro argomentazione l'autorità aggiudicatrice e la controparte tralasciano di confrontarsi con un dato fondamentale che in questa forma non risulta né dal bando di concorso stesso, né dalla relativa documentazione. In effetti, il motivo principale su cui poggia la censura del conflitto di interesse riguarda l'informazione secondo cui B. _____ SA è stata definita "partner e membro di Y. _____ SA" e perciò non è stata autorizzata a partecipare al concorso per la Direzione locale dei lavori Genio civile del progetto NSIF. Siffatta informazione affiora per la prima volta nell'ambito della rettifica del relativo bando di concorso pubblicata sul SIMAP in data 13 maggio 2022, quando il termine per ricorrere contro il bando del presente concorso era già ampiamente scaduto. Per tutti questi motivi, la censura mossa dalla ricorrente non può essere considerata tardiva e il diritto a prevalersi di un tale argomento non può essere ritenuto perentorio.

E. 4

Oggetto del contendere è sapere se la committente avrebbe dovuto escludere dalla presente gara l'aggiudicataria sulla base dei conflitti di interesse tra quest'ultima e la B._____ SA risultanti, a detta della ricorrente, dalla rettifica del bando di concorso del 13 maggio 2022 (indetto da un'altra divisione della committente e relativo alla direzione locale dei lavori Genio Civile nell'ambito del progetto NSIF), rispettivamente dal ruolo di F._____ della B._____ SA in seno all'aggiudicataria.

E. 4.1.1

La nuova legislazione federale in materia di acquisti pubblici in vigore dal 1° gennaio 2021 conosce diverse disposizioni sull'esclusione di un offerente da un concorso pubblico. In particolare, l'art. 44 (esclusione) e l'art. 45 (sanzioni) LAPub mettono a disposizione dei committenti una completa attrezzatura di strumenti per agire contro offerenti che si sono resi colpevoli di inosservanze alle norme in materia di appalti pubblici e per imporre con successo il rispetto di queste ultime.

E. 4.1.2

In virtù dell'art. 44 cpv. 1 LAPub, il committente può escludere determinati offerenti dalla procedura, stralciarli da un elenco o revocare l'aggiudicazione, se constatata che l'offerente, un terzo coinvolto o i rispettivi organi realizzano una delle fattispecie elencate dalla lett. a alla lett. j del cpv. 1 dell'art. 44 LAPub, segnatamente non adempiono o non adempiono più le condizioni di partecipazione alla procedura o il loro comportamento pregiudica lo svolgimento conforme alla legge della procedura di aggiudicazione (art. 44 cpv. 1 lett. a LAPub), oppure se hanno partecipato ai lavori preliminari dell'appalto pubblico senza che lo svantaggio concorrenziale che ne deriva per gli altri offerenti possa essere compensato con mezzi adeguati (art. 44 cpv. 1 lett. i LAPub in combinato disposto con l'art. 14 LAPub "preimplicazione"; cfr. Messaggio LAPub FF 2017 1652 segg., 1697).

E. 4.1.3

Nell'aggiudicazione di commesse pubbliche il committente deve osservare i principi procedurali secondo cui egli esegue le procedure di aggiudicazione in maniera trasparente, oggettiva e imparziale, nonché adotta misure contro i conflitti di interesse, gli accordi illeciti in materia di concorrenza e la corruzione, assicura inoltre la parità di trattamento degli offerenti in tutte le fasi della procedura, rinuncia altresì a svolgere negoziazioni sul prezzo e infine tutela il carattere confidenziale dei dati degli offerenti. (art. 11 lett. a-e LAPub). L'art. 11 LAPub recepisce i principi generali di cui all'art. IV dell'Accordo riveduto sugli appalti pubblici del 30 marzo 2012 [Accordo GATT 2012, RS 0.632.231.422] e riunisce in un'unica norma i principi procedurali generali che il committente deve rispettare nel loro insieme in quanto equivalenti tra loro a prescindere dall'ordine della loro enumerazione nella concreta disposizione (cfr. Messaggio LAPub, FF 2017 1645 segg.). In conformità con il preambolo e l'art. IV cpv. 4 dell'Accordo GATT 2012, nonché con l'art. 11 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 2 lett. b LAPub, il committente è tenuto a prendere misure per evitare i conflitti di interesse. A tale scopo, può apparire doveroso escludere dalla gara, prevedendo disposizioni corrispondenti nel bando o nella relativa documentazione, quegli offerenti che potrebbero rappresentare interessi opposti fra loro. In confronto alla legislazione in materia di appalti pubblici in vigore fino al 31 dicembre 2020, la nuova LAPub conferisce un peso maggiore al concetto di evitare i conflitti di interessi (Marco Fetz/Marc Steiner, *Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes*, in: Cottier/Oesch [ed.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Tomo XI:

Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3a ed., Basilea 2020, pag. 600 n. a margine. 74 con ulteriori riferimenti). Ad esempio, un conflitto di interesse che può influire negativamente sull'esecuzione del contratto è ravvisabile se un offerente si deve mettere a controllare le proprie prestazioni fornite in passato, nonché se la funzione ch'egli deve rivestire in un mandato successivo è incompatibile con quella prestata in una commessa precedente. Un'incompatibilità di funzioni non tange la problematica della preimplicazione e di vantaggi concorrenziali (art. 14 LAPub), bensì quella l'idoneità dell'offerente. Di conseguenza, l'accertamento della sussistenza di una simile incompatibilità può condurre all'esclusione di un offerente dalla gara per mancata idoneità all'esecuzione della commessa, indipendentemente dal fatto che le prescrizioni del bando e/o della documentazione di gara che disciplinano l'esclusione dal concorso per incompatibilità siano definite esplicitamente come criteri di idoneità o meno (cfr. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021 in BR/DC 2022 pag. 151-171, in particolare pag. 162 seg.; lo stesso in BR/DC 2017 pag. 44 seg.; cfr. le sentenze del TAF B-2421/2020 del 24 agosto 2020 consid. 4.1.4 con ulteriori riferimenti, B-4288/2014 del 25 marzo 2015 consid. 4.5; v. anche la sentenza del TAF B-2457/2020 del 23 agosto 2021 consid. 6.3.4.1 in cui il committente aveva espressamente previsto un apposito criterio di idoneità per evitare conflitti di interesse tra gli offerenti). L'adempimento dei criteri di idoneità (art. 27 LAPub) appartiene alle "condizioni di partecipazione alla procedura" secondo l'art. 44 lett. a LAPub e configura un caso di esclusione ai sensi dell'art. 44 LAPub (Hans Rudolf Trüeb/Nathalie Clausen, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [ed.], Wettbewerbsrecht II, 2021, art. 44 n. 4; Thomas Locher in: Hans Rudolf Trüeb [ed.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, art. 44 n. 12).

E. 4.1.4

Nel valutare se un potenziale offerente può essere escluso dal concorso pubblico, il committente fruisce, di regola, di un ampio margine di 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 dal profilo dell'abuso di detto 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 (Christoph Jäger, Ausschluss vom Verfahren - Gründe für den Rechtsschutz, in Zufferey/Stöckli [ed.], Aktuelles Vergaberecht, n. a margine 63). In quest'ultimo caso, un'esclusione dalla gara è d'obbligo (idem). 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 (cfr. Jäger, op. cit., n. a margine 15).

E. 4.2

Conformemente alla documentazione di gara (Parte 1: disposizioni procedurali, punto 2.14), l'autorità aggiudicatrice ha escluso dalla procedura la ditta B. _____ SA, già incaricata delle prestazioni di coordinamento generale del progetto per le fasi dalla 31 alla 53, a causa di un conflitto di responsabilità tra il coordinatore generale e il coordinatore per l'edificio. Nella presa di posizione sul ricorso, la committente ritiene che la figura che supporta il Capo Progetto Generale (CPG) non possa fungere al contempo da sostegno al capo progetto Edificio (CP Edificio), poiché le funzioni di CPG e CP Edificio si troverebbero su due livelli gerarchici diversi in seno all'organigramma di progetto e rappresenterebbero interessi parzialmente diversi nell'ambito del progetto NSIF: il CP Edificio sarebbe responsabile

principalmente per la parte "Edificio" del progetto, mentre il CPG sarebbe responsabile per il progetto NSIF nella sua interezza. Affidando il supporto per i due capi progetto alla stessa figura, si rischierebbe, in caso di posizioni discordanti tra il CPG ed il CP Edificio, che tale figura possa favorire una o l'altra posizione ed entri quindi in un conflitto di responsabilità. L'autorità aggiudicatrice ha di contro autorizzato la controparte, già incaricata delle prestazioni di coordinamento del progetto per le fasi dalle 31 alla 53 a partecipare al presente concorso. A suo avviso, non vi sono conflitti di responsabilità in seno al progetto Edificio di FFS Immobili tra il ruolo attualmente assunto e quello in oggetto, essendo le due funzioni sullo stesso livello e focalizzate all'accompagnamento dello stesso capoprogetto nella medesima divisione. La committente ha poi assegnato alla controparte un termine ridotto per l'inoltro dell'offerta per compensare il vantaggio concernente la conoscenza del progetto, non avendo la stessa partecipato alla redazione del bando di concorso e non avendo accesso ad alcuna informazione sul medesimo.

