

BVGer B-2576/2017 vom 15. Dezember 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-15, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2576_2017

FR: TAF B-2576/2017 du 15 décembre 2017

IT: TAF B-2576/2017 del 15 dicembre 2017

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 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).

E. 1.1

Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'e-esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 [LAPub, RS 172.056.1]).

E. 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.

E. 1.2.1

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

E. 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.

E. 1.2.3

Considerato l'importo dell'offerta aggiudicataria, 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).

E. 1.2.4

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

E. 1.3.1

Come richiesto dalla prassi, tutti i membri del consorzio ricorrente hanno contestato congiuntamente la decisione di aggiudicazione a loro sfavorevole (cfr. DTF 131 I 153 consid. 5.8 e rinvio; DTAF 2008/7 E. 2.2.2).

E. 1.3.2

Conformemente alla giurisprudenza del Tribunale federale, la legittimazione a ricorrere (art. 48 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa [PA, RS 172.021] e art. 26 cpv. 1 LAPub) contro la decisione di aggiudicazione va riconosciuta ad un ricorrente dal momento che, a dover dar ragione alle sue conclusioni ed argomentazioni, egli ha l'effettiva possibilità di ottenere la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4, sentenza del TF 2C_203/2014 del 9 maggio 2015 consid. 1.4; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1 e decisione incidentale del TAF B-5293/2015 del 4 novembre 2015 consid. 5.1). Nel loro gravame le ricorrenti hanno proposto, nel merito, l'annullamento della delibera rispettivamente l'aggiudicazione della commessa in loro favore, eventualiter il rinvio degli atti all'autorità aggiudicatrice affinché aggiudichi la commessa in loro favore, subeventualiter l'accertamento dell'illiceità della delibera in caso di mancato accoglimento della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo e di conseguente perfezionamento del contratto con l'aggiudicataria. Le ricorrenti non sono state considerate per l'aggiudicazione. Esse hanno superato l'esame dell'idoneità e si sono classificate al secondo posto nella graduatoria del presente concorso. Pertanto, va loro riconosciuto, con particolare riferimento alle conclusioni principali, un interesse degno di protezione attuale e pratico ad insorgere contro la delibera atteso che, a seguire il loro ragionamento in qualità di seconde classificate, avrebbero delle reali probabilità di vedersi aggiudicata la commessa.

Nelle sue prime osservazioni al ricorso del 22 maggio 2017 la controparte aveva messo in discussione la legittimazione delle ricorrenti ad insorgere contro la decisione di aggiudicazione e di conseguenza concluso all'inammissibilità del gravame, in quanto, secondo lei, le ricorrenti si sarebbero riunite in un consorzio al fine di poter escludere di fatto tutti gli altri potenziali concorrenti dopo che il bando aveva già escluso i progettisti dalla partecipazione alla gara, ed in più avrebbero offerto un prezzo per la tariffa oraria ben superiore al prezzo di mandato per commesse simili, violando in questo modo il principio della concorrenza efficace. Le censure della controparte a sostegno di una violazione del principio della concorrenza efficace sono riferite perlopiù ad aspetti legati al diritto materiale, per cui di principio non possono trovare considerazione nell'esame dei presupposti processuali. Del resto, la controparte ha poi abbandonato, negli ulteriori memoriali, la conclusione dell'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione, mantenendo tuttavia le argomentazioni riguardanti la lesione del principio della concorrenza efficace e le conseguenze derivanti da essa, vale a dire l'eventuale esclusione delle ricorrenti. Di tali censure si dirà, se del caso, in seguito, sempre ammesso che facciano parte dell'oggetto della controversia.

E. 1.4

L'impugnazione della delibera del 28 marzo 2017 con ricorso del 2 maggio 2017 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).

E. 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.

E. 2

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.

E. 3

In questa sede le ricorrenti sostengono che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara già solo per il mancato adempimento del criterio di idoneità CI-4 (idoneità economico-finanziaria). Eventualiter, nella denegata ipotesi che lo scrivente Tribunale giunga ad altra conclusione, per il mancato adempimento del criterio di idoneità CI-2 (persona chiave/referenza). Inoltre segnalano che le modifiche delle esigenze di partecipazione mediante il bando rettificato, in particolare l'affievolimento dei criteri di idoneità, non sarebbe(ro) avvenut(e) per aumentare la cerchia dei concorrenti, dal momento che erano già stati esclusi i progettisti, ma (per) consentire all'aggiudicataria di partecipare alla gara. Infine, le ricorrenti dubitano che la controparte sia in grado di eseguire il mandato in questione in quanto la sua offerta al criterio di aggiudicazione "analisi dei rischi" avrebbe ottenuto la nota 2, ovvero un voto insufficiente. La controparte e l'autorità aggiudicatrice concludono in sostanza all'infondatezza delle censure mosse a tale riguardo. Nella

circostanza che le ricorrenti si siano riunite in un consorzio entrambe ravvisano indizi sulla possibile esistenza di un'associazione cartellare che potrebbe avere come conseguenza la loro estromissione dalla gara. Oggetto di lite nel presente procedimento è principalmente la questione di sapere se la controparte avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per il mancato adempimento dei criteri di idoneità CI-4 e CI-2 (interi consid. 6 e 7) e addizionalmente il trattamento delle contestazioni delle ricorrenti sulle finalità della rettifica del bando in materia di criteri di idoneità e sulla capacità della controparte a svolgere il mandato in virtù del voto 2 attribuito al criterio di aggiudicazione "analisi dei rischi" (cfr. consid. 9 e 10). Le critiche della controparte secondo cui i membri del consorzio ricorrente potrebbero costituire un'associazione cartellare sembrano invece esulare dall'oggetto di lite e potrebbero semmai essere esaminate nell'evenienza in cui si dovesse giungere alla conclusione che la controparte non soddisfi almeno uno dei criteri di idoneità.

E. 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, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 347 segg.). I criteri e le prove d'idoneità sono resi noti nel bando o nella relativa documentazione (art. 9 cpv. 2 LAPub). Queste norme impongono al committente di determinare previamente sia i requisiti che i concorrenti devono adempiere per entrare in considerazione ai fini dell'aggiudicazione, sia le prove che devono produrre per dimostrarne il soddisfacimento. I criteri di idoneità devono essere stabiliti in modo chiaro e preciso già al momento in cui viene indetto il pubblico concorso e non soltanto al momento in cui il committente si pronuncia mediante delibera sulle offerte pervenute.

