

BVGer B-2862/2023 vom 22. November 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-11-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2862_2023

FR: TAF B-2862/2023 du 22 novembre 2023

IT: TAF B-2862/2023 del 22 novembre 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; v. consid. 1.2.5).

E. 1.2.1

Le decisioni elencate all'art. 53 cpv. 1 LAPub, segnatamente le decisioni di esclusione dalla procedura e le decisioni di aggiudicazione (art. 53 cpv. 1 lett. e e h LAPub), sono atti impugnabili mediante ricorso al Tribunale amministrativo federale.

E. 1.2.2

L'Ufficio federale delle strade è un'unità amministrativa dell'Amministrazione federale centrale e come tale è soggetta alla LAPub (art. 4 cpv. 1 lett. a LAPub).

E. 1.2.3

Il presente appalto, intitolato "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Lotto 201, Muro Mulini di Bioggio - opere da impresario costruttore" è definito ai sensi di una commessa edile (punto 1.8 del bando) e rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (punto 1.9 del bando). L'avviso di gara menziona esplicitamente la categoria 45233110 del CPV ("Common Procurement Vocabulary" - vocabolario comune per gli appalti pubblici

dell'Unione europea) relativa a "Lavori di costruzione di autostrade" che a sua volta corrisponde verosimilmente al numero di riferimento 513 "Lavori di costruzione di opere d'ingegneria civile" della Classificazione centrale dei prodotti provvisoria dell'ONU (CPC prov.) secondo l'allegato 1 cifra 1 LAPub e dell'Accordo riveduto sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994 (Accordo dell'OMC, Agreement on Government Procurement [GPA, RS 0.632.231.422]). La commessa rientra pertanto nella categoria delle prestazioni edili ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a LAPub in combinato disposto con l'art. 8 cpv. 4 LAPub e l'allegato 1 cifra 1 LAPub.

E. 1.2.4

Considerato l'importo dell'offerta aggiudicata (cfr. punto 3.2 della decisione di aggiudicazione in oggetto), sono indiscutibilmente superati i valori soglia previsti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse edili che rientrano nell'ambito dei trattati internazionali (art. 8 cpv. 4 LAPub in combinato disposto con l'art. 16 LAPub e l'allegato 4 cifra 1.1 LAPub).

E. 1.2.5

Nella presente fattispecie non si è realizzata alcuna delle eccezioni di cui all'art. 10 LAPub e inoltre il presente appalto non riguarda una commessa pubblica secondo l'allegato 5 numero 1 lettere c e d LAPub.

E. 1.2.6

Visto quanto precede, la presente commessa è sottoposta al campo di applicazione della LAPub e dei trattati internazionali e lo scrivente Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sulla controversia oggetto del presente procedimento.

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. 1.4.1

Eccetto che nei ricorsi nell'ambito della procedura per incarico diretto (art. 56 cpv. 4 LAPub), la LAPub non contiene una disposizione specifica relativa al diritto a ricorrere in relazione ad altri tipi di procedure di aggiudicazione, per cui la questione deve essere giudicata in base alla legge sulla procedura amministrativa (art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2).

E. 1.4.2

Secondo la giurisprudenza 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 è sufficiente 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, in caso di accoglimento del gravame, egli fruisce di una possibilità effettiva di vedersi aggiudicata la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.). 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).

E. 1.4.3

Le ricorrenti postulano in via principale l'annullamento della decisione d'esclusione che le concerne, nonché della decisione di aggiudicazione e la retrocessione degli atti all'autorità aggiudicatrice affinché quest'ultima proceda alla valutazione della loro offerta e ad una nuova delibera.

E. 1.4.4

In sostanza, le ricorrenti fanno valere di essere state estromesse a torto dalla gara, concludendo che, contrariamente all'assunto del committente, la persona chiave da loro proposta come Direttore tecnico di cantiere al relativo criterio di idoneità CI-2 adempie ai requisiti indicati nel bando di concorso, nel senso che il ruolo da egli assunto nell'ambito della referenza presentata sarebbe paragonabile a quello di Direttore tecnico di cantiere ai sensi delle prescrizioni di gara. Se le tesi ricorsuali dovessero essere accolte, le ricorrenti avrebbero delle effettive possibilità di vedersi attribuire la commessa, in quanto la loro offerta entrerebbe di nuovo in gara e, in ragione del miglior prezzo rispetto a quello dell'offerta aggiudicata, potrebbero ottenere il primo posto nella graduatoria. In questa misura, il diritto di ricorrere contro la propria esclusione e l'aggiudicazione deve essere riconosciuto (sentenze del TAF B-4473/2022 del 3 aprile 2023 consid. 1.3 non ancora cresciuta in giudicato, B-2522/2021 del 20 settembre 2021 consid. 1.5.5 seg., B-4743/2015 del 9 dicembre 2015 consid. 2.2, decisione incidentale del TAF B-1511/2020 del 9 giugno 2020 consid. 3.2).

E. 1.4.5

I requisiti relativi al termine (art. 56 cpv. 1 LAPub), al contenuto ed alla forma del ricorso (art. 52 PA), nonché al pagamento dell'anticipo spese (art. 63 cpv. 4 PA) e alla rappresentanza (art. 11 cpv. 2 PA) sono parimente soddisfatti e il ricorso è pertanto ammissibile.

E. 2

Dal profilo formale le ricorrenti sostengono che la decisione di esclusione dalla procedura di appalti pubblici lede il loro diritto di essere sentite. Secondo loro, il committente non avrebbe concretamente indicato le ragioni per le quali le attività svolte dalla persona chiave designata nel progetto di referenza non sarebbero state sufficienti per adempiere al requisito della funzione richiesta di Direttore tecnico di cantiere. Rinviando alla dottrina, le ricorrenti affermano che l'esclusione da una procedura di aggiudicazione rappresenta un caso speciale, in cui il diritto di essere sentito deve essere rispettato senza eccessive limitazioni, nel senso che all'offerente escluso dovrebbe essere data la possibilità di esprimersi sui motivi d'esclusione prima che venga emanata la decisione corrispondente. Le ricorrenti lamentano che ciò non sia avvenuto nel caso di specie, nonché di essere state impedito di

esporre le proprie ragioni anche in sede di debriefing. Infine, esse fanno valere che nemmeno la formulazione addotta a motivo della decisione di aggiudicazione può essere ritenuta sufficiente rispetto a quanto imposto dall'art. 51 cpv. 2 e 3 LAPub. Dal canto suo, il committente contesta integralmente una violazione del diritto di essere sentito, ritenendo di aver comunicato alle ricorrenti, mediante la decisione di esclusione del 26 aprile 2023 e il debriefing del 4 maggio successivo, il motivo della loro esclusione secondo i precetti sanciti dal diritto in materia di appalti pubblici. Del resto, un'eventuale violazione del diritto di essere sentito avrebbe potuto essere sanata in sede di ricorso.