E. 4.3

Lo scrivente Tribunale non intravede alcun motivo per ritenere che le prescrizioni della documentazione di gara volte ad escludere la B. _____ SA dal concorso costituiscano il risultato di un abuso o eccesso nell'esercizio del potere d'apprezzamento di cui dispone l'autorità aggiudicatrice. Anzi, è del tutto concepibile che l'assunzione di ruoli e l'assommarsi di competenze all'interno di un intero progetto possa dare origine ad un potenziale conflitto di interessi se i ruoli si collocano su due livelli gerarchici differenti nell'organigramma (in questo caso Capo Progetto Generale e Capo Progetto Edificio) e sono suscettibili di comportare responsabilità diverse e suscitare interessi divergenti. In quest'ottica è pertanto comprensibile che la copertura dei due ruoli da parte della stessa ditta lasci presagire che quest'ultima non si trovi nella condizione o non sia disposta a svolgere il mandato con la dovuta neutralità ed indipendenza e che un eventuale svolgimento del mandato possa andare a scapito del committente o della qualità della prestazione. In linea di massima, un tale concorrente non può essere considerato idoneo ad eseguire la commessa. Un esercizio eccessivo o abusivo del potere d'apprezzamento da parte dell'autorità aggiudicatrice non è nemmeno riconoscibile nelle disposizioni del bando e della documentazione di gara che autorizzano la controparte a partecipare al concorso, seppure con termini più brevi per l'inoltro dell'offerta. Ad ogni buon conto, fatti salvi i casi palesemente chiari in cui un operatore ha il compito di controllare le prestazioni che egli fornisce o ha fornito in un'altra commessa e in cui l'incompatibilità tra le funzioni ricercate in un nuovo mandato e quelle di uno o più mandati precedenti impongono imperativamente un'estromissione dalla nuova gara, l'autorità aggiudicatrice può, ma non è in principio tenuta ad escludere un potenziale offerente interessato al concorso. Non rientrando la fattispecie in esame nel contesto dei casi palesemente chiari poc'anzi enunciati, in virtù del potere discrezionale di cui dispone la committente non vi sarebbe stato nemmeno nulla da eccepire, se quest'ultima avesse ritenuto che l'aggiudicataria non fosse stata autorizzata a partecipare al presente concorso.

E. 4.4

La ricorrente vorrebbe desumere dalla rettifica del bando di concorso per la "NSIF - Nuovo stabilimento industriale ferroviario Infrastruttura ferroviaria (TP3 - TP4) Direzione locale dei lavori Genio Civile Castione" (in seguito: DLL) del 13 maggio 2022, indetto dalla divisione Infrastruttura di FFS SA, che la controparte avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara a causa dello stretto legame esistente tra lei e la B. _____ SA. Tale legame

risulterebbe dalla rettifica del bando di concorso n. 235324 (cfr. fatti B), nonché dai ruoli assunti da F._____ in seno alle due società.

E. 4.4.1

Come già visto, al punto 4.1 della rettifica del bando di concorso per la DLL è riportato che "Y._____ SA (in precedenza y._____ SA) è incaricata delle prestazioni di coordinamento del progetto edificio (PSI) per le fasi dalla 31 alla 53 per la divisione Immobili. Il mandato è in corso. Y._____ SA non è autorizzata a partecipare al presente appalto per un conflitto d'interesse in quanto la ricusata E._____ è membro di Y._____ SA. B._____ SA è incaricata delle prestazioni di coordinamento generale del progetto per le fasi dalla 31 alla 53 per la divisione Immobili. Il mandato è in corso. B._____ SA non è autorizzata a partecipare al presente appalto per un conflitto d'interesse in quanto partner e membro di Y._____ SA del quale fa parte la ricusata E._____."