E. 4.2

I criteri di idoneità si distinguono dai criteri di aggiudicazione nella misura in cui i primi servono soltanto a stabilire se i concorrenti sono in grado di eseguire l'opera messa a concorso o di fornire la prestazione richiesta dal profilo finanziario, economico e tecnico, mentre i secondi servono ad individuare l'offerta oggettivamente più vantaggiosa dal profilo economico. Lo scopo dei criteri di idoneità è di permettere al committente di accertare preventivamente la validità dei concorrenti in relazione all'oggetto del concorso prima di procedere all'esame dei criteri di aggiudicazione. Il risultato dell'accertamento preventivo dell'idoneità ha dunque solo due alternative: l'ammissione dell'offerta all'esame dei criteri di aggiudicazione oppure l'esclusione dalla gara (cfr. Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n. a margine 580, 582 e 603; decisione incidentale del TAF B-7849/2015 del 25 febbraio 2016 consid. 3.1).

E. 4.3

Nel formulare ed applicare i criteri d'idoneità, come pure le prove che i concorrenti devono produrre per dimostrarne l'adempimento, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale in cui lo scrivente Tribunale interviene unicamente nella misura in cui sono dati gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso o dell'eccesso nell'esercizio di siffatto potere discrezionale (cfr. decisione incidentale del TAF B-6332/2016 del 21 novembre 2016 consid. 5.6.1, Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n. 557, 561). Il committente non è tenuto a verificare ogni prova o a contattare ogni referenza

indicata. Nella misura in cui dai documenti esibiti dai concorrenti risultino domande o dubbi sulla correttezza delle prove, segnatamente la capacità finanziaria ad eseguire il mandato, il committente deve approfondire la questione, pena una violazione del principio della parità di trattamento tra i concorrenti. Un'esclusione dalla gara per carenza dei mezzi finanziari può entrare in considerazione unicamente in casi evidenti o se sussistono indizi chiari atti ad affermare la mancata idoneità (Hans Rudolf Trüeb, in: Matthias Ösch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [ed.], *Kommentar Wettbewerbsrecht*, volume 2, 3a edizione, 2011, n. 6 ad art. 9 LAPub; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 570).

E. 4.4

I criteri d'idoneità definiti nel bando di concorso devono essere interpretati ed applicati come gli offerenti potevano e dovevano, in buona fede, comprenderli, indipendentemente dalla volontà soggettiva del committente o delle persone operanti presso di lui. Come già indicato, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale nel definire ed applicare i criteri di idoneità che le istanze di ricorso, nel quadro della valutazione delle circostanze di fatto e di diritto, non possono eludere con la propria interpretazione (cfr. DTF 141 II 14 consid. 7.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 557, 564 s.). Se più interpretazioni sono possibili, l'istanza di ricorso non deve scegliere quella che le sembra opportuna, ma definire i limiti di quanto sia ammissibile dal profilo giuridico. In presenza di nozioni tecniche è inoltre necessario tenere conto di come esse vengono comprese dagli specialisti oppure di come gli offerenti le hanno intese in relazione al progetto concreto dato in appalto (sentenza del Tribunale federale 2C_1101/2012 del 24 gennaio 2013, consid. 2.4.1, e DTF 141 II 14 consid. 7.1; decisione incidentale del TAF B-6327/2016 del 21 novembre 2016, consid. 4.5.3).

E. 5

Il bando di concorso prevedeva i seguenti criteri di idoneità e i seguenti giustificativi: Per CI1: ESPERIENZA/REFERENZA DELL'OFFERENTE 1 referenza paragonabile. Nella valutazione dell'idoneità, una referenza è considerata paragonabile se adempie almeno le seguenti condizioni: a) mandato di Direzione Locale dei Lavori (DLL); b) le prestazioni relative alla funzione richiesta (fase 52 SIA) devono essere state interamente effettuate o aver raggiunto un importo minimo di 0.5 mio. CHF; c) opera concernente autostrade, ferrovie, strade a grande traffico o altre infrastrutture viarie di complessità analoga, dal costo di costruzione di almeno 10 mio. CHF, eseguita con traffico in esercizio; Per CI2: PERSONE CHIAVE, REFERENZA È considerata persona chiave ai fini della valutazione dei criteri di idoneità la persona che nell'esecuzione del contratto svolge la seguente funzione: DIRETTORE LOCALE DEI LAVORI. Requisiti minimi richiesti alla persona chiave per la valutazione dei criteri di idoneità: a) Ingegnere diplomato SPF, SUP o equipollente; b) una referenza quale Direttore Locale dei Lavori o sostituto in un mandato che soddisfi almeno le seguenti condizioni: - le prestazioni relative alla funzione richiesta (fase 52 SIA) devono essere state interamente effettuate o aver raggiunto un importo minimo di 0.3 mio. CHF; - opera concernente autostrade, ferrovie, strade a grande traffico o altre infrastrutture viarie di complessità analoga, dal costo di costruzione di almeno 5 mio. CHF di cui almeno 2 mio. CHF per manufatti. Limitatamente al requisito dei manufatti (2 mio. CHF) può essere presentata una seconda opera di referenza. Per CI3: ATTESTAZIONE DELLA DISPONIBILITÀ E' richiesta la prova attestante la disponibilità della persona chiave e del suo sostituto per i primi due anni di attività e secondo quanto segue: - disponibilità minima del direttore dei lavori: 50% nell'anno 2018 e

50% nell'anno 2019; - disponibilità minima del sostituto direttore dei lavori (con funzione aggiunta di responsabile dei tracciati): 50% nell'anno 2018 e 50% nell'anno 2019. Per CI4: IDONEITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA Giro d'affari annuo dell'offerente, riferito agli anni 2014 e 2015, superiore a 2 mio. CHF. Per CI5: GARANZIA DELLA QUALITÀ Copia della certificazione ISO 9001, almeno per la ditta capofila.

E. 6

CI-4 : Idoneità economico-finanziaria

E. 6.1.1

A titolo liminare val la pena di ricordare che la valutazione della capacità finanziaria di un concorrente rientra nel potere discrezionale di cui fruisce il committente. I campi toccati dall'esercizio di siffatto potere riguardano in particolare il tipo e la qualità delle informazioni e giustificativi che i concorrenti devono inoltrare con l'offerta, nonché le modalità di verifica di siffatte informazioni e giustificativi da parte del committente. In quest'ultimo ambito, il committente dispone di un certo potere discrezionale nel decidere se potersi basare di principio sulla documentazione ed i giustificativi inoltrati con le offerte. Egli è autorizzato ma non tenuto a verificare, in ogni caso, i dati messi a sua disposizione rispettivamente a richiedere ulteriori informazioni (cfr. art. 9 OAPub). Fintanto che non sussistono indizi concreti suscettibili di mettere in dubbio l'attendibilità della documentazione inoltrata, non si può rimproverare al committente un esercizio abusivo del proprio potere discrezionale di cui fruisce in questo campo (DTF 141 II 14, consid. 8.4.4; cfr. anche consid. 4.3). L'Allegato 3 OAPub contiene un elenco esemplificativo dei documenti che l'autorità aggiudicatrice può richiedere ai fini di verificare l'idoneità economico-finanziaria (cfr. anche l'art. 9 cpv. 1 OAPub). Il committente può richiedere ai concorrenti, a dipendenza del singolo caso, una dichiarazione sulla cifra d'affari globale dell'azienda riferita ai tre anni precedenti il bando (Allegato 3 cifra 12 OAPub), oppure ulteriori elementi dimostrativi specifici come ad esempio dichiarazioni bancarie che garantiscono l'erogazione dei crediti in caso di assegnazione della commessa (Allegato 3 cifra 13 OAPub) e garanzie bancarie (Allegato 23 cifra 14 OAPub).