E. 2.1.1

In conformità con l'art. 51 cpv. 1 secondo periodo LAPub, gli offerenti non hanno il diritto di essere sentiti prima della notificazione della decisione. Giusta l'art. 51 cpv. 2 LAPub, le decisioni impugnabili, tra le quali rientrano l'esclusione e l'aggiudicazione (cfr. art. 53 cpv. 1 lett. e e h LAPub), devono essere motivate sommariamente. Da questo punto di vista, l'art. 51 cpv. 2 LAPub rappresenta una cosiddetta *lex specialis* nei confronti dell'art. 35 cpv. 1 e cpv. 3 PA e dell'art. 36 PA (cfr. decisione incidentale del TAF B-3374/2023 del 28 agosto 2023 consid. 5.3, sentenza B-4162/2022 del 18 aprile 2023 consid. 5.4). Le esigenze relative alla motivazione sommaria non sono molto elevate (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed., 2013, n. 1243), a meno che si tratti di una decisione di interruzione della procedura, rispettivamente di revoca dell'aggiudicazione (sentenza B-4162/2022 del 18 aprile 2023 consid. 5.5).

E. 2.1.2

In virtù delle particolarità della procedura di aggiudicazione risultanti dall'art. 51 cpv. 1 secondo periodo LAPub e segnatamente per tutelare i segreti d'affare degli offerenti, non sussiste alcun diritto di essere sentito prima dell'emanazione di una decisione impugnabile. Il diritto di essere sentito e il diritto d'esame degli atti vengono rimandati ad un eventuale debriefing o ad un'eventuale procedura di ricorso. Oltre a ciò, il diritto di essere sentito può essere ossequiato sufficientemente per mezzo delle diverse interazioni con gli offerenti nel corso della procedura di aggiudicazione, come la fase di domande e risposte durante il termine di presentazione delle offerte e la rettifica delle offerte nell'ambito della valutazione delle offerte (cfr. Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici del 15 febbraio 2017, di seguito: Messaggio LAPub, FF 2017 1587 segg., in particolare 1710, Pascal Bieri, in: Hans Rudolf Trüb [ed.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. a margine 17 seg. ad art. 51 LAPub).

E. 2.2

L'atto impugnato del 26 aprile 2023 intitolato "Aggiudicazione della commessa - vostra esclusione" contiene una breve motivazione per l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti dalla gara, in concreto il mancato rispetto del criterio di idoneità CI-2 "persona chiave, referenza", in quanto "la persona proposta non ha svolto, nel progetto oggetto di referenza, il ruolo richiesto, ossia quello di Direttore tecnico di cantiere". Oltre a ciò, le ricorrenti hanno avuto verosimilmente occasione nell'ambito del debriefing del 4 maggio 2023, il cui svolgimento non è contestato, di ottenere oralmente informazioni aggiuntive.

Conformemente a ciò, nonché tenuto conto della situazione di diritto e della prassi poc'anzi esposte, non è ravvisabile alcuna violazione del diritto di essere sentito, in particolare nella sua componente relativa all'obbligo di motivare le decisioni. Visto quanto precede,

l'opinione dottrinale di Bieri (cfr. consid. 2.1) a cui le ricorrenti fanno appello e secondo cui nei casi di esclusione potrebbe essere opportuno dare agli offerenti interessati la possibilità di determinarsi sui motivi di esclusione prima del rilascio della decisione corrispondente, non può essere seguita. In effetti, va rilevato che nel caso dell'oggetto di riferimento indicato dalle ricorrenti si trattava di una commessa deliberata dalla stessa autorità aggiudicatrice, dimodoché quest'ultima, in base alle sue conoscenze, non sarebbe stata tenuta a contattare le ricorrenti prima di escludere formalmente la loro offerta dalla gara.

E. 2.3

La motivazione addotta nel giudizio impugnato permette senza dubbio di comprendere le ragioni che hanno condotto l'autorità aggiudicatrice ad escludere l'offerta delle ricorrenti dalla gara, tant'è che la relativa decisione è stata in seguito impugnata con un ricorso in cui le ricorrenti si sono ampiamente confrontate con il contenuto della medesima. Il fatto che le ricorrenti non condividano i motivi alla base nella querelata decisione è tutt'al più una questione che riguarda il merito, non il diritto a una motivazione sufficiente. Ad ogni modo, un'eventuale presunta violazione del diritto di essere sentito potrebbe reputarsi sanata in questa sede.

E. 2.4

Infine, le contestazioni riguardo all'insufficiente motivazione della decisione di aggiudicazione potrebbero al limite manifestarsi rilevanti unicamente in caso di scorrettezza della decisione di esclusione e non devono essere ancora trattate in questo punto.

E. 3.1

Il committente può escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione, radiarlo da un elenco o revocare l'aggiudicazione, se constata che l'offerente, un terzo coinvolto o i rispettivi organi non adempiono o non adempiono più le condizioni di partecipazione alla procedura (art. 44 cpv. 1 lett. a LAPub), segnatamente i criteri di idoneità. Il diritto in materia di appalti pubblici persegue come scopo, tra l'altro, un impiego dei fondi pubblici economico e sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica (cfr. art. 2 lett. a LAPub). Conformemente a ciò, esso deve garantire che siano ammessi soltanto quegli offerenti che sono effettivamente in grado di adempiere alle condizioni del mandato. Nell'ambito di una procedura di appalti pubblici deve perciò essere esaminata l'idoneità di ogni singolo concorrente riguardo all'esecuzione della commessa. L'art. 27 cpv. 1 primo periodo LAPub esige dal committente ch'egli stabilisce in maniera esaustiva nel bando o nella relativa documentazione i criteri di idoneità che l'offerente deve adempiere, i quali possono in particolare riguardare l'idoneità professionale, finanziaria, economica, tecnica e organizzativa dell'offerente, come pure la sua esperienza (art. 27 cpv. 2 LAPub). Il committente indica nel bando o nella relativa documentazione le prove da presentare e il momento in cui produrle (art. 27 cpv. 3 LAPub). Per verificare se gli offerenti adempiono le condizioni di partecipazione e i criteri di idoneità, il committente può richiedere, tenendo conto della commessa in questione, determinati documenti o prove menzionati a titolo d'esempio nell'allegato 3 dell'ordinanza sugli appalti pubblici del 12 febbraio 2020 (OAPub, RS 172.056.11; art. 4 cpv. 4 OAPub). Tra di essi figurano referenze, nonché titoli di studio e attestati di capacità professionale dei collaboratori o dei quadri dirigenziali dell'offerente, segnatamente delle persone cui si prevede di affidare le responsabilità dell'esecuzione della commessa da aggiudicare (cifre 12 e 16 dell'allegato 3 OAPub).