E. 4.4.2

La ricorrente vorrebbe che l'esclusione di B._____ SA a causa del conflitto di interesse constatato nella menzionata rettifica del bando e concernente l'appartenenza della B._____ SA a Y._____ SA in qualità di partner e membro di quest'ultima venga esteso anche al presente concorso. Tuttavia, come giustamente rimarcato dall'autorità aggiudicatrice, nella fase delle domande e risposte dell'appalto per la DLL (Doc. 10 della presa di posizione e pag. 4 della duplice) la divisione Infrastruttura ha corretto l'informazione fornita nella rettifica del bando nel senso che "B._____ SA non fa parte di Y._____ SA. B._____ SA non è autorizzata a partecipare al presente appalto per un conflitto d'interesse in quanto è incaricata delle prestazioni di coordinamento generale del progetto per le fasi dalla 31 alla 53 per la divisione Immobili. Il mandato è in corso. B._____ SA non è autorizzata a partecipare al presente appalto per un conflitto d'interesse relativo al progetto." Ne segue che la precisazione intervenuta nella fase delle domande e risposte per il progetto della DLL toglie il fondamento alla domanda della ricorrente di escludere la controparte dalla gara, tanto più che, contrariamente a quanto vale per la E._____ SA, una presunta affiliazione di B._____ SA come membro di Y._____ SA non risulta né dalle iscrizioni al Registro di commercio né da altri documenti allegati all'incarto. Come si è visto, il motivo per l'esclusione della B._____ SA nell'ambito dell'acquisto relativo alla DLL risulta essere lo stesso che nel caso dell'estromissione della medesima dal presente appalto. Da notare infine che la ditta E._____ SA fa parte del consorzio D._____ (cfr. pubblicazione SIMAP 235324) e che quest'ultimo non è stato autorizzato, conformemente alle relative disposizioni di gara, a partecipare né a questo concorso né a quello della DLL. Pertanto, non vi erano motivi di escludere l'aggiudicataria dal presente appalto. Per abbondanza si aggiunga che in genere una divisione della FFS SA non è necessariamente vincolata dall'analisi dei rischi eseguita da un'altra divisione per individuare dei potenziali conflitti di interessi.

E. 4.5.1

La ricorrente è del parere che tra la controparte e la B._____ SA sussista uno stretto legame suscettibile di giustificare l'esclusione della controparte per un conflitto di interessi. In seno all'aggiudicataria, secondo l'estratto del registro di commercio e all'organigramma della medesima, F._____ risulta essere "membro [scilicet: del consiglio di amministrazione] + presidente della direzione" (CEO) con firma collettiva a due, mentre nella B._____ SA egli ricopre il ruolo di amministratore unico ("membro"). In

particolare, la ricorrente presume che la posizione gerarchicamente superiore di F. _____ in qualità di supporto al capoprogetto generale potrebbe direttamente e concretamente influenzare il lavoro di Y. _____ SA come supporto al capoprogetto Edificio.

E. 4.5.2

In genere, gli organi di una società sono vincolati ad essa sulla base di un rapporto di lavoro (membri della direzione) o di mandato (membri del consiglio di amministrazione) e sottostanno agli obblighi di diligenza e fedeltà. Ad esempio, essi non possono utilizzare né rivelare fatti di natura confidenziale, segnatamente i segreti di fabbricazione e di affari (cfr. art. 321a CO, art. 717 seg. CO). In linea di massima, le disposizioni in materia di contratto di lavoro e di diritto societario si oppongono ad un flusso di informazioni tra società legate da organi in comune. Un conflitto di interesse suscettibile di condurre all'esclusione di un offerente potrebbe dunque entrare in linea di conto solo se ulteriori circostanze particolari offrano elementi in favore di uno scambio di informazioni, di un rapporto di controllo o di un favoreggiamento (cfr. Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren - Tatbestandsvoraussetzungen und -varianten des submissionsrechtlichen Ausschlussgrundes, BR 2011 pag. 4 segg., pag. 13).