E. 6.1.2

Conformemente al punto 3.8 del bando di concorso, per adempiere il criterio riferito all'idoneità economico-finanziaria è richiesto un "giro d'affari annuo dell'offerente, riferito agli anni 2014 e 2015, superiore a 2 mio. CHF". Per dimostrare il superamento della soglia di 2 mio. CHF del giro d'affari per il 2014 e il 2015, la documentazione di gara esigeva dagli offerenti un'autocertificazione con cui dovevano attestare, ponendo una crocetta nell'apposita casella, quanto segue: "Con la nostra firma sull'offerta confermiamo di aver raggiunto un fatturato annuo superiore a 2 mio. CHF, sia per il 2014 che per il 2015" (punto 2.0.2 della documentazione di gara). Oltre all'autocertificazione, la documentazione di gara non pretendeva dai concorrenti, in modo esplicito, ulteriori pezze giustificative a suffragio dell'adempimento di detto criterio di idoneità. In concreto, il progetto in narrativa si riferisce ad una commessa per servizi di ingegneria di normale entità e non è pertanto comparabile ad una commessa edile di ampiezza, complessità e rischi considerevoli per la quale, secondo la prassi, è d'uso richiedere una garanzia di buona esecuzione, rilasciata da un istituto bancario (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo del Canton Zurigo del 23 maggio 2007 VB.2006.00425 consid. 6.1-6.3). Inoltre, uno sguardo particolare ai criteri di idoneità definiti nel bando di concorso permette di individuare che, in confronto al criterio

dell'idoneità economico-finanziaria, il committente ha esplicitamente previsto informazioni più complete e dettagliate di una semplice autocertificazione nell'ambito degli oggetti di riferimento dell'offerente e della persona chiave. Questo modo di procedere nel definire i giustificativi dei criteri di idoneità rientra del resto nel suo potere discrezionale, tanto è vero che nemmeno le ricorrenti lo contestano mediante le loro allegazioni. Infine, la questione a sapere se nella concreta fattispecie il committente, mediante la richiesta di una semplice autocertificazione, abbia scelto il metodo più appropriato affinché venga fornita la prova dell'idoneità economico-finanziaria può essere lasciata indecisa, poiché, come si potrà evincere dai considerandi che seguono, la controparte è in grado di adempiere siffatto criterio di idoneità.

E. 6.2

In sede di ricorso, le ricorrenti hanno sostenuto che la controparte non adempie questo criterio di idoneità in quanto la ricorrente 2, riunitasi in un consorzio con la controparte nell'ambito di un'altra gara pubblica, sarebbe venuta a conoscenza che il giro d'affari della controparte per gli anni 2014 e 2015 non avrebbe raggiunto la soglia dei 2 mio. CHF al netto di IVA. A loro avviso, la disposizione al § 4.5.7 del bando di concorso (originale e rettificato) "Tutti gli importi sono da intendersi IVA esclusi" si riferisce anche a tutti i singoli criteri di idoneità e, in virtù del testo chiaro, non necessita di interpretazione. Le ricorrenti sostengono che la prassi dello scrivente Tribunale conformemente alla decisione incidentale B-3255/2009 del 4 agosto 2009 confermi la loro tesi. Nel caso in cui i loro dubbi siano fondati e la controparte adempia il presente criterio di idoneità solo con l'aggiunta dell'IVA, le ricorrenti chiedono che la stessa sia estromessa dalla gara. Stando al committente ed alla controparte, la disposizione al § 4.5.7 del bando di concorso non andrebbe riferita al fatturato aziendale ma unicamente agli importi delle referenze come secondo la prassi menzionata dalle ricorrenti. La nozione di giro d'affari e di fatturazione non avrebbero nulla a che vedere con il valore di una commessa. Secondo il committente, nel linguaggio comune il fatturato includerebbe l'IVA e la controparte poteva in buona fede ritenere che la fatturazione richiesta fosse comprensiva dell'IVA. Alla stessa conclusione giunge pure la controparte che in tale contesto rinvia non solo alla dottrina in materia di prassi fiscale federale e del Canton Ticino, ma anche alle finalità stesse dell'IVA e della legislazione federale in materia di IVA. La controparte invoca inoltre una violazione del principio della buona fede processuale, poiché le ricorrenti, a suo avviso, avrebbero utilizzato informazioni sul fatturato dell'aggiudicataria recuperate probabilmente dal membro nr. 2 del consorzio, in quanto consorziato con l'aggiudicataria su altri cantieri, chiedendo al Tribunale di stabilire se detti mezzi di prova raccolti illecitamente possano essere utilizzati.

E. 6.2.1

In prima battuta, considerato che le ricorrenti, ai fini di suffragare il mancato superamento della cifra d'affari della controparte, si sono basate su informazioni divulgate da un membro del loro consorzio che a sua volta aveva partecipato ad altre gare pubbliche riunendosi in un consorzio con la controparte, si potrebbe mettere in discussione la loro buona fede processuale e chiedersi se e in che misura simili mezzi di prova possano essere utilizzati dall'autorità di ricorso. Tali quesiti possono tuttavia rimanere indecisi dal momento che la controparte ha prodotto, nel presente procedimento ad uso esclusivo del Tribunale, la documentazione relativa al fatturato annuo e al criterio di idoneità economico-finanziaria (doc. C allegato alle osservazioni della controparte del 12 luglio 2017).

E. 6.2.2

In seconda battuta, il Tribunale ha avuto modo di accertare, nell'ambito dell'istruttoria, che la controparte raggiunge la soglia minima del giro d'affari per gli esercizi del 2014 e 2015 unicamente includendo l'IVA. Dunque, il soddisfacimento del criterio di idoneità CI-4 è condizionato, in concreto, dalla questione di sapere se gli offerenti potevano intendere ed interpretare la nozione di giro d'affari comprensiva dell'IVA, malgrado il bando di concorso contenesse la disposizione § 4.5.7 secondo la quale "Tutti gli importi sono da intendersi IVA esclusi". Nei considerandi che seguono si dovrà esaminare detta questione tenendo conto della prassi dello scrivente Tribunale nella causa B-3255/2009 e delle particolarità stesse dell'IVA.