E. 3.2

I criteri di idoneità servono a delimitare la cerchia dei concorrenti a quelle imprese che sono effettivamente in grado di adempiere il mandato nella qualità desiderata (cfr. DTAF 2017 IV/3 consid. 4.3.1, 2010/58 consid. 6.1). L'inadempimento dei criteri di idoneità porta necessariamente all'esclusione dell'offerente, purché l'esclusione non si riveli sproporzionata o eccessivamente formalistica (cfr. DTF 145 II 249 consid. 3.3; sentenze del TF 2C_1078/2019 del 22 giugno 2021 consid. 5.2.2, 2C_665/2015 del 26 gennaio 2016 consid. 1.3.3, 2C_346/2013 del 20 gennaio 2014 consid. 3.3; sentenze del TAF B-5897/2022 del 5 aprile 2023 consid. 5 i.f., B-3709/2021 del 2 giugno 2022 consid. 11.3 seg.).

E. 3.3

Non solo per quanto attiene alla scelta dei criteri di idoneità e delle prove attestanti l'adempimento di tali criteri, ma anche riguardo alla valutazione dei criteri di idoneità, l'autorità aggiudicatrice fruisce di un ampio margine di apprezzamento. Questo vale anche per la valutazione delle referenze (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., pag. 241 s.; DTF 141 II 14 consid. 8.3 con ulteriori rinvii). Siccome in un ricorso in materia di acquisti pubblici non può essere sollevato il motivo dell'inadeguatezza (cfr. art. 56 cpv. 3 LAPub), il Tribunale amministrativo federale 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-6997/2018 del 30 aprile 2019 consid. 4.1.2 con ulteriori riferimenti, sentenza del TAF B-2576/2017 del 15 dicembre 2017 consid. 4.3).

E. 3.4

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. In principio gli offerenti devono potersi fidare che il committente intenda le disposizioni sui criteri di idoneità in senso convenzionale. 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; sentenza del TF 2C_994/2016 del 9 marzo 2018 consid. 4.1.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 557, 564 seg.). 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 (DTF 141 II 14 consid. 7.1).

E. 4

La presente controversia riguarda la verifica del criterio d'idoneità CI-2 "Persona chiave / Referenza". Le ricorrenti pretendono che la loro offerta sia stata esclusa a torto dalla gara per presunto mancato adempimento di detto criterio. In sostanza fanno valere che il committente si è basato su uno scorretto accertamento dei fatti e su pregiudizi nei confronti della persona chiave proposta, tralasciando di confrontarsi con le attività da lei svolte nell'oggetto di referenza presentato e così facendo violato il diritto, in quanto siffatte attività rientrerebbero chiaramente nella definizione di Direttore tecnico di cantiere.

E. 4.1.1

Per quanto sia di rilevanza nel presente caso, ai punti 3.7 e 3.8 del bando erano indicati i criteri di idoneità, nonché le prove e i certificati da inoltrare per dimostrarne la sussistenza. I richiedi giustificativi, nonché le prove attestanti l'idoneità andavano inoltrati completi, senza alcuna modifica, restrizione e riserva con la documentazione relativa all'offerta; in caso contrario l'offerta non avrebbe potuto essere considerata.

E. 4.1.2

Quanto alla persona chiave con la funzione di "Direttore tecnico di cantiere" il bando aveva previsto i seguenti requisiti minimi per l'adempimento di detto criterio di idoneità CI-2: "1 Referenza quale Direttore tecnico di cantiere, sostituto Direttore tecnico di cantiere o funzione equivalente, in un progetto che soddisfa tutti i seguenti requisiti: - Tipo di infrastruttura: autostrada, strada a forte traffico o ferrovia; - Tipo di opera: manufatti e/o muri in calcestruzzo armato - Attività: costruzione nuova e/o risanamento. Deve essere presente almeno un manufatto di nuova costruzione; - Importo contrattuale dell'oggetto di riferimento di almeno 2.0 mio CHF. - le prestazioni devono essere state interamente eseguite; - Condizioni di esecuzione: con traffico stradale o ferroviario nelle adiacenze."

E. 4.1.3

Il progetto in questione comprendeva anche la persona chiave del Capocantiere. Per tale figura non era stato predisposto un concreto criterio di idoneità, tuttavia essa doveva essere valutata in base al criterio di aggiudicazione CA 5 "Qualità dell'offerente: esperienza delle persone chiave", suddiviso nei sottocriteri CA 5.1 "Direttore tecnico di cantiere", CA 5.2 "Capocantiere" e CA 5.3 "Organigramma e organizzazione" (CA 5, cfr. punto 4.6.2 del bando di concorso).

E. 4.1.4

Nei documenti di gara gli offerenti dovevano indicare il ruolo svolto dalla persona chiave nel progetto (Allegato III.2.1.2), nonché allegare il curriculum vitae (Allegato III.2.1.3), i certificati delle referenze (Allegato III.2.1.4) e un organigramma di cantiere con una descrizione della propria organizzazione e quella da adottare per il cantiere in esame (Allegato III.2.2.1).

E. 4.2

Per quanto attiene all'interpretazione della nozione di "Direttore tecnico di cantiere", occorre rilevare quanto segue.

E. 4.2.1

In virtù delle spiegazioni al punto 3.8 del bando di concorso si può affermare che il bando non contiene una vera e propria definizione del termine "Direttore tecnico di cantiere, sostituto Direttore tecnico di cantiere o funzione equivalente". Da un lato, esso richiede espressamente l'assunzione di una di queste funzioni nell'oggetto di riferimento, dall'altro mette in relazione il ruolo della persona chiave alle condizioni a cui il progetto precedente deve adempiere, ossia al tipo di infrastruttura, al tipo di opera, alle attività, all'importo contrattuale, all'obbligo della piena esecuzione delle prestazioni e alle condizioni di esecuzione. Neanche il termine di "Capocantiere" viene definito più da vicino.

