

BVGer B-3563/2016 vom 22. September 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-09-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3563_2016

FR: TAF B-3563/2016 du 22 septembre 2016

IT: TAF B-3563/2016 del 22 settembre 2016

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 del committente aventi come oggetto il bando di concorso è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. b i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub; RS 172.056.1]).

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.

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 EP08 Piottino 2 (ÜMa), Progettazione fase MP/DP" (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). Secondo

la descrizione dettagliata dei compiti riportata alla cifra 2.5 del bando di concorso, le attività previste dal mandato in questione riguardano, da un lato, la progettazione di opere di manutenzione di parte dei manufatti e di tracciato all'aperto e, dall'altro, opere di trasformazione per il risanamento fonico nella tratta tra Faido e Chiggiogna e nella tratta tra Prato Leventina e Quinto (cfr. per i dettagli l'intero punto 2.5 del bando di concorso). Al punto 2.4 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alla categoria 71300000 "Servizi di ingegneria" secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV), la quale, a sua volta, trova 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

Atteso che il valore stimato della commessa supera l'importo di fr. 230'000.-, come si evince dallo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 9 giugno 2016, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. b dell'ordinanza del 23 novembre 2015 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR] sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2016 e 2017, RS 172.056.12).

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

Di principio, la legittimazione ad insurgere contro il bando di concorso è riconosciuta soltanto ai potenziali concorrenti e fornitori della prestazione in questione, in quanto solo essi hanno un interesse ad ottenere l'appalto (DTAF 2009/17 consid. 3.2); oltre a loro sono legittimati a ricorrere, di regola, solo quei partecipanti al mercato che fanno valere che il bando di concorso li escluda in modo illecito dall'acquisto (DTAF 2009/17 consid. 3.2; cfr. anche DTAF 2008/60 consid. 1.3). In considerazione del fatto che la commessa in esame ha come oggetto prestazioni di servizi di ingegneria e che il ricorrente è titolare di uno studio di ingegneria, egli è apparentemente abilitato a partecipare alla gara e di conseguenza legittimato a ricorrere, a maggior ragione se si considera che il ricorrente, invocando, tra l'altro, la preimplicazione delle ditte menzionate nel bando di concorso, vede restringersi le sue probabilità di ottenere l'appalto. Nel quadro dell'impugnabilità del bando di concorso, la cosiddetta "formelle Beschwer", vale a dire la condizione che il ricorrente deve aver partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo, non ha un ruolo di rilievo, poiché il bando di concorso rappresenta solo l'inizio della procedura di aggiudicazione (DTAF 2009/17 consid. 2). Nel caso di specie, il ricorrente ha comunicato di aver nel frattempo inoltrato un'offerta.

E. 1.4

L'impugnazione del bando di concorso del 20 maggio 2016 con ricorso del 6 giugno 2016 è avvenuta tempestivamente (art. 30 LAPub in relazione all'art. 22a cpv. 1 lett. a PA), i requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e i rispettivi

patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

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. 1.6

La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla PA fintanto che la LAPub e la legge federale sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 26 cpv. 1 e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

E. 2.1

Prima di tutto, lo scopo che il ricorrente si prefigge di conseguire con la proposizione del suo gravame consiste nel modificare o correggere la presunta comune prassi del committente che egli trova illegale, in quanto volta ad assegnare sempre alle stesse ditte le delibere in qualità di supporto al committente (BHU) e successivamente, una volta che queste ultime hanno avuto accesso ad informazioni riservate, di permettere loro di partecipare a gare pubbliche per l'aggiudicazione di mandati esecutivi. Riferendosi al caso concreto, il ricorrente ritiene evidente che la ditta Y. _____, che nell'ambito della presente gara funge da BHU, partecipando attivamente alla valutazione delle offerte e preparando la decisione di delibera, ha allo stesso tempo l'occasione di aggiudicarsi appalti quale deliberataria esecutrice, sola o unita in consorzio con altre ditte per altri lotti terminati o in corso. Se le ditte consorziate con la Y. _____ dovessero partecipare al presente concorso, le persone fisiche della medesima che fanno da supporto al committente non disporrebbero della necessaria indipendenza. Per questo motivo, il ricorrente propone una ripubblicazione del bando, nel senso di escludere dalla gara già dal principio tutte le ditte consorziate alla Y. _____ che stanno attualmente lavorando con il committente, avendo ottenuto da quest'ultimo mandati negli ultimi tre anni oppure che non si consenta alla suddetta ditta che si occupa della BHU di partecipare anche soltanto indirettamente alla valutazione delle offerte ed alla preparazione della decisione di aggiudicazione. Egli fonda la sua proposta sulla disposizione di cui all'art. 10 PA. Contestualmente a ciò, il ricorrente chiede che vengano escluse dalla gara anche tutte quelle ditte che hanno funto da consulente BHU alla committenza per gli ultimi tre anni in progetti analoghi. A mente del ricorrente, l'esclusione da lui auspicata permette di ossequiare il principio della parità di trattamento e della trasparenza e di far fronte allo scopo della legislazione in materia di acquisti pubblici di promuovere un'efficace e libera concorrenza.