E. 6.2.2.1

La definizione comune del termine "giro d'affari", ossia il "volume, come valore monetario della quantità di prodotto venduto" (Treccani, vocabolario online, <http://www.treccani.it/vocabolario/giro>) o del suo sinonimo "fatturato", vale a dire "Nel linguaggio comm., l'ammontare complessivo delle vendite effettuate in un dato periodo di tempo da una ditta, da un'industria, da un'azienda, espresso in moneta e assunto in genere come indicatore del giro d'affari e quindi dell'attività e consistenza economica" (Treccani, vocabolario online, <http://www.treccani.it/vocabolario/fatturato>) può condurre i concorrenti tra cui la controparte, in buona fede, ad interpretare tali nozioni nel senso che siano comprensive dell'IVA. In effetti, entrambe le definizioni mettono in evidenza che il fatturato comprende la globalità delle prestazioni fatturate da un'azienda. Anche sulla base dell'art. 36 cpv. 1 dell'ordinanza del 17 ottobre 2007 sul registro di commercio (ORC, RS 221.411), parimenti invocato dalla controparte, quest'ultima poteva desumere in buona fede che la cifra d'affari, in qualità di sinonimo di fatturato o giro d'affari, è intesa come "introito lordo". Si giunge alla medesima conclusione se si prendono in considerazione le finalità e le particolarità stesse dell'IVA. L'IVA è un'imposta generale sul consumo. Si tratta di una cosiddetta imposta indiretta, riscossa su beni e prestazioni di servizi e fondata sul principio che chi consuma contribuisce al finanziamento dello Stato. Lo Stato riscuote l'IVA direttamente presso gli imprenditori (produttori, fabbricanti, commercianti, artigiani, prestatori di servizi ecc.), i quali a loro volta si rivalgono sui consumatori, includendo l'IVA nel prezzo o indicandola separatamente sulla fattura (La caratteristica fondamentale dell'IVA, richiamabile dal sito web dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, <https://www.estv.admin.ch/estv/it/home/mehrwertsteuer/fachinformationen/was-ist-die-mehrwertsteuer.html#30584721>; cfr. anche Lezioni di diritto fiscale svizzero: corso della Scuola superiore dei quadri dell'economia e dell'amministrazione [SSQEA] / a cura di Marco Bernasconi e Andrea Pedrolì, in Edizione speciale della Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese; 1999, pag. 430 s., citato dalla controparte). Da tale definizione la controparte poteva ritenere in buona fede che tutte le prestazioni fatturate includono l'IVA e che il fatturato comprenda per definizione anche l'IVA. Dal richiamo all'art. 10 cpv. 2 lett. a LIVA e all'informativa del gennaio 2016 emanata dall'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC; doc. 14 allegato al complemento del ricorso del 19 luglio 2017) le ricorrenti non possono trarre nulla in loro favore. Certo, è vero che l'art. 10 cpv. 2 lett. a della legge federale del 12 giugno 2009 concernente l'imposta sul valore aggiunto (Legge sull'IVA, LIVA, RS 641.20) precisa che il limite della cifra d'affari (CHF 100'000.-) per l'assoggettamento rispettivamente l'esenzione all'assoggettamento dell'IVA è calcolato secondo le controprestazioni convenute, esclusa l'imposta. Tale aspetto ha una certa logica,

poiché il titolare dell'impresa, fino a quel momento, non è assoggettato e fornisce le proprie prestazioni senza riscossione dell'IVA (Claudio Fischer, in: Zweifel/Beusch/Glauser/Robinson [ed.], Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, 2015, n. 115 ad art. 10 LIVA; Regine Schluckebier, in: Felix Geiger, Regine Schluckebier, MWSTG Kommentar, 2012, n. 72-80 ad art. 10 LIVA). A contrario, ciò significa che per chi è assoggettato all'IVA la cifra d'affari è calcolata compresa l'IVA.

E. 6.2.2.2

Il rimando alla giurisprudenza dello scrivente Tribunale nella causa B-3255/2009 e quello alla disposizione del bando "Tutti gli importi sono da intendersi IVA esclusi" non riescono a mettere in dubbio l'interpretazione del termine di "giro d'affari" o "fatturato" secondo la buona fede della controparte. In tale contesto val la pena di ricordare che mediante la decisione incidentale del 4 agosto 2009 e la relativa sentenza del 3 novembre 2011 nella causa B-3255/2009 questa Corte ha riconosciuto che nel dubbio, ovvero se il committente non lo prevede espressamente nel bando o nella documentazione di gara, l'IVA non ha ad essere considerata inclusa quando si tratta di definire il valore determinante di un preciso oggetto di riferimento e di coordinarlo con un valore minimo fissato dal committente nelle condizioni per l'adempimento dei criteri di idoneità. Questo Tribunale ha tratto detta conclusione indirettamente dall'art. 6 cpv. 1 LAPub secondo cui una commessa pubblica viene messa in appalto unicamente se il valore stimato raggiunge un determinato valore soglia, IVA esclusa. In tale disposto sarebbero ravvisabili indizi suscettibili di ammettere che l'importo dell'oggetto di riferimento sia da considerare senza l'aggiunta dell'IVA. Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, nel procedimento B-3255/2009 questa Corte si è espressa unicamente sugli oggetti di riferimento, ma non sul termine di "giro d'affari" nell'ambito dell'idoneità economico-finanziaria. Pertanto il richiamo alla giurisprudenza del TAF summenzionata non è pertinente e la controparte poteva ritenere che un'applicazione per analogia di tale prassi al concetto di "giro d'affari" non può entrare in linea di conto. Quanto alla disposizione del bando § 4.5.7 secondo cui "Tutti gli importi sono da intendersi IVA esclusi", occorre prima di tutto rilevare che la medesima è collocata al punto 4 del bando intitolato "Altre informazioni" che è a sua volta suddiviso in 7 categorie differenti (4.1 Premesse per paesi non aderenti all'accordo OMC, 4.2: Trattative; 4.4: Principi per la procedura; 4.5: Altre indicazioni; 4.6: Organo di pubblicazione ufficiale; 4.7: Rimedi giuridici). Il punto 4.5 "Altre indicazioni" è composto a sua volta di 8 singole sottocategorie riferite alle più svariate tematiche (4.5.1: sopralluogo; 4.5.2: aggiudicazione della commessa a condizione che il progetto sia pronto per un acquisto pubblico e che siano a disposizione i crediti necessari; 4.5.3: nessun rimborso per l'elaborazione dell'offerta e nessuna restituzione della relativa documentazione d'offerta; 4.5.4: esclusione, prevenzione; 4.5.5: preimplicazione; 4.5.6: riserva di modifica dei termini riportati nella documentazione; 4.5.7: importi da intendersi IVA esclusa; 4.5.8: prevalenza del testo italiano nel SIMAP in caso di dubbi o contraddizioni). Nel bando di concorso gli importi sono espressamente indicati al punto 2.6 "Descrizione dettagliata" [Principali quantitativi (indicativi): - importo dei lavori Lotto 301: ca. 130 mio. CHF] e al punto 3.8 relativo alle prove ed ai certificati richiesti per i criteri di idoneità. Si tratta in concreto della referenza paragonabile in relazione al CI-1 "esperienza/referenza dell'offerente", delle referenze per le prestazioni del Direttore Locale dei Lavori o sostituto in relazione al CI-2 "persone chiave / referenza" e del giro d'affari annuo per il CI-4 "Idoneità economico-finanziaria" (cfr. consid. 4.2 per i dettagli). Nella documentazione di gara si parla di importi al capitolo 4 del "Documento contrattuale per prestazioni di