E. 4.2.2

Le ricorrenti sostengono che la prassi basi le definizioni di "Direttore tecnico di cantiere" o di "sostituto Direttore tecnico di cantiere" su quanto statuito dalla Società Svizzera degli

Impresari Costruttori (SSIC) nel modello di contratto di consorzio per le imprese di costruzione (allegato al ricorso Doc. L, pag. 19 seg.). Detto modello di contratto di consorzio è indirizzato principalmente alle imprese di costruzione che intendono unirsi in un consorzio e non ai committenti pubblici. Invero, come segnalato da USTRA e come si evince dal documento contrattuale di gara, il committente suole basarsi nelle proprie procedure di aggiudicazione sui modelli di contratto della Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici (KBOB). Il menzionato modello di contratto di consorzio della SSIC propone unicamente un'organizzazione differenziata che struttura le differenti competenze delle imprese consorziate nei campi seguenti: "Impresa pilota", "direzione tecnica", "direzione commerciale", "management della qualità" e "direzione del cantiere" (cfr. Doc. L, cifra 21; cfr. Roland Hürlimann, Der SBV-Formularvertrag für Arbeitsgemeinschaften, in BR/DC 2017, pag. 205 segg.). Una vera e propria definizione di "Direttore tecnico di cantiere" non è contemplata, bensì viene fatta solo la distinzione tra la "direzione tecnica" (cifra 21.2 del modello di contratto SSIC) e la "direzione del cantiere" (cifra 21.5 del modello di contratto SSIC) in riferimento alle imprese che compongono il consorzio e non a determinate persone chiave all'interno di commesse pubbliche di natura edile. Pertanto, non appare opportuno fare capo alle definizioni contenute nel modello di contratto SSIC, quand'anche si possa convenire con le ricorrenti che di principio la direzione del cantiere rappresenta il consorzio attivamente sul cantiere (cfr. anche infra consid. 4.2.3). Piuttosto, occorre basarsi su un'interpretazione dei termini secondo il senso comune in relazione ad eventuali esigenze formulate dal committente nel bando di concorso e/o nella documentazione di gara.

E. 4.2.3

In un caso analogo concernente una procedura di aggiudicazione di USTRA per una commessa edile (sentenza del TAF B-2784/2017 del 5 ottobre 2017), a cui lo stesso committente rinvia in sede di duplice, lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di confrontarsi, tra le altre cose, con l'interpretazione del termine di "Direttore tecnico" e di esprimersi sul senso comune da attribuire a detta nozione secondo la terminologia e la giurisprudenza italiana. In sostanza, il Tribunale ha stabilito che "il "direttore tecnico" non può essere che il "direttore tecnico di cantiere" e non il "direttore / responsabile di progetto (o di commessa) o project manager", figura che assumerebbe l'intera responsabilità per la messa in atto del progetto appaltato [...] e che equivarrebbe così, a ben vedere, alla funzione di "direttore amministrativo" (sentenza B-2784/2017, già citata, consid. 10.2). Questa concezione viene del resto condivisa dalle ricorrenti quando asseriscono che per la nozione di "Direttore tecnico di cantiere" non può che intendersi la figura di "Direttore di cantiere" (replica, n. 21). In particolare, la combinazione di "direttore" con l'attributo "tecnico" mette l'accento sulla funzione "che consiste nel dirigere "la parte pratica dell'esecuzione del lavoro", ossia in concreto l'attività edile nel cantiere oggetto del bando di concorso, svolta in loco per realizzare l'opera data in appalto, e include, in particolare, la guida e la sorveglianza delle maestranze, con l'appoggio dei due capicantiere, nonché il controllo della fedele esecuzione del progetto" (sentenza B-2784/2017, già citata, consid. 10.2 con rinvii).

E. 4.2.4

Quanto alla figura del "Capocantiere", con questo termine si intende letteralmente la persona che sovrintende al lavoro degli operai in un cantiere (<https://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=capocantiere>). Nella giurisprudenza italiana che ha avuto modo di comparare le figure di "direttore tecnico di cantiere" e di

"capocantiere", la prima figura viene assimilata ad un dirigente, mentre la seconda ad un preposto (cfr. sentenze di Cassazione penale italiana [CPI], Sezione 4, n. 14639 del 20 aprile 2021, rispettivamente n. 39606 del 28 giugno 2007, richiamabili dal sito web https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=25384:cassazione-penale,-sez-4,-20-aprile-2021,-n-14639-rischio-di-investimento-durante-le-manovre-dei-mezzi-meccanici-responsabilit%C3%A0-del-direttore-tecnico-di-cantiere-e-dell-escavatorista&catid=17&Itemid=138). Ciò implica che le attività svolte dal direttore tecnico sono collocate su livelli superiori di autonomia e di responsabilità rispetto a quelle del capocantiere (cfr. commento ed estratto della citata sentenza n. 39606 in www.puntosicuro.it/edilizia-C-10/il-direttore-tecnico-ed-il-capocantiere-sono-dirigente-preposto-ai-fini-della-sicurezza-AR-7802/).

E. 4.2.5

Come riportato nel ricorso (n. 42, 86, 115), il committente ha stabilito nella sessione di domande e risposte relative alla precedente procedura d'appalto per i lavori preliminari del progetto EP28 Gentilino-Lamone (ID del progetto 225068), in maniera indicativa e non esaustiva, quali fossero le attività richieste alla figura del "Direttore tecnico di cantiere". Si tratta delle seguenti attività: - Relazioni con il committente (partecipazione a riunioni di cantiere e coordinamento). - Relazioni con la DDL (Direzione Locale dei Lavori) (partecipazione alle riunioni di cantiere). - Istruzioni al Capocantiere per l'esecuzione degli interventi. - Supporto al Capocantiere per controllo sicurezza e qualità. - Allestimento programma lavori e verifica del rispetto delle date cardine. - Gestione delle risorse (personale e macchine) necessarie al rispetto delle scadenze contrattuali dal programma lavori. - Ordinanze dei materiali e verifica delle disponibilità dei materiali in cantiere. - Gestione dei subappaltanti. - Allestimento delle liquidazioni e gestione finanziaria dei lavori previsti. Sulla base di queste indicazioni, l'autorità aggiudicatrice ha specificato in sede di risposta la definizione di "Direttore tecnico di cantiere", sottolineando che detta figura ha, secondo lei, un ruolo dirigenziale e sarebbe solitamente un ingegnere o equivalente, il quale vigila sull'esecuzione dei lavori, interagisce con il proprio Capocantiere, con la Direzione dei lavori e ha una profonda conoscenza di tutti gli aspetti tecnici, tecnologici, amministrativi e organizzativi del cantiere.