E. 2.2

L'autorità aggiudicatrice respinge integralmente le proposte del ricorrente come pure le violazioni delle norme in materia di ricusazione da lui asserite. A suo avviso, le censure circa una presunta prevenzione della Y. _____ sono da rigettare in quanto premature, non essendo ancora noti i nominativi dei partecipanti al presente concorso, senza contare che in principio, come del resto avvenuto nel caso di specie, la ditta a cui viene attribuito il mandato di supporto al committente viene sistematicamente esclusa dal concorso e dagli acquisti ad esso connessi. Del resto, un'esclusione sistematica di tutte le ditte che hanno ottenuto la delibera di supporto al committente negli ultimi tre anni da tutte le gare di

USTRA sia per prestazioni di BHU che per altri mandati esecutivi sarebbe impensabile poiché suscettibile di ridurre la concorrenza in modo drastico in un mercato già ristretto in termini di ramo e luogo. L'autorità aggiudicatrice sottolinea come il ruolo di supporto al committente vada relativizzato già a livello generale, nella misura in cui la ditta che svolge un simile mandato non disporrebbe di alcun potere decisionale. Nel caso concreto, poi, la committenza avrebbe deciso che la valutazione delle offerte verrà operata esclusivamente dai propri dipendenti. In aggiunta a ciò, al fine di garantire l'imparzialità dei componenti del gruppo di valutazione, l'autorità aggiudicatrice puntualizza che per prassi suole far sottoscrivere ai componenti del gruppo di valutazione una dichiarazione di imparzialità. A titolo addizionale, ella rileva come i mandati di supporto al committente vengano attribuiti tramite la procedura libera dimodoché la partecipazione è aperta a tutte le ditte interessate e, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, simili appalti non verrebbero assegnati sempre alle stesse ditte, come del resto sarebbe evincibile dalla tabella, allegata alla risposta e destinata ad uso esclusivo del Tribunale, concernente gli appalti aggiudicati negli ultimi tre anni in materia di BHU.

E. 2.3.1

Le persone che collaborano nell'ambito di una procedura di aggiudicazione in materia di acquisti pubblici della Confederazione devono ossequiare l'obbligo di ricusazione. Le norme di ricusazione del diritto generale di procedura (l'art. 26 cpv. 1 LAPub in combinato disposto con l'art. 10 PA) si applicano in linea di massima anche ai committenti pubblici. Nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici l'obbligo di ricusazione serve a mettere in atto in modo immediato il principio della parità di trattamento e del divieto d'arbitrio (Peter Hänni/Andreas Stöckli, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, n. a margine 773; Peter Hänni/Marco Scruzzi, *Zur Ausstandspflicht im Rahmen des Submissionsverfahrens*, *Baurecht [BR]* 1999 p. 135; Christoph Jäger, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2013, n. a margine 125). Inoltre, l'obiettivo della concorrenza efficace risulta compromesso se alla procedura di acquisto collaborano persone che hanno un interesse personale alla decisione (Hänni/Stöckli, op. cit. 773 con rinvii). L'obbligo di ricusarsi serve ad impedire concentrazioni di poteri problematiche, a prevenire conflitti di interessi e a preservare le procedure di acquisti pubblici dall'influsso di interessi non pertinenti (Hänni/Stöckli, op. cit. 773 con rinvii). Non solo i membri del committente possono esporsi al rischio di concentrazioni di poteri problematiche o di conflitti di interessi nel quadro di una gara pubblica, bensì anche privati che collaborano alla preparazione delle decisioni di aggiudicazione, come ad esempio studi di architettura, pianificazione e ingegneria (Hänni/Scruzzi, op. cit., p. 135 seg.; cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale amministrativo del Canton Turgovia in: *BR* 2016, p. 44). Nella dottrina suddetti privati sono considerati come assistenti o consulenti dell'ente amministrativo appaltante ("Verwaltungshelfer"; cfr. Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n. a margine 1069). Il ruolo di consulenti esterni privati è particolarmente delicato laddove, in virtù delle loro nozioni specialistiche elevate, il loro supporto si estende fino a eventuali comunicazioni con gli offerenti e alla valutazione delle offerte, di modo che, di fatto, possono essere assimilabili ad un'istanza decisionale (Hänni/Scruzzi, op. cit., p. 135 seg.). Per questo motivo è necessario che suddetti consulenti esterni siano assolutamente indipendenti dai partecipanti alla procedura di acquisti pubblici.