E. 4.5.3

La ricorrente desume un conflitto d'interesse fondandosi sulla sola presenza in comune di F. _____ nelle due società. Una simile argomentazione senza l'aggiunta di ulteriori aspetti suscettibili di suggerire effettive relazioni di controllo, partecipazioni o conduzioni dirette non è di per sé sufficiente per ritenere che le società non siano distinte e indipendenti l'una dall'altra. Come risulta dalla documentazione di gara, Y. _____ SA e la B. _____ SA non hanno partecipato alla redazione del presente appalto, né avuto accesso alle informazioni concernenti il medesimo. Certo, il curriculum vitae di F. _____ prodotto dalla ricorrente (doc. H della replica) e a suo dire inoltrato al rispettivo committente nell'ambito di un concorso pubblico a livello regionale accosta F. _____ alla Y. _____ SA, dove egli aveva funto a partire dal 2020 come Capoprogetto senior (doc. H alla voce percorso professionale sintesi). Tuttavia, il fatto che F. _____ oggi riveste la funzione di CEO della Y. _____ SA lascia intuire che la sua responsabilità primaria è quella di prendere le decisioni societarie più rilevanti, gestire le operazioni di ampia portata, orientare la politica aziendale ed occuparsi delle risorse dell'azienda, non quella di impiegarsi nel lavoro pratico svolto dai collaboratori.

E. 4.6

In virtù di quanto precede, la censura circa l'esistenza di un conflitto di interessi tra l'aggiudicataria e B. _____ SA passibile di comportare l'esclusione dell'aggiudicataria e controparte, risulta infondata e deve, pertanto, essere rigettata.

E. 5

In sunto, non si può rimproverare all'autorità aggiudicatrice di aver violato il diritto o fatto un uso scorretto o abusivo del proprio potere d'apprezzamento per non aver escluso l'aggiudicataria dal presente concorso.

E. 6

Alla questione litigiosa circa il sussistere di un conflitto di interessi tra Y. _____ SA e B. _____ SA si è potuto rispondere in primo luogo consultando il bando di concorso, la relativa documentazione di gara, la sessione di domande e risposte dell'appalto relativo alla

Direzione locale dei lavori Genio civile, le rispettive comparse di tutti i partecipanti al presente procedimento compresi gli allegati. Visto l'esito del procedimento, non è più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già accordato nella fase di istruzione. La concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare, con la decisione incidentale del 7 giugno 2022, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

E. 7.1

La ricorrente, soccombente, deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed 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 secondo il valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione delle disposizioni menzionate e considerato che la ricorrente è da considerare quale parte soccombente e che la presente sentenza ha potuto essere emanata senza previamente rilasciare una decisione incidentale sull'effetto sospensivo, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 6'000.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato in data 22 giugno 2022, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

E. 7.2.1

Quanto alle spese ripetibili, alla ricorrente non si assegnano indennità in conformità al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA a contrario).

E. 7.2.2

L'autorità aggiudicatrice, non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 TS-TAF; Elisabeth Lang, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, n. a margine 32 ad art. 55 LAPub).

E. 7.2.3

La controparte si rivela parte vincente. Patrocinata da un avvocato, la medesima ha diritto ad un'indennità per spese ripetibili. Al Tribunale è giunta una nota d'onorario particolareggiata per le prestazioni fornite nel periodo dal 20 giugno 2022 fino al 24 agosto 2022 per un importo di fr. 5'871.15, composto da una nota d'onorario di fr. 5'219.20- per il tempo impiegato di 13 ore e 29 minuti e 10 conferenze (sulla base di una tariffa oraria di fr. 350.- e di fr. 50.- per conferenza), da spese pari a fr 232.20 e dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) del 7.7% calcolata sull'ammontare della fattura. Secondo la prassi del Tribunale amministrativo federale, in materia di appalti pubblici si ritiene applicabile una tariffa oraria di fr. 350.-, rispettivamente una tariffa oraria massima pari a fr. 400.- nelle procedure particolarmente complesse (sentenze del TAF B-1565/2021 del 15 giugno 2021 pag. 6 con rinvio alla sentenza del TAF B-6177/2008 del 13 febbraio 2009 consid. 11.4; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, op. cit., n. 1450). L'intervento del patrocinatore nel presente procedimento consiste in particolare nella redazione della risposta e della duplica. Atteso che nella fattispecie non si tratta di una procedura particolarmente complessa, ciò che giustifica la tariffa oraria di fr. 350.- e che l'imposta sul valore aggiunto rivendicata dal patrocinatore non può essere considerata poiché la controparte ha il diritto alla deduzione dell'IVA secondo il registro IDI, si giustifica di

ridurre la nota d'onorario a fr. 5'451.40 e di metterla a carico della ricorrente (art. 14 cpv. 1 e 2 TS-TAF, art. 64 cpv. 3 PA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.