E. 4.2.6.1

Visto tutto quanto precede e tenuto conto del modo di impostazione del bando che prevedeva le due distinte figure di "Direttore tecnico di cantiere" e "Capocantiere", l'interpretazione del committente secondo cui, sostanzialmente, il Direttore tecnico di cantiere ha un ruolo dirigenziale, è gerarchicamente superiore al Capocantiere, "vigila sull'esecuzione dei lavori, interagisce con il proprio Capocantiere, con la Direzione dei lavori e ha una profonda conoscenza di tutti gli aspetti tecnici, tecnologici, amministrativi e organizzativi del cantiere", è del tutto sostenibile e del resto viene condivisa espressamente dalle ricorrenti per quanto attiene alla parte riportata in corsivo (replica, n. 144). Un tale approccio si lascia ad ogni modo conciliare non solo con il senso comune del termine "Direttore tecnico di cantiere" (cfr. supra consid. 4.2.3 seg.), ma anche con le attività richieste da USTRA per una simile figura nell'appalto relativo ai lavori preliminari, in particolare riguardo al livello gerarchico superiore rispetto al capocantiere (cfr. supra consid. 4.2.5 "Istruzioni al Capocantiere per l'esecuzione degli interventi").

E. 4.2.6.2

Contrariamente all'assunto delle ricorrenti, USTRA non ha sostenuto che il Direttore tecnico di cantiere svolgerebbe la sua attività dagli uffici amministrativi, ma specificato che egli è una figura di riferimento sul cantiere, conducendo lo stesso dall'alto ma in presenza, con supervisione del Capocantiere. Laddove le ricorrenti, pur consapevoli del rapporto di subordinazione tra le due figure in esame (replica, n. 158 segg.), sostengono in linea generale che il Capocantiere può essere senz'altro la stessa persona del Direttore tecnico di cantiere, visto che le attività sono le stesse, la loro interpretazione non può essere seguita. In primo luogo, essa si scosta dalle prescrizioni del bando nella misura in cui il punto 3.8 del medesimo esigeva concretamente una disponibilità del 50% per il Direttore tecnico di cantiere e dell'80% per il Capocantiere e con ciò due figure distinte. In secondo luogo, pur quanto le attività di queste due figure possano sovrapporsi, va nuovamente evidenziato che in virtù del rapporto di subordinazione i livelli di autonomia e di responsabilità tra i due ruoli sono diversi, il che comporta l'occupazione di due funzioni differenti. In base alle considerazioni esposte, il richiamo delle ricorrenti ad un'altra gara pubblica di USTRA intitolata "N13 RG Centro manutenzione S. Bernardino, Opere da impresario costruttore" in cui nella sessione di domande e risposte sarebbe risultato che il termine utilizzato di "Capocommessa", importato dall'Italia, era errato e da sostituire con "Capocantiere" si rivela infruttuoso e privo di rilievo per il caso di specie. Per quanto invece riguarda il livello formativo della figura del Direttore tecnico di cantiere, un punto in cui le parti dissentono, la questione non necessita di essere ulteriormente approfondita sulla base di quanto precede, tanto più che nel bando e nella documentazione di gara non si trovano esigenze concrete al riguardo.

E. 4.3

Occorre di seguito esaminare se l'autorità aggiudicatrice ha stabilito a ragione che la persona chiave presentata dalle ricorrenti nell'ambito della referenza per il Direttore tecnico di cantiere non adempie il criterio di idoneità CI-2.

E. 4.3.1

Per quanto attiene al criterio di idoneità CI-2 riferito alla persona chiave del Direttore tecnico di cantiere e alla sua referenza, le ricorrenti hanno indicato l'appalto relativo ad un precedente progetto di USTRA intitolato "... " e presentato, quale Direttore tecnico di cantiere, A. _____. La commessa menzionata era stata deliberata al Consorzio L._____, composto tra le altre dalla ricorrente 2 in qualità di capofila e dalle ricorrenti 1 e 4 (pubblicazione SIMAP n. [...] del [...]). Al punto 3.8, il relativo bando di concorso (pubblicazione SIMAP [...] del [...]) richiedeva per il criterio di idoneità riferito alla persona chiave il ruolo di Capocantiere e una referenza eseguita in tale funzione. Secondo la documentazione d'offerta, il ruolo ricoperto da A. _____ nel progetto di referenza era stato descritto come quello di "Capocantiere e sostituto Direttore Tecnico di Cantiere" (Allegato III.2.1.2 offerta delle ricorrenti), mentre la figura di Capocantiere era occupata da B. _____ (doc. 6 della risposta di USTRA; Doc. N allegato al ricorso). La Direzione tecnica nel progetto di referenza era stata invece affidata ai signori C. _____, D. _____ e E. _____ (doc. 7 e 10 allegati alla risposta di USTRA, Doc. N allegato al ricorso).

E. 4.3.2

Nella fase successiva all'aggiudicazione, il 28 giugno 2018, il consorzio interessato ha trasmesso ad USTRA un nuovo organigramma di cantiere per approvazione, chiedendo di sostituire il Capocantiere previamente designato (B. _____) con A. _____, nonché i

sostituti Capocantieri sciolta 1 e sciolta 2 originariamente indicati (A. _____, F. _____) con G. _____ e H. _____ (cfr. doc. 7 allegato alla risposta di USTRA, i nominativi delle persone chiave indicate nell'offerta risultano dal doc. 8 allegato alla risposta di USTRA). Con scritto del 2 agosto 2018 USTRA ha comunicato al Consorzio che la nuova organizzazione proposta non soddisfaceva i criteri del bando e non poteva essere accettata (doc. 8 allegato alla risposta di USTRA). Tuttavia, USTRA ha accolto a titolo provvisorio la proposta del consorzio di mettere alla prova le persone indicate per la stagione lavorativa 2018, prospettando di rilasciare il proprio benessere per gli anni a venire, sempre che gli obiettivi previsti entro fine anno per il cantiere fossero stati raggiunti (idem). Con scritto del 21 dicembre 2018 USTRA ha comunicato di non aver ritenuto adempiuti gli obiettivi necessari per la conferma della proposta del nuovo organigramma, dolendosi che al cantiere fosse mancata la figura fondamentale del Capocantiere conformemente al criterio di idoneità previsto nel bando per questa determinata persona chiave (doc. 9 alla risposta di USTRA). Di conseguenza, USTRA ha chiesto al consorzio di inoltrare un nuovo organigramma (idem). In data 15 gennaio 2019, il consorzio ha sottoposto ad USTRA il nuovo organigramma, riproponendo in particolare B. _____ come Capocantiere e A. _____ come sostituto Capocantiere Sciolta 1, conformemente all'offerta (doc. 10 alla risposta di USTRA).