E. 2.3.2

Mediante la legge federale del 6 ottobre 2006 sulla nuova impostazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni, in vigore a far tempo dal 1° gennaio 2008 (RU 2007 5779 5817; FF 2005 5349) sono stati, tra l'altro, chiariti i ruoli e le competenze della Confederazione e dei Cantoni nell'ambito delle strade nazionali. In seguito ai nuovi ordinamenti, la legge federale sulle strade nazionali dell'8 marzo 1960 (LSN, RS 725.11) e la relativa ordinanza del 18 dicembre 1995, sostituita con quella del 7 novembre 2007 (OSN, RS. 725.111), sono state adattate. Dal 1° gennaio 2008 la Confederazione ha rilevato dai Cantoni la competenza per la costruzione di nuove strade nazionali e la sistemazione di quelle esistenti (art. 40a lett. b LSN). In questo settore trova applicazione il diritto federale in materia di acquisti pubblici e l'USTRA è l'ufficio federale competente. Ai Cantoni è invece affidato il completamento della rete delle strade nazionali (art. 40a lett. a LSN) e le relative commesse pubbliche sono disciplinate dal diritto cantonale sotto l'alta vigilanza della Confederazione (art. 54 cpv. 1 LSN). La Confederazione è competente per la manutenzione e l'esercizio delle strade nazionali (art. 49 cpv. 1 LSN). Essa conclude con i Cantoni o con enti da essi costituiti accordi sulle prestazioni concernenti l'esecuzione della manutenzione corrente e degli interventi di manutenzione edile esenti da progettazione (art. 49 cpv. 2, prima frase LSN). Se per determinate unità territoriali nessun Cantone o nessun ente è disposto a concludere un accordo sulle prestazioni, la Confederazione può affidare l'esecuzione a terzi (art. 49 cpv. 2, seconda frase LSN). Se l'esercizio viene affidato a terzi per mancato interesse da parte dei Cantoni, il diritto sugli acquisti della Confederazione si applica a pieno titolo e l'USTRA ha il compito di assegnare il mandato (Messaggio concernente la legislazione esecutiva della nuova impostazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni [NPC] del 7 settembre 2005, FF 2005 5470 seg.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 31 ss.). L'autorità aggiudicatrice rimanda in via generica al summenzionato Messaggio di legge relativo alla NPC, deducendo da quest'ultimo la possibilità del committente di delegare a terzi i compiti delegabili, segnatamente i compiti di BHU. Orbene, visto quanto precede, le modifiche intervenute alla LSN per conseguenza della NPC disciplinano soltanto la competenza di USTRA per la costruzione di nuove strade nazionali e la sistemazione di quelle esistenti, precisamente per l'esercizio e la manutenzione delle strade nazionali. Per contro, la possibilità dell'esternalizzazione, anche detta outsourcing, di prestazioni della Confederazione a terzi può trovare nell'art. 49 cpv. 2 LSN una base legale sufficiente, ma unicamente per quanto attiene alle prestazioni concernenti l'esecuzione della manutenzione corrente e degli interventi di manutenzione edile esenti da progettazione. Come già visto, nel caso delle prestazioni di supporto al committente (BHU) si tratta più che altro di una prestazione di servizi e l'esternalizzazione di simili prestazioni a terzi non è espressamente contemplata nella LSN, ma può essere semplicemente desunta dal principio generale in materia di acquisti pubblici secondo cui USTRA, in virtù della propria competenza nel condurre le procedure di aggiudicazione nell'ambito delle strade nazionali, è libero di fare capo a consulenti esterni (cfr. consid. 2.3.1). Le disposizioni in materia di ricusa e/o di preimplicazione fungono eventualmente da correttivo nel caso di conflitti di interesse. A titolo marginale si indica che il conferimento delle prestazioni di BHU a privati è stato al centro di pesanti critiche nella stampa d'oltralpe (cfr. ""Vergabewillkür im Strassenamt" in Tagesanzeiger del 19 maggio 2015, "Zu wenig Fachkompetenz kostet Millionen" in Neue Zürcher Zeitung del 17 aprile 2014). Dopo che il Consiglio federale aveva chiesto