pianificazione". Essi sono riferiti alla retribuzione delle singole prestazioni, in altre parole alle differenti componenti del prezzo dell'offerta secondo l'allegato 2.1.1 "Tabella delle prestazioni". Al capitolo 4.1 "Retribuzione" è indicato espressamente "Retribuzione netta convenuta". Anche a pagina 1 della documentazione relativa all'offerta per prestazioni di pianificazione si legge "Importo dell'offerta CHF (in base alla Tabella dei prezzi, Retribuzione netta convenuta, senza IVA)". Le ricorrenti si basano sul testo a loro dire chiaro della disposizione § 4.5.7 del bando di concorso per dedurre che quest'ultima abbia ad essere applicata non solo alle referenze ma anche alla nozione del giro d'affari e quindi a tutti i criteri di idoneità. Così argomentando, esse misconoscono che per interpretare il bando di concorso è necessario prendere in considerazione non solo il testo apparentemente chiaro, ma anche il contesto in cui sono situati i differenti criteri di idoneità. Le cosiddette referenze servono in sostanza ad attestare la capacità tecnica del concorrente di realizzare l'opera messa a concorso, rispettivamente di fornire la prestazione che forma l'oggetto della commessa. I criteri di idoneità che richiedono l'indicazione di referenze sono quindi finalizzati ad individuare gli oggetti paragonabili al valore dell'opera rispettivamente delle prestazioni messe in concorso e a ricercare quei concorrenti che siano anche effettivamente in grado di fornire la prestazione richiesta. Facendo seguito alla giurisprudenza sviluppata dallo scrivente Tribunale nella causa B-3255/2009, tra il valore stimato dell'opera e quello degli oggetti di referenza esiste una certa prossimità che porta a considerare i relativi importi senza includere l'IVA. Un'applicazione della controversa disposizione del bando § 4.5.7 alle referenze risulta quindi eseguita in piena conformità alla prassi menzionata. Contrariamente al valore dell'oggetto di referenza, la nozione di "giro d'affari" non si trova però in un rapporto stretto con la capacità tecnica e con il valore della commessa stessa e può essere semmai uno di diversi indizi per valutare la capacità economica. Pertanto, l'oggetto di referenza e il fatturato, in ragione delle loro differenze qualitative, perseguono obiettivi differenti. Come si è visto, il giro d'affari annuo può essere inteso, per sua natura, comprensivo dell'IVA. Non appare quindi pertinente che la disposizione del bando § 4.5.7 sia applicata al criterio di idoneità economico-finanziaria in quanto un'adozione secondo la tesi interpretativa delle ricorrenti non solo entra in contraddizione con la nozione di fatturato risultante dal senso letterale e dall'ordinamento giuridico in materia di IVA (cfr. consid. 6.2.2.1), ma non è nemmeno contemplata dalla prassi relativa alla causa B-3255/2009. Il collocamento sistematico della disposizione qui invocata può sì indurre a credere che la medesima sia applicabile a titolo generale a tutti gli importi, a meno che l'inclusione dell'IVA non sia richiesta esplicitamente in un'altra disposizione contraria che permette di derogare al punto 4.5.7. Dai considerandi suesposti emerge che un simile modo di procedere non è pertinente nel caso in esame. Certo, per il buon ordine e per evitare ogni malinteso di sorta, il committente avrebbe fatto bene ad introdurre nel bando di concorso un'espressa riserva di deroga all'applicazione della disposizione § 4.5.7 nei confronti dell'importo minimo indicato per il giro d'affari. Tuttavia, nella misura in cui il committente, in base alle proprie comparse, si scosta dal significato letterale della disposizione del bando in parola, favorendo un'interpretazione che tiene conto delle differenze tra i criteri di idoneità tecnica e quelli di idoneità economico-finanziaria e finalizzata a non estendere l'applicazione di suddetto disposto del bando di concorso al concetto del giro d'affari ma limitarla alle referenze, egli ha adottato una soluzione valida e sostenibile, messa in pratica in modo uguale per tutti i concorrenti. In ultima analisi è fondamentale che si riveli corretto che il committente ha accettato di includere l'IVA nella nozione di fatturato e che non sussistano indizi suscettibili di ritenere che le ricorrenti o altri

offerenti abbiano subito un pregiudizio nel senso di un trattamento disuguale o addirittura di un'esclusione dalla gara. Non rientrerebbe nemmeno in modo particolare nell'interesse legittimo delle ricorrenti di far ripetere il bando di concorso affinché sia consentito di depositare un'offerta a quegli offerenti che finora vi hanno rinunciato poiché il loro fatturato senza l'IVA non supera l'importo minimo previsto dal bando.

E. 6.2.3

Riassumendo, l'esame da parte della scrivente autorità di ricorso porta a concludere che è a giusto titolo che il committente non ha applicato la disposizione § 4.5.7 "Tutti gli importi sono da intendersi IVA esclusi" al criterio di idoneità economico-finanziaria, contrariamente al testo indicato nel bando, e che l'informazione fuorviante non ha arrecato alle ricorrenti un pregiudizio concreto che potrebbero invocare con successo. In considerazione della documentazione prodotta dall'aggiudicataria (doc. C allegato alle osservazioni del 12 luglio 2017) emerge che la controparte supera l'importo minimo del giro d'affari definito nel bando di concorso con inclusione dell'IVA e di conseguenza l'autocertificazione da lei inoltrata con l'offerta corrisponde al vero ed è corretta. Alla luce di queste conclusioni, la controparte adempie il criterio di idoneità CI-4, per cui la valutazione di detto criterio operata dal committente non integra gli estremi di una violazione del diritto, in particolare dal profilo di un esercizio abusivo del potere di apprezzamento. Ne consegue che il ricorso si rivela infondato in questo punto.