E. 4.3.3

Secondo la prassi dello scrivente Tribunale, nell'ambito della valutazione dell'idoneità delle referenze proposte per le persone chiave, l'autorità aggiudicatrice può fondarsi sulle proprie conoscenze laddove la referenza portata concerne un suo proprio progetto (cfr. sentenze del TAF B-4941/2020 del 6 aprile 2021 consid. 4.2.4.6, B-487/2020 del 29 ottobre 2020 consid. 5.3.4.2 e B-7208/2014 del 13 marzo 2016 consid. 5.1.2). In effetti, contrasterebbe con i principi della parità di trattamento e dell'economicità escludere categoricamente le referenze relative a progetti dello stesso committente. Oltretutto, le conoscenze specifiche del committente riguardo ad un suo progetto possono rappresentare, a seconda delle circostanze, non solo un vantaggio, ma addirittura andare a scapito dell'offerente che propone una simile referenza (cfr. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, 2018, n. a margine 265 seg. con ulteriori rinvii).

E. 4.3.4

Sulla scorta delle considerazioni suesposte e degli accertamenti esperiti dall'autorità aggiudicatrice nell'ambito della commessa che ella stessa aveva deliberato, si può concludere che nell'oggetto di referenza indicato dalle ricorrenti A. _____ ha funto da sostituto Capocantiere Sciolta 1 e per un periodo limitato da Capocantiere, dunque non da Direttore tecnico di cantiere e nemmeno da sostituto Direttore tecnico di cantiere come indicato nell'offerta (cfr. supra consid. 4.3.1). Le spiegazioni fornite da A. _____ sulla funzione svolta in seno all'oggetto di referenza (Doc. P allegato al ricorso) sono verosimilmente state rilasciate a posteriori ai fini del presente procedimento (Doc. P, "Reputo una Ns. replica/presa di posizione necessaria"). Esse costituiscono una semplice allegazione difensiva di parte priva di un qualsivoglia valore probatorio e non possono essere considerate (cfr. sentenza del TAF B-2784/2017 consid. 10.3, già citata). Inoltre, dallo scambio di e-mail tra A. _____ e alcune imprese nel progetto di referenza (Doc. O allegato al ricorso), dal riassunto esecutivo dello stesso progetto (allegato Y alla replica) e dai verbali delle riunioni di cantiere (allegato Y1 alla replica) non emergono indizi da cui desumere che la persona proposta dalle ricorrenti abbia ricoperto il ruolo di Direttore

tecnico di cantiere. In particolare, è ravvisabile che un membro della Direzione tecnica, C. _____, viene sempre indicato nei verbali quale partecipante o assente scusato a dette riunioni di cantiere. Pertanto, la tesi del committente secondo cui la persona menzionata (C.) rivestisse un ruolo tecnico e non meramente amministrativo può essere ritenuta difendibile. Ne segue che la partecipazione di A. _____ alle riunioni di cantiere non può essere intesa in qualità di Direttore tecnico di cantiere, bensì nel ruolo di Capocantiere per un periodo di prova di circa quattro mesi e, per il rimanente, di sostituto Capocantiere Sciolta 1. Considerata la concreta imposizione del bando che prevedeva due persone chiave distinte su due livelli gerarchici differenti (Direttore tecnico di cantiere e Capocantiere), è indubbio che la funzione di Capocantiere o sostituto Capocantiere non può essere reputata una funzione equivalente a quella di Direttore tecnico di cantiere. Infine, le critiche delle ricorrenti circa una presunta contraddizione tra l'asserzione del committente secondo cui la nozione di "funzione equivalente" sarebbe "pensata per quei casi in cui altri committenti utilizzano, su territorio elvetico ma soprattutto all'estero, una diversa terminologia", e il "Manuale Appalti pubblici Strade nazionali USTRA" sono ininfluenti ai fini della vertenza. Come si evince da tutte le considerazioni suesposte, USTRA ha ampiamente analizzato le concrete attività svolte dalla persona chiave proposta dalle ricorrenti e in base alle risultanze ottenute non le ha a ragione ritenute equivalenti a quelle previste per la funzione di Direttore tecnico di cantiere o del suo sostituto.

E. 4.3.5

In sunto, nella misura in cui USTRA è la stessa stazione appaltante della referenza proposta dalle ricorrenti, non è censurabile e rientra nei limiti del potere d'apprezzamento riconosciuto al committente in questo ambito che egli, sulla base delle proprie conoscenze e delle informazioni al riguardo, abbia ritenuto che la persona chiave indicata dalle ricorrenti per la figura del Direttore tecnico di cantiere non avesse svolto il ruolo richiesto nell'oggetto di referenza e perciò non adempisse il criterio di idoneità CI-2 "persona chiave, referenza". L'analisi esperita dal committente circa le concrete attività svolte dalla persona chiave proposta nell'ambito dell'oggetto di referenza indicato non risulta pertanto né lacunosa né incompleta. Alla luce di tutte le considerazioni suesposte, la censura relativa all'accertamento inesatto dei fatti si rivela infondata.

E. 4.4

Le ricorrenti rimproverano all'autorità aggiudicatrice di aver violato il principio della trasparenza. Secondo loro, nonostante USTRA fosse perfettamente al corrente dei compiti eseguiti dalla persona chiave da loro indicata, esso avrebbe omesso di richiedere alle ricorrenti di fornire delle indicazioni specifiche sui compiti da lei eseguiti, nonché di indicare, come sarebbe parso in sede di debriefing, quali fossero le funzioni che il Direttore tecnico di cantiere o il suo sostituto dovrebbero svolgere. In considerazione della comunicazione del criterio di idoneità riferito alla persona chiave e alla referenza del Direttore tecnico di cantiere secondo il punto 3.8 del bando (cfr. supra consid. 4.1.2), tenuto conto dell'interpretazione attribuibile secondo il senso comune ai termini "Direttore tecnico di cantiere" e "Capocantiere" (cfr. supra consid. 4.2.3 seg.), nonché delle indicazioni sulle attività richieste ad un Direttore tecnico di cantiere formulate nella sessione di domande e risposte in un appalto precedente dello stesso USTRA (cfr. consid. 4.2.5), non si riscontrano indizi che inducano a ritenere che il principio della trasparenza sia stato violato nel caso di specie. Su un eventuale obbligo di USTRA di domandare informazioni si dirà al consid. 4.5.2.

E. 4.5

Di seguito occorre ancora soffermarsi sulla censura con cui le ricorrenti ritengono che la decisione di esclusione violi il principio della proporzionalità. A loro avviso, il vizio riscontrato non sarebbe tale da considerare il consorzio ricorrente non idoneo dal profilo tecnico ad eseguire la commessa, poiché la persona chiave proposta sarebbe di fatto formalmente in grado di svolgere il ruolo di Direttore tecnico di cantiere nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto.