all'USTRA di fornire informazioni precise in seguito all'articolo apparso il 17 aprile 2014 nella NZZ, quest'ultimo aveva dichiarato che, conformemente alle indagini esperite, sarebbe stato necessario assumere attorno ai 200 nuovi ingegneri per poter rinunciare ad affidare a ditte esterne i mandati di BHU (cfr. l'articolo "Strassenplaner auf Abwegen" in Neue Zürcher Zeitung del 24 ottobre 2014).

E. 2.3.3

Dalle allegazioni suesposte è infine deducibile che se, come nel caso che ci riguarda, la persona di cui si presume l'imparzialità collabora alla gara pubblica nella funzione di supporto al committente senza tuttavia poter partecipare al concorso in qualità di offerente, eventuali conflitti di interesse e motivi di prevenzione sono esaminati nell'ottica dell'obbligo di ricasazione di cui all'art. 10 cpv. 1 PA (Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, in BR 2011, p. 4 segg.; Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zurigo-Basilea-Ginevra 2016, n. 69).

E. 2.4.1

In linea di massima, i partecipanti ad una gara pubblica (offerenti) hanno diritto alla valutazione delle loro offerte da parte di un'autorità aggiudicatrice indipendente ed imparziale e le norme di ricusa del diritto generale di procedura sono applicabili anche ai committenti pubblici (art. 29 cpv. 1 Cost, art. 26 cpv. 1 LAPub in combinato disposto con l'art. 10 PA, Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 1071). Le regole sulla ricusa dei giudici non sono senz'altro trasferibili alla procedura di aggiudicazione (ResNyffenegger/Hans Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, BVR 2004, pag. 54 seg., vedi anche DTF 137 II 431 consid. 5.2). Nell'interesse di una giurisprudenza efficace e al fine di non svuotare del suo senso la regolamentazione delle competenze, un motivo di ricasazione non deve essere ammesso alla leggera (cfr. DTF 137 II 431 consid. 5.2; decisione incidentale del TAF B-5452/2015 del 3 febbraio 2016 consid. 4.1.2 e la prassi ivi menzionata).

E. 2.4.2

Le persone, cui spetti di prendere o preparare la decisione, devono ricasarsi se hanno un interesse personale nella causa (art. 10 cpv. 1 lett. a PA) oppure se possono avere per altri motivi una prevenzione nella causa (art. 10 cpv. 1 lett. d PA). Un interesse personale giusta l'art. 10 cpv. 1 lett. a PA è dato se il membro dell'autorità che si è occupato dell'affare è coinvolto in maniera diretta o indiretta. Si tratta di coinvolgimento diretto se egli ha un interesse personale immediato all'esito della procedura, ossia se la decisione presa gli procura direttamente un vantaggio o uno svantaggio. Il coinvolgimento del membro dell'autorità è invece indiretto se la sua sfera di interessi privata è sensibilmente toccata dall'esito della procedura (decisione incidentale del TAF B-5452/2015 consid. 4.1.3 e la prassi ivi menzionata). L'art. 10 cpv. 1 lett. d PA è concepito come una cosiddetta clausola generale ("Auffangstatbestand", "clause générale"), per cui gli "altri motivi" di prevenzione sono da determinare secondo le circostanze concrete del singolo caso. I suddetti "altri motivi" sono dati quando sussistono circostanze suscettibili di giustificare in modo oggettivo eventuali dubbi sull'imparzialità ed obiettività della persona in questione. I sentimenti soggettivi della parte che fa valere un motivo di ricasazione non contano (DTF 134 I 20 consid. 4.2), né tantomeno la circostanza che la persona coinvolta sia effettivamente prevenuta oppure che sussistano addirittura indizi atti ad affermare un'imparzialità effettiva (DTF 137 II 431 consid. 5.2, 119 V 456). Per giustificare un motivo di ricasazione bastano già circostanze concrete idonee a suscitare l'apparenza di una