E. 7

CI-2 Persona chiave, referenza del Direttore locale dei lavori / CI-3 Attestazione della disponibilità

E. 7.1.1

In sede di ricorso, le ricorrenti erano partite dal presupposto che la controparte avesse inoltrato la referenza "N2 EP04 Airolo-Quinto (Comparto di Airolo)" e che, secondo le informazioni note alla ricorrente 2 per essersi consorziata con l'aggiudicataria in un altro progetto, la persona chiave corrispondente non poteva aver raggiunto l'importo minimo previsto dal bando per l'oggetto di referenza.

E. 7.1.2

Nel corso della fase istruttoria del procedimento, questo Tribunale ha avuto modo di appurare che la persona chiave e la referenza indicate dall'aggiudicataria sono diverse rispetto a quelle presunte dalle ricorrenti e che la referenza proposta supera il valore minimo imposto dal bando. Dopo che la controparte aveva espresso il proprio accordo, è stato trasmesso alle ricorrenti, in data 5 luglio 2017, un estratto della tabella di valutazione dell'offerta della controparte da cui si evincevano unicamente il nominativo della persona chiave con il ruolo di DLL e quello del progetto di referenza (Circonvallazione di _____, gallerie e tracciati). In questo modo le ricorrenti hanno potuto verificare che il progetto di referenza come pure la persona chiave indicati effettivamente per la DLL non erano quelli da loro ipotizzati. Di conseguenza, nella misura in cui le ricorrenti avevano contestato la persona chiave e il mancato superamento del valore minimo dell'oggetto di referenza, il ricorso è considerato privo di fondamento, adempiendo la controparte le esigenze poste alla referenza della persona chiave.

E. 7.2.1

Tramite complemento del ricorso del 19 luglio 2017 le ricorrenti non criticano più questo punto, ma mettono tuttavia in discussione la disponibilità della persona chiave indicata dalla controparte al criterio di idoneità CI-2, in quanto, a loro modo di vedere, l'ingegnere incaricato sarebbe attualmente impegnato al 100% e verosimilmente fino alla fine del 2020 come Direttore dei lavori sul cantiere di USTRA concernente la Circonvallazione di _____, mentre i lavori per il lotto in questione dovrebbero già iniziare nel 2018 e terminare nel 2021. Mediante scritto del 3 agosto 2017 il committente ha spiegato che la controparte avrebbe sondato con lui la possibilità di sostituire l'ingegnere indicato come persona chiave del presente progetto nell'ambito del cantiere di _____ e che una simile possibilità può essere ammessa a condizione che venga proposta una persona con analoghe caratteristiche di quella che si intende sostituire. Tramite osservazioni del 18 agosto 2017 la controparte ha rammentato che l'ingegnere attualmente impiegato sul cantiere di _____ non era la persona chiave indicata nella relativa offerta, ma sarebbe stato fatto intervenire dietro l'accordo di USTRA in sostituzione della persona chiave originariamente proposta. Oltre a ciò, ella ha ritenuto che non sussiste alcun impegno contrattuale a garantire la presenza dell'ingegnere sul cantiere di _____ sino al termine dei lavori e che ciò le consentirà di destinare il medesimo al cantiere della presente procedura, previa sua sostituzione sul cantiere di _____ con una figura professionale che soddisfi i criteri di idoneità per quel cantiere. Nelle ulteriori osservazioni del 30 agosto 2017 le ricorrenti deducono dai rispettivi complementi delle controparti che alla scadenza del termine di inoltro delle offerte, ovvero al 7 dicembre 2016, l'ingegnere in parola era ancora contrattualmente e giuridicamente vincolato al cantiere di _____, e quindi oggettivamente non disponibile per il cantiere di Quinto. Le ricorrenti lamentano inoltre la mancanza di una reciproca dichiarazione di volontà scritta avente per oggetto la sostituzione della persona chiave indicata sul cantiere di _____. A loro dire, la controparte dovrebbe comprovare che alla data determinante summenzionata aveva accettato per iscritto di svincolare l'ingegnere dal contratto di _____ e a tale riguardo si dovrebbe verificare se il subentrante adempia i criteri di idoneità per il cantiere di _____, pena una violazione del diritto delle commesse pubbliche per violazione del divieto di modifiche contrattuali non conformi alle prescrizioni di gara. Di conseguenza, andrebbe negata l'idoneità anche all'ingegnere indicato per il presente progetto, in quanto direttamente riconducibile alla suddetta violazione. Le ricorrenti concludono che non sia adempiuto il criterio di idoneità CI-2 per mancanza di disponibilità della persona chiave. Mediante osservazioni del 15 settembre 2017 il committente respinge gli argomenti sollevati dalle ricorrenti. In primo luogo, egli evidenzia come l'ingegnere indicato come persona chiave per il presente progetto non sia vincolato dal cantiere di _____ e come i rapporti tra l'aggiudicataria ed il committente su detto cantiere siano retti esclusivamente dal diritto privato. Nel relativo contratto non sarebbe stata prevista la presenza obbligatoria di una determinata persona sul cantiere, tant'è che le condizioni generali KBOB/COCIC (Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti della costruzione pubblici) per prestazioni da mandatario annesse al contratto indicherebbero che dopo la stipula del contratto le persone chiave responsabili possono essere sostituite solo dietro consenso del committente e da persone con qualifica equivalente. In assenza di un consenso da parte del committente, il mandatario si renderebbe responsabile per violazione contrattuale. Il committente ritiene inoltre di aver correttamente stabilito come l'offerta dell'aggiudicataria rispettasse la condizione del bando secondo cui la persona chiave doveva garantire una disponibilità del 50% per gli anni 2018 e 2019. Egli avrebbe appurato la disponibilità della

persona chiave anche nella consapevolezza che l'impegno della medesima sul cantiere di _____ sarebbe diminuito a far tempo dal 2018 e quindi potuto confermare le percentuali indicate dall'aggiudicataria nella propria offerta. A modo di vedere del committente la pianificazione finanziaria (doc. 3) dimostrerebbe un'importante diminuzione della previsione di spesa a partire dal 2018 e anche dal programma dei lavori (doc. 4) risulterebbe una notevole riduzione delle attività a partire dal 2018. Infine, il committente puntualizza che i doc. 3 e 4 costituiscono documenti sensibili riguardanti un altro appalto e sono riservati alla sola visione del Tribunale. Mediante osservazioni del 14 settembre 2017 al complemento delle ricorrenti la controparte è dell'avviso che non sussiste un obbligo di garantire che la persona indicata come referente rimanga per tutta la durata del contratto di appalto, ma nel caso ella si rendesse indisponibile è responsabilità dell'azienda trovare un sostituto con le stesse referenze per cui non sarebbe necessario un preavviso di accettazione dello svincolo da parte del committente. Nel caso di specie, l'ingegnere indicato si sarebbe reso disposto e disponibile ad assumere la responsabilità, a partire dal 2018, del cantiere di Quinto e l'aggiudicataria disporrebbe dell'organico sufficiente a garantire che il posto al 50% lasciato libero dallo stesso ingegnere sul cantiere di _____ sia occupato da una persona dai titoli equivalenti.