E. 4.5.1

I criteri di idoneità permettono al committente di valutare le capacità finanziarie, economiche, tecniche ed organizzative degli offerenti e di operare la selezione solo tra quelli che sono effettivamente in grado di eseguire la commessa garantendo la qualità auspicata (cfr. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, op. cit., n. 555). Oltre ad essere stabiliti in funzione della prestazione da aggiudicare, essi rappresentano criteri quantificabili, il cui mancato adempimento comporta di principio l'esclusione (DTF 141 II 353 consid. 7.1, 139 II 489 consid. 2.2.4). Quest'ultima si giustifica tuttavia unicamente quando l'inadempienza riveste una certa gravità, in quanto, in caso di lievi inosservanze, sarebbe sproporzionato escludere l'offerente dalla procedura (cfr. supra consid. 3.2 con rinvii). Si tratta di una lieve inosservanza nel caso di un errore formale o dell'assenza di un documento, la cui omissione risulta evidentemente da una svista. In queste situazioni l'offerente interessato deve essere invitato a rimediare al vizio. Di contro, deve essere escluso quell'offerente che non propone le persone chiave che rispondano alle aspettative minime dell'ente aggiudicante che figurano nel bando di concorso, poiché le capacità tecniche non sono sufficienti (cfr. sentenze del TAF B-4473/2022 del 3 aprile 2023 consid. 7.2 - non ancora cresciuta in giudicato, B-7337/2010 del 15 aprile 2011 consid. 12.2 e B-8062/2010 del 15 aprile 2011 consid. 14.2; Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation*, in: *Marchés publics 2018*, Zufferey/Beyeler/Scherler [ed.], 2017, pag. 271 segg., n. a piè di pagina 29).

E. 4.5.2

Prima di tutto va di nuovo rimarcato che nel bando di concorso erano indicati i requisiti minimi richiesti per la persona chiave del Direttore tecnico di cantiere, ossia, per quanto sia rilevante nel caso in esame, una referenza quale Direttore tecnico di cantiere, sostituto Direttore tecnico di cantiere o funzione equivalente, in caso contrario l'offerta avrebbe potuto essere ritenuta non idonea. Come si è visto nei considerandi precedenti, nella referenza proposta dalle ricorrenti, la persona indicata non ha svolto la funzione di Direttore tecnico di cantiere, del suo sostituto o una funzione equivalente, bensì prevalentemente quella di un sostituto Capocantiere e in parte quella di Capocantiere, una figura che secondo il senso comune del termine e in virtù dell'impostazione del bando è gerarchicamente inferiore a quella di Direttore tecnico di cantiere. La referenza non soddisfa dunque un requisito minimo richiesto dal bando di concorso. Questa mancanza non è assimilabile ad un semplice errore di forma o ad una svista, bensì riveste un peso considerevole. In più, come già segnalato precedentemente, la referenza proposta dalle ricorrenti riguarda una commessa appaltata dallo stesso USTRA e in virtù delle informazioni e conoscenze acquisite in prima persona sull'oggetto indicato (cfr. consid. 4.3.1 segg.) USTRA non era tenuta a chiedere alle ricorrenti di fornire indicazioni specifiche sulle attività eseguite dalla persona chiave proposta. Pertanto, non è ravvisabile alcun formalismo eccessivo o una violazione del principio della proporzionalità e l'autorità aggiudicatrice ha estromesso

l'offerta delle ricorrenti a giusto titolo dalla gara.

E. 4.6

Infine, occorre ancora valutare la censura secondo la quale l'autorità aggiudicatrice avrebbe violato il principio della parità di trattamento. A tale proposito, le ricorrenti segnalano che sul medesimo comparto "N2 EP28 Gentilino-Lamone" il committente avrebbe formulato, secondo loro in assenza di basi oggettive, il criterio di idoneità CI-2 riferito alla "Persona chiave, referenza" per tre lotti distinti non sempre in modo uguale, commettendo una grave disparità di trattamento.

E. 4.6.1

In concreto, per la persona chiave del Direttore tecnico di cantiere il committente ha richiesto nel presente progetto, nonché nel progetto "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Lotto 101 opere genio civile, lavori preliminari" (pubblicazione SIMAP n. 1212619, ID del progetto 225068) una referenza quale Direttore tecnico di cantiere, sostituto Direttore tecnico di cantiere o funzione equivalente, mentre nel progetto "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Lotto 202 opere genio civile lavori principali" (pubblicazione SIMAP n. 1274819, ID del progetto 241263) una referenza quale Capocantieri, sostituto Capocantieri o funzione equivalente. Contrariamente all'assunto delle ricorrenti nel loro scritto del 17 ottobre 2023, il bando di concorso per i lavori preliminari del progetto EP28 Gentilino-Lamone (Lotto 101) non imponeva dunque alla persona chiave del Direttore tecnico di cantiere una referenza quale Capocantieri, sostituto Capocantieri o funzione equivalente, bensì quale Direttore tecnico di cantiere, sostituto Capocantieri o funzione equivalente (cfr. pubblicazione SIMAP n. 1212619).

E. 4.6.2

Conformemente alla prassi, non si può dedurre un obbligo generale del committente di impostare le condizioni di gara sempre in modo uguale per ogni ulteriore concorso in riferimento a mandati dello stesso tipo, ad esempio per commesse edili. Anzi, è comprensibile che nell'ambito dell'assegnazione di mandati per commesse simili o addirittura identiche l'impostazione delle condizioni di gara possa variare a seconda delle esigenze e dei fabbisogni che si presentano nella concreta procedura d'acquisto sia in rapporto al tipo di oggetto sia in rapporto al tipo di offerente richiesto (cfr. sentenza del TAF B-6626/2016 del 30 agosto 2017 consid. 5). È dunque comprensibile che nella lista degli appalti di USTRA stilata dalle ricorrenti nella replica (n. 164) il committente abbia definito le persone chiave per ogni commessa sulla base dell'importanza del cantiere e delle necessità del momento. Questo ha poco o nulla da vedere con una presunta incoerenza nella terminologia delle persone chiave, come invece vorrebbero far credere le ricorrenti.

E. 4.6.3

In riferimento alla definizione del criterio di idoneità della persona chiave nel progetto "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Lotto 202 opere genio civile lavori principali" il committente ha evidenziato in sede di duplice che dal punto di vista tecnico il progetto è meno complesso di quello in esame e le lavorazioni, se pure ingenti a livello numerico, possono essere considerate usuali per i cantieri di USTRA. Per questo motivo, continua il committente, era stato stabilito che il Direttore tecnico di cantiere in quell'appalto potesse portare referenze quale Capocantieri o sostituto Capocantieri e che l'asticella delle esigenze in merito al criterio di idoneità della persona chiave potesse essere abbassata, segnatamente ammettendo oggetti di referenze riferiti anche alla strada cantonale e non solo alle autostrade. Il

committente reputa che la commessa in esame sia di una certa complessità, la quale consisterebbe in particolare nella costruzione di un muro di 12 metri di altezza massima con fondazioni su pali trivellati, da edificare con l'autostrada in esercizio. Quest'ultimo aspetto risulta del resto dal bando di concorso (cfr. punto 4.6.1). Per questo motivo, USTRA ha giudicato importante che una figura centrale come il Direttore tecnico di cantiere avesse una determinata esperienza e che nella referenza richiesta la persona chiave ricoprisse la funzione corrispondente.

E. 4.6.4

Amnesso che i differenti concorsi menzionati possano essere ritenuti comparabili, le argomentazioni del committente accentuano le divergenze tra i requisiti del presente bando di concorso e di quello riferito al Lotto 202 e illustrano in maniera plausibile i motivi che hanno condotto ad una differenza nell'impostazione dei due bandi di concorso circa la definizione dei requisiti minimi per la persona chiave. Pertanto, anche sulla scorta della prassi poc'anzi menzionata, l'esigenza di diverse impostazioni dei bandi di concorso è sorretta da ragioni oggettive e sostenibili che le argomentazioni ricorsuali non permettono di sconfiggere. In particolare, dall'asserzione (ricorso n. 118 segg.), peraltro non documentata, che nell'appalto "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Lotto 101 opere genio civile, lavori preliminari" il committente abbia amnesso la persona chiave di Direttore tecnico di cantiere proposta dall'aggiudicatario con una referenza quale sostituto Capocantiere, esse non possono trarre alcuna conseguenza sull'ammissibilità della referenza da loro presentata per il presente appalto, tenuto conto dei condivisibili accertamenti espletati in concreto dal committente a tale riguardo (cfr. consid. 4.3.1 segg.).

E. 4.6.5

Ne segue che la censura relativa alla violazione del principio della parità di trattamento risulta destituita di fondamento.

E. 5

In definitiva, le ricorrenti sono state escluse a giusto titolo dalla gara per mancato adempimento del criterio di idoneità CI-2, in quanto la persona chiave da loro proposta come Direttore tecnico di cantiere non ha svolto questo ruolo o una funzione equivalente nella referenza presentata. Vista la conferma della decisione di escludere le ricorrenti dal concorso, la commessa non può più in ogni caso essere attribuita in loro favore. Per questo motivo, avendo le ricorrenti contestato solo la propria esclusione e non avendo le medesime richiesto una nuova messa a concorso del mandato in oggetto, non è più necessario chinarsi ulteriormente sulle censure in relazione alla decisione di aggiudicazione (cfr. consid. 2.4; v. anche sentenza del TAF B-2431/2020 del 7 settembre 2020 consid. 1.7 e 7.1 seg.).

E. 6.1

Secondo la prassi dello scrivente Tribunale resa in applicazione della legislazione in materia di appalti pubblici in vigore fino al 31 dicembre 2020, a cui si può ancora rimandare (cfr. Micha Bühler, Handkommentar, op. cit., n. 18 ad art. 57 LAPub), 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 (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 6.1). Fintanto che non sussistono interessi preponderanti a mantenere la segretezza dei dati, possono essere messi a disposizione delle ricorrenti quei

documenti del committente che hanno influenzato o potrebbero influenzare la decisione e possono essere pertinenti ai fini della valutazione della decisione (cfr. DTF 125 II 473 consid. 4c/cc, pag. 478; cfr. anche la decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 5 dicembre 2012 consid. 3 con ulteriori rinvii). Di principio, sotto riserva del benessere degli offerenti interessati, non sussiste un diritto alla libera consultazione delle offerte dei concorrenti (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 5). Inoltre, le informazioni riguardanti gli altri offerenti devono essere trattate in maniera confidenziale e non sono di principio contemplate dal diritto di esaminare gli atti. Nell'ambito dell'impugnazione di un'estromissione dalla gara lo scrivente Tribunale ha stabilito che gli atti che sarebbero rilevanti solo in riferimento alla valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione non possono fare l'oggetto dell'esame degli atti nel quadro dell'esame della legittimità di un'esclusione (decisione incidentale del TAF B-1774/2006 del 13 marzo 2007, pubblicata in estratto in DTAF 2007/13, consid. 7.2 non pubblicato). Nella misura in cui una parte non ha o non le viene concesso l'accesso agli atti, il Tribunale deve accertarsi d'ufficio che i documenti in parte occultati o non messi a disposizione non nascondano indizi che lascino concludere ad una valutazione avversa alla parità di trattamento o altrimenti erronea dal punto di vista giuridico (sentenze del TAF B-3204/2020 del 23 dicembre 2020 consid. 5.1 e B-1662/2020 dell'8 giugno 2020 consid. 3.4).

E. 6.2

Alla questione litigiosa di sapere se l'offerta delle ricorrenti adempie i requisiti del bando di concorso, in particolare del criterio di idoneità CI-2 inerente alla referenza della persona chiave, si è potuto rispondere in primo luogo consultando il bando di concorso, gli estratti dell'offerta delle ricorrenti, nonché le comparse delle ricorrenti e del committente, compresi gli allegati. Le ricorrenti hanno potuto visionare una versione degli atti di gara destinata al loro uso, in particolare la valutazione della loro offerta e quella delle aggiudicatarie per quanto riguarda i criteri di idoneità. Visti l'esito del procedimento e la prassi poc'anzi citata in merito all'edizione delle offerte e di documenti concernenti altri concorrenti estranei alla procedura di ricorso, non è più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già predisposto nella fase di istruzione. Ne segue che le richieste di edizione dell'offerta delle aggiudicatarie, nonché dei chiarimenti d'offerta con il consorzio aggiudicatario e il terzo offerente sono da respingere. Quanto ai citati chiarimenti d'offerta, lo scrivente Tribunale ha del resto avuto modo di verificare che essi non hanno alcun nesso con le contestazioni ricorsuali e sono dunque irrilevanti ai fini della presente vertenza.

E. 7

La concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare mediante ordinanza del 19 maggio 2023, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

E. 8.1

Le ricorrenti, soccombenti, devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed i disborso (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, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 25'000.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato in data 30 maggio 2023, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza. L'ulteriore importo di fr. 25'000.- versato in eccedenza in data 26 giugno 2023 viene restituito.

E. 8.2.1

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

E. 8.2.2

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. 8.2.3

Le controparti si rivelano certo parte vincente, ma non avendo esercitato attivamente i loro diritti di parte, non hanno diritto ad alcuna indennità.

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