prevenzione e a far sorgere un rischio di parzialità e di conflitti di interessi (decisioni incidentali del TAF B 5452/2015 consid. 4.1.4 e B-804/2014 del 16 aprile 2014 consid. 5.3). Il concorso di circostanze differenti che, prese individualmente, non presentano un grado di intensità sufficiente a motivare un obbligo di riconsuazione può destare il sospetto dell'imparzialità (idem). La parvenza di prevenzione può essere destata in particolare da interessi economici, sia sotto forma di una stretta relazione economica (per esempio un rapporto di lavoro o altre relazioni d'affari) oppure nell'ambito di un rapporto di concorrenza, a condizione che motivi oggettivi alludano ad una certa intensità (decisioni incidentali del TAF B-5452/2015 consid. 4.1.4 e B-804/2014 consid. 5.3).

E. 2.4.3

Per prassi costante, l'obbligo di riconsuazione non si impone soltanto a chi è chiamato a rendere o preparare la decisione, ma il divieto di collaborare si estende a tutte le persone che possono aver influenzato la realizzazione dell'atto amministrativo, segnatamente anche il collaboratore scientifico o il verbalista con voto consultivo. In questo modo è possibile prendere in considerazione l'influsso di fatto che tali persone esercitano sul contenuto di una decisione (decisioni incidentali del TAFB-5452/2015 consid. 4.1.5 e B-804/2014 consid. 5.4; DTF 119 V 456 consid. 5a).

E. 2.4.4

Secondo una giurisprudenza consolidata, la parte che invoca un motivo sicuro o presunto di riconsuazione deve farlo il più presto possibile, vale a dire non appena ne sia venuto a conoscenza. È in effetti contrario al principio della buona fede e del divieto di abuso di diritto (art. 5 cpv. 3 Cost.) sollevare simili censure soltanto nella procedura di ricorso quando un simile vizio avrebbe già potuto essere accertato e invocato prima. Chi non fa valere immediatamente un tale vizio non appena ne è venuto a conoscenza preclude il diritto di far valere una presunta violazione delle norme relative alla riconsuazione in un procedimento successivo (DTF 138 I 1 consid. 22, decisioni incidentali del TAF B-5452/2015 consid. 4.1.6 e B-804/2014 consid. 5.5). Ciò posto, i motivi di riconsuazione possono ancora essere invocati nella procedura di ricorso se il ricorrente non ne ha avuto previa conoscenza o se è stato impedito a prevalersene per altri motivi che non dipendono da lui (idem).

E. 2.4.5

Nell'evenienza in cui il Tribunale giunge alla conclusione che il motivo di riconsuazione invocato è giustificato, non solo incombe il rischio di un annullamento della delibera, ma anche dell'interruzione della procedura d'aggiudicazione e dello svolgimento di una nuova procedura (Hans Rudolf Trüeb, Vergabeverfahren, in: Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer, Markus Schott [ed.] Fachhandbuch FHB Verwaltungsrecht, 2015, n. a margine 25.105). L'insorgente che fa valere una violazione delle disposizioni sulla riconsuazione non deve dimostrare che la decisione da lui impugnata avrebbe avuto un altro esito senza la collaborazione della persona prevenuta, ma menzionare e rendere verosimili le circostanze atte a giustificare un motivo di riconsuazione (DTF 137 II 431 consid. 5.2). Il Tribunale adito deve convincersi, sulla base dei mezzi di prova esistenti, che i fatti, così come asseriti dal ricorrente, si siano avverati con un grado di probabilità preponderante (decisione incidentale del TAF B-5452/2015 consid. 4.1.3 e la prassi ivi menzionata).

E. 2.5.1

Il committente rileva, a titolo generale, che la BHU comprende tutta una serie di prestazioni che vanno dalla preparazione del bando di concorso alla valutazione delle offerte, alla gestione dell'appalto nelle fasi progettuali ed esecutive. Egli specifica come la valutazione delle offerte costituisca in realtà circa il 5% delle prestazioni di BHU. Da tale asserzione il ricorrente non può in nessun modo dedurre che il committente abbia ritenuto che le mansioni di BHU costituirebbero "in realtà circa il 5% delle prestazioni BHU". Decisive per il caso di specie appaiono invece le indicazioni concrete sulle prestazioni BHU nel relativo bando di concorso (cfr. consid. 2.5.2).

E. 2.5.2

Mediante pubblicazione sul SIMAP del 27 ottobre 2015 (n. della pubblicazione 888173) il committente ha deliberato alla Y. _____, la commessa di servizi intitolata "N2 EP 08 Piottino 2, supporto al committente SC/BHU". Nel relativo bando di concorso pubblicato sul SIMAP del 3 giugno 2015 (n. della pubblicazione 869553) è indicato al punto 2.5 in che cosa consistono le prestazioni di supporto al committente che fanno oggetto dell'acquisto: si tratta del sostegno al committente nell'elaborazione delle basi del progetto, negli acquisti, nel controlling e nella gestione della qualità, nonché nell'accompagnamento tecnico del progetto. In particolare, il supporto al committente seguirà le fasi di concetto di intervento (MK), progetto di intervento (MP), procedure di appalto (S) ed esecuzione dell'intervento (MA) delle misure di manutenzione straordinarie (üMA) degli ambiti BAU e BSA per manufatti (K), tracciato/ambiente (T/U) e impianti d'esercizio e sicurezza (BSA). Saranno parimenti seguite le fasi di progetto di dettaglio (DP), procedura d'appalto (S) e costruzione (B) delle misure di trasformazione inerenti alle opere di risanamento fonico per le sottotrattate denominate in seguito Qsud (Chiggiogna-Faido), e Qnord (Prato-Leventina, Quinto).

E. 2.5.3

Nel caso di specie è confermato che alla Y. _____ è stato sì aggiudicato il mandato di supporto al committente nell'ambito della presente procedura d'acquisti pubblici, ma è altrettanto vero che il bando di concorso (al punto 4.5.5) l'ha esclusa espressamente dalla partecipazione alla gara. Il ricorrente attribuisce un peso notevole ai probabili influssi decisionali della ditta che si occupa di supportare il committente. Invece, l'autorità aggiudicatrice tende a sminuire l'importanza di un ruolo decisionale del BHU, adducendo, da un lato, che il supporto al committente, se partecipa alla valutazione delle offerte, lo fa solitamente all'interno di un team di valutazione composto prevalentemente da rappresentanti del committente e, dall'altro, che, siccome la presente commessa supera i fr. 500'000.-, la proposta di aggiudicazione contenuta nel rapporto deve essere inoltre confermata dal Capoprogetto, dal responsabile di settore gestione progetti/pianificazione manutentiva, dal responsabile del settore supporto, dal capo filiale e dal Capo divisione. Ciò si evince dal Regolamento firme e competenze (UKR) delle divisioni Infrastruttura Ovest/Est prodotto dal committente in sede di risposta. Infine, l'autorità aggiudicatrice ribadisce di aver deciso, nella procedura inerente al presente acquisto, di affidare la valutazione delle offerte esclusivamente ai propri dipendenti. La questione a sapere se soltanto la partecipazione alla valutazione delle offerte e non già la fase di elaborazione della procedura di acquisti pubblici possano giustificare un obbligo di riconsultazione è controversa. Se lo scrivente Tribunale ha stabilito in un caso concreto che la persona in questione può influire sull'esito dell'aggiudicazione innanzitutto nell'ambito della valutazione delle offerte, in quanto si tratterebbe di una fase particolarmente critica dal

punto di vista della concorrenza, la dottrina ha replicato che la fase di preparazione della gara non presenta di per sé minori possibilità di manipolazione che quella di valutazione delle offerte (sentenza del TAF B 536/2013 del 29 maggio 2013 consid. 1.4.3.3.2; nota di Martin Beyeler in BR 2014/1 p. 22; la questione è rimasta indecisa nella decisione incidentale del TAF B-804/2014 consid. 6.2). Comunque sia, come dimostrano i considerandi seguenti (consid. 2.5.4 segg.), la censura relativa all'obbligo di ricusazione può essere respinta per altri motivi e quindi non si rivela necessario addentrarsi oltre nella problematica controversa suesposta. Allo stesso modo è inutile occuparsi della censura del ricorrente, perlopiù speculativa, secondo cui il committente, rinunciando nel presente caso a fare capo al BHU per la valutazione delle offerte, si sia avveduto che la procedura seguita finora sia avversa al principio della parità di trattamento.