E. 7.2.2

Come già indicato al consid 4.2, il bando di concorso prescriveva per il criterio di idoneità CI-3 la disponibilità minima del direttore dei lavori nella misura del 50% nell'anno 2018 e del 50% nell'anno 2019. Conformemente all'estratto della propria offerta (doc. 4 allegato alle osservazioni della controparte del 14 settembre 2017), la controparte ha indicato in riferimento alla persona chiave del Direttore dei lavori per gli anni 2018 e 2019 un grado di occupazione del 50% in riferimento al presente mandato e un ulteriore grado di occupazione del 50% in riferimento al mandato "Circonvallazione di _____: Galleria e tracciati". Il committente ha reso plausibile con le sue allegazioni di aver potuto confermare la veridicità delle indicazioni riportate nell'offerta della controparte in relazione al grado di disponibilità della persona chiave proposta per la DLL per il mandato relativo alla Circonvallazione di _____. In effetti, per siffatto mandato era previsto un termine di esecuzione corrispondente al giugno 2017 (cfr. bando di concorso del 3 luglio 2008, punto 2.10, doc. 2 delle osservazioni del committente del 15 settembre 2017). Detta previsione per la fine dei lavori del mandato riferito alla Circonvallazione di _____ si riflette sia nella pianificazione finanziaria del mandato corrispondente (doc. 3 delle stesse osservazioni), nella misura in cui si registra una diminuzione della relativa previsione di spesa, sia nel rispettivo programma generale dei lavori del 23 novembre 2016 (doc. 4 delle stesse osservazioni), nella misura in cui si nota una riduzione dell'attività a partire dal 2018. Essendo riferiti ad un progetto estraneo da quello che fa oggetto del presente procedimento, non appare indicato che i documenti prodotti dal committente circa la pianificazione finanziaria e il programma generale dei lavori del 23 novembre 2016 siano trasmessi alle ricorrenti, ma è sufficiente che lo scrivente Tribunale ne abbia potuto verificare il contenuto. In considerazione delle allegazioni appena esposte, il committente ha a giusto titolo appurato che l'offerta dell'aggiudicataria ottemperasse le condizioni del bando sulla disponibilità della persona chiave proposta per la DLL. A titolo abbondanziale, val la pena di ricordare che il bando di concorso relativo al progetto "N13c Circonvallazione _____, Direzione locale dei lavori galleria e tracciati, geologia", pubblicato il 3 luglio 2008 sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC [...]); doc. 5 delle osservazioni della controparte del 14 settembre 2017 e doc. 2 allegato alle osservazioni del committente del 15

settembre 2017) rinviava espressamente alle condizioni di contratto del contratto di appalto KBOB (cfr. punto 4.2 "Condizioni di contratto"). Conformemente alle condizioni generali KBOB (COCIC) per prestazioni da mandatario di USTRA, edizione 2006 (doc. 1 allegato alle osservazioni del committente del 15 settembre 2017, rispettivamente doc. 2 allegato alle osservazioni della controparte del 14 settembre 2017), facenti parte integrante del contratto, è possibile sostituire, dopo la stipula del contratto, le persone chiave responsabili del progetto nella loro funzione, a condizione che il committente dia previamente il suo consenso e che si tratti di persone con una qualifica equivalente. Ne consegue che il cambiamento della persona chiave non risulta contrario al bando di concorso relativo al progetto summenzionato per la Circonvallazione di _____, a patto che il sostituto o la sostituta presenti qualità paragonabili e il committente abbia preliminarmente consentito alla sostituzione. Dalle allegazioni del committente e della controparte è emerso che l'ingegnere proposto come persona chiave di DLL nella gara pubblica che qui ci occupa non era stato indicato originariamente come persona chiave per la DLL in relazione al progetto relativo alla Circonvallazione di _____, ma è subentrato successivamente su consenso del committente. Come si è visto, un simile modo di procedere è contemplato dal bando di concorso. Nella misura in cui il cantiere di _____ necessita di una presenza della persona chiave per la DLL maggiore del 50% per gli anni 2018 e 2019, sarà compito della controparte di proporre al committente un sostituto idoneo. In assenza del consenso del committente, la controparte potrebbe rendersi responsabile per inadempimento di un obbligo contrattuale. Detta tematica esula tuttavia dall'oggetto della presente controversia.

E. 8

In sumto, la valutazione dei criteri di idoneità CI-2, CI-3 e CI-4 operata dal committente nei confronti della controparte non ha dunque nulla da eccepire dal profilo del diritto in materia di acquisti pubblici. Non sono ravvisabili gli estremi di una violazione del diritto nell'ottica di un esercizio abusivo del potere discrezionale da parte del committente.

E. 9

Le ricorrenti dubitano che la controparte sia in grado di svolgere il mandato in questione siccome l'offerta della medesima avrebbe ottenuto il voto 2 (insufficiente) al criterio di aggiudicazione "analisi dei rischi". Le ricorrenti sembrano non fare la differenza tra i criteri di idoneità e i criteri di aggiudicazione. Come già detto, i criteri d'idoneità devono essere distinti dai criteri d'aggiudicazione. Con i criteri d'idoneità viene prodotta la prova della capacità d'adempimento del mandato sotto l'aspetto finanziario, economico e tecnico. Essi si riferiscono all'impresa offerente e alle sue qualità, mentre i criteri d'aggiudicazione concretizzano la nozione dell'offerta più favorevole dal profilo economico. I criteri d'idoneità e quelli d'aggiudicazione hanno quindi due funzioni differenti: il mancato adempimento dei criteri d'idoneità implica l'esclusione dalla gara, e un criterio d'idoneità non adempiuto non può essere compensato in ragione di un eccesso di soddisfazione rispetto ai rimanenti criteri d'idoneità. D'altra parte, i criteri d'aggiudicazione servono a valutare le offerte ammesse e, in tale ambito, una valutazione peggiore di un criterio d'aggiudicazione può essere compensata con una valutazione migliore di un altro o altri criteri d'aggiudicazione (sentenza del Tribunale federale 2C_91/2013 del 23 luglio 2013, consid. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 580). Per il criterio di aggiudicazione del prezzo CA-1 era prevista una ponderazione del 40%, per il criterio di aggiudicazione CA-2 "analisi dei compiti e modo di procedere" una ponderazione del 25% e per il criterio di aggiudicazione CA-3 "persone chiave - referenze relative ai compiti da eseguire" una

ponderazione del 35%. Al criterio di aggiudicazione CA-1 "prezzo" la controparte ha ottenuto il massimo punteggio (200), al criterio di aggiudicazione CA-2 "analisi dei compiti e modo di procedere" 95 su 125 punti e al criterio di aggiudicazione CA-3 "persone chiave" 135 su 175 punti. Il voto 2 ottenuto al sottocriterio CA-2 "analisi dei rischi" ha potuto essere compensato con un miglior punteggio al CA-3 e al CA-1. Dalla somma dei punti ottenuti, 430 per la controparte e 383 per le ricorrenti, il committente ha potuto scegliere l'offerta più favorevole dal profilo economico. Tale scelta non ha nulla da eccepire, tanto più che le ricorrenti non hanno contestato la valutazione in base ai criteri di aggiudicazione. Visto l'esito del ricorso, non è nemmeno necessario chinarsi sulle censure della controparte riferite alla valutazione del sottocriterio "Analisi dei rischi".

E. 10

Visto quanto precede, non si rivela dunque più necessario soffermarsi sulla questione a sapere se e in che misura le ricorrenti, essendosi riunite in un consorzio, avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per aver violato le disposizioni in materia di concorrenza efficace, perché in ogni modo non riescono ad ottenere la delibera in loro favore. Infine gli argomenti delle ricorrenti rasentano la pretestuosità, laddove insinuano che l'indebolimento dei criteri di idoneità intervenuto con la rettifica del bando sia stato inteso a consentire alla controparte di partecipare alla gara e non ad ampliare la cerchia degli offerenti, dal momento che erano già stati esclusi i progettisti. Giova infine ricordare che nel procedimento di ricorso contro il bando di concorso avviato da una parte dei progettisti lo scrivente Tribunale ha ritenuto come non fosse ravvisabile se e in che misura l'esclusione dei progettisti, fondata su motivi ragionevoli e plausibili, avesse comportato illegittime restrizioni della concorrenza. Di conseguenza, non si poteva dedurre nulla di negativo dal fatto che nel pubblico concorso in parola fossero state depositate due offerte (cfr. per i dettagli la sentenza del TAF B-6626/2017 del 30 agosto 2017, consid. 8.5.5 seg.). A queste considerazioni non vi è nulla da aggiungere.

E. 11

In conclusione, il ricorso si rivela infondato e in quanto tale va respinto.

E. 12

Tenuto conto dell'esito della presente procedura, la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare, con l'ordinanza del 4 maggio 2017, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

E. 13

Per quanto concerne l'accesso agli atti vale la pena ricordare che, per prassi costante, non sussiste un diritto alla libera consultazione delle offerte dei concorrenti. Il diritto generale di consultare gli atti che si applica in altri campi giuridici deve retrocedere nei procedimenti in materia di appalti pubblici di fronte all'interesse degli offerenti al trattamento confidenziale dei loro segreti d'affare e del loro know-how commerciale che risultano dai documenti dell'offerta (decisione incidentale del TAF B-2562/2009 del 29 gennaio 2010; cfr. art. 27 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 PA). L'autorità di ricorso, che ha libero accesso alla documentazione di gara, può esaminare la plausibilità della motivazione adottata dal committente e in seguito dare alle ricorrenti la possibilità di esprimersi in merito (cfr. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 1364;). Nel caso che ci occupa, le ricorrenti hanno contestato principalmente l'adempimento dei criteri di idoneità CI-2 (persona chiave, referenza) e CI-4 (idoneità economico-finanziaria), per cui il diritto di esaminare gli atti

delle ricorrenti dovrebbe di principio limitarsi ai documenti relativi alla valutazione di detti criteri di idoneità. In secondo luogo le ricorrenti hanno chiesto di conoscere la composizione del gruppo di valutazione. Nel quadro della presente procedura, le ricorrenti sono riuscite ad ottenere le informazioni necessarie che hanno condotto il committente a ritenere che la controparte abbia superato l'esame dei criteri di idoneità CI-4, CI-2, come pure CI-3. Alle ricorrenti è stata pure inoltrata una parte della documentazione di gara per mezzo della quale sono state poste nella condizione di conoscere, tra l'altro, i membri del gruppo di valutazione. Le ricorrenti hanno potuto ricevere, dietro il previo consenso della controparte, un estratto della tabella di valutazione dell'offerta della controparte limitato al nominativo della persona chiave con il ruolo di DLL e al titolo del relativo progetto di referenza per il criterio di idoneità CI-2. Inoltre, nel corso del presente procedimento le ricorrenti sono venute a conoscenza dell'attestazione della disponibilità della persona chiave. Per quanto attiene all'importo per le prestazioni fatturate relative alla persona chiave e ai dati sul fatturato annuo per il 2014 e il 2015 della controparte (doc. B e C del complemento alle osservazioni del 12 giugno 2017), si tratta in questo caso di dati sensibili soggetti al segreto d'affare che non possono essere divulgati alle ricorrenti. Tuttavia lo scrivente Tribunale ha avuto modo di confermare che l'importo delle prestazioni fatturate relative alla persona chiave supera l'importo minimo di 0.3 mio. CHF richiesto dal bando di concorso e che dall'estratto del conto annuale prodotto dalla controparte emerge, contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, un fatturato annuale per gli anni 2014 e 2015 superiore al minimo richiesto di 2 mio. CHF. Le ricorrenti hanno successivamente avuto la facoltà di esprimersi sulle risultanze esperite. Ne consegue che non è più necessario, prima di emanare la presente sentenza, concedere alle ricorrenti un ulteriore accesso agli atti. Le loro ulteriori richieste di edizione non possono altro che essere respinte.

E. 14.1

Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed i disborse (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 le ricorrenti sono 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. 5'600.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

E. 14.2.1

Quanto alle spese ripetibili, alle ricorrenti non si assegnano indennità in conformità al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA a contrario). Lo stesso vale per l'USTRA, considerato che le autorità federali non hanno diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 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]).

E. 14.2.2

Per contro, la controparte vincente, patrocinata da un avvocato, ha diritto ad un'indennità per spese ripetibili. Nella misura in cui al Tribunale non è giunta alcuna nota d'onorario e atteso che la controparte si è inserita più volte nel presente procedimento mediante diverse comparse (osservazioni del 22 maggio 2017, complemento alle osservazioni del 12 giugno 2017, osservazioni al complemento del ricorso del 18 agosto 2017 e osservazioni del 14 settembre 2017) che constano nel complesso 33 pagine, appare adeguato fissare l'indennità, in funzione delle particolarità della procedura, a fr. 4'000.- e metterla a carico delle ricorrenti.

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