E. 2.5.4

In linea di massima, non vi è nulla di insolito se in un mercato relativamente piccolo e circoscritto ai singoli studi di ingegneria gli offerenti si conoscano a vicenda, né appare tantomeno inconsueto che uno studio di ingegneria si veda attribuire dallo stesso USTRA una volta l'aggiudicazione per un mandato di supporto al committente in relazione ad un determinato progetto e un'altra volta la delibera per un altro mandato esecutivo. Non occorre certo una lista dettagliata sugli appalti aggiudicati negli ultimi tre anni da USTRA in materia di BHU o riferiti a mandati esecutivi per rendersi conto che ciò possa accadere. La sola circostanza che alla Y. _____ sia stato aggiudicato il mandato di supporto al committente in relazione alla presente gara pubblica e che negli ultimi tre anni le siano stati o in futuro le verranno deliberati, dal medesimo ente pubblico, mandati esecutivi per servizi di ingegneria e/o di supporto al committente, sia come unica offerente o riunita in consorzio con altri studi di ingegneria, non basta, di per sé e senza l'ulteriore indicazione di elementi concreti (cfr. consid. 2.5.5), ad ammettere un'apparenza di prevenzione. Nel caso di specie non va del resto tralasciato che lo studio di ingegneria menzionato è comunque espressamente escluso dal partecipare al mandato esecutivo per il quale funge da supporto (consid. 2.5.4). Un'esclusione sistematica di tutte le ditte a cui sono stati deliberati mandati esecutivi mediante consorzio con la Y. _____ negli ultimi tre anni oppure a cui potrebbe toccare di ottenere una delibera per simili acquisti in futuro non sarebbe altrettanto giustificata e contribuirebbe ad un'ulteriore restrizione di mercato in un mercato di per sé già limitato in termini di ramo (ingegneria stradale) e luogo (Canton Ticino) (cfr. decisione incidentale del TAF B-1682/2016 del 21 giugno 2016 consid. 5.6 e B 5452/2015 del 3 febbraio 2016 consid. 4.3.3). Per il buon ordine si osserva come la sussistenza di un motivo di ricusazione implicherebbe al massimo l'estromissione di chi funge da supporto al committente dalla gara, ma non quella degli offerenti di cui si presume che tengano relazioni strette con detta persona. Un'esclusione dalla gara di questi ultimi può essere ammessa semmai per preimplicazione (cfr. anche Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 1053 e nota a piè di pagina 2235). In effetti, l'istituto della ricusa non riguarda i concorrenti, bensì chi svolge un'attività di una certa importanza a favore dell'autorità aggiudicatrice. In caso di conflitto di interessi tra un concorrente ed un membro o un collaboratore del committente, è soltanto quest'ultimo che deve astenersi dalle proprie funzioni.

E. 2.5.5

In considerazione delle caratteristiche tipologiche inerenti ad un mercato limitato un motivo di ricusazione non può essere ammesso senza alcuna riflessione di sorta e in modo del tutto

superficiale, bensì soltanto qualora le presunte relazioni commerciali o concorrenziali presentino un'intensità, qualità e natura tali da far temere oggettivamente che la ditta che funge da supporto al committente possa essere influenzata nello svolgimento di tale funzione. Orbene, la censura sollevata dal ricorrente riguardo alla violazione delle norme di ricasazione si ferma ad un livello puramente astratto tant'è che verte principalmente sulla critica generale, per altro poco circostanziata, di una prassi presumibilmente assunta dal committente nell'aggiudicare agli stessi studi di ingegneria, singolarmente o uniti in un consorzio con altri studi, dapprima i mandati di supporto al committente (consulenza esterna) e successivamente i mandati per progetti esecutivi. In questa fase della procedura le contestazioni del ricorrente non sono ancora provviste, come invece richiede la prassi, dell'indicazione di circostanze di fatto concrete idonee a suscitare l'apparenza di una prevenzione e a far sorgere un rischio di parzialità suscettibile di giustificare un motivo di ricasazione. Come già accennato precedentemente, nel valutare l'apparenza di parzialità e l'importanza di tali circostanze le sensazioni di una parte non contano. La sfiducia nella persona che si teme prevenuta deve piuttosto apparire fondata da un profilo oggettivo. Non importa dunque che certi atteggiamenti dell'autorità aggiudicatrice, come una presunta prassi illecita, possano essere percepiti dal ricorrente, già a priori, come espressioni di parzialità. Decisivo è invece chiarire se tali impressioni soggettive, come una diffidenza preconcepita e aprioristica nei confronti dell'autorità e delle ditte che fungono da supporto al committente, appaiano anche oggettivamente fondate. Come si è visto, il ricorrente non riesce a confortare le proprie allegazioni con un qualsivoglia elemento concreto. In questo punto, il ricorso è da ritenere infondato. Certo, per il momento non sono ancora noti i dati dei probabili offerenti che partecipano al concorso, per cui non è possibile individuare eventuali conflitti di interesse, segnatamente una stretta relazione economica o di concorrenza tra la ditta che si occupa del supporto al committente e gli offerenti. Come fa osservare, a ragione, il committente, la censura del ricorrente, oltre ad essere priva di un riferimento ad un caso specifico, è da ritenere anche prematura. D'altronde, la sussistenza di indizi atti ad affermare che le prestazioni di supporto al committente nell'ambito di una gara precedente possano sovrapporsi, per quanto ne riguarda il contenuto e alle ditte partecipanti, a quelle del procedimento corrente non può che essere esaminata in una procedura di ricorso contro la decisione di aggiudicazione.

E. 2.5.6

Per tutti i motivi sopraelencati, il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che al momento attuale non sono ravvisabili possibili motivi di ricusa concreti, per cui le proposte di esclusione vantate dal ricorrente nelle sue conclusioni non possono trovare accoglimento e il ricorso, per quanto ammissibile, si rivela infondato a tale riguardo. Visto quanto precede, la circostanza che l'autorità aggiudicatrice suole per prassi far sottoscrivere ai componenti del gruppo di valutazione una dichiarazione di imparzialità è irrilevante nel caso di specie (cfr. decisione incidentale del TAF B-1682/2016 del 21 giugno 2016 consid. 5.5 con rinvii a prassi e dottrina).

E. 2.5.7

Considerate le risultanze suesposte e il carattere perlopiù speculativo delle censure, non si rivela più necessario, ai fini della presente vertenza, di dare seguito alle richieste del ricorrente volte all'edizione, da parte dell'autorità aggiudicatrice, di un elenco attestante tutti gli appalti deliberati, negli ultimi tre anni, alla ditta Y. _____, sia appalti esecutivi o di supporto al committente (BHU) con l'indicazione delle ditte consorziate (nel caso non

abbiano funto da BHU), rispettivamente della ditta che ha funto da BHU, né alle richieste di edizione del contratto d'appalto con il BHU Y. _____ e del relativo capitolato d'appalto. Per sovrabbondanza, anche al fine di smentire le critiche generali del ricorrente secondo cui i mandati di BHU sono sempre assegnati alle stesse ditte, va rimarcato, conformemente alla tabella allegata alla risposta del committente di cui lo scrivente Tribunale ha potuto verificare il contenuto, che su 59 appalti deliberati nel 2015 vi sono 30 ditte diverse che hanno assunto il ruolo di BHU.

E. 3

Il ricorrente chiede che la disposizione del bando di concorso secondo cui l'apertura delle offerte non è pubblica venga stralciata e sostituita mediante la formulazione "L'apertura delle offerte è pubblica, in occasione della quale saranno comunicate tutte le ditte partecipanti, rispettivamente consorziate, nonché i nominativi della giuria", al fine di permettere di capire se sussistono problemi di ricusa o di esclusione, nonché di garantire un diritto al ricorso. Già nell'ottica del diritto internazionale, particolarmente in conformità con l'art. XIII cpv. 3 dell'Accordo GATT, sono ammesse procedure di aggiudicazione con apertura delle offerte in forma pubblica o privata (cfr. Daniela Lutz, *Die fachgerechte Auswertung von Offerten*, in : *Aktuelles Vergaberecht* 2008, pag. 217 segg., n. a margine 13). Dal canto loro, le concretizzazioni a livello del diritto federale non statuiscano l'obbligo di procedere ad un'apertura pubblica delle offerte, né escludono in maniera esplicita la partecipazione degli offerenti alla fase di apertura delle offerte (cfr. Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. a margine 295 seg.). Gli enti appaltanti federali fondano l'esclusione degli offerenti dalla procedura di apertura delle offerte sul principio della confidenzialità in materia di acquisti pubblici e sulla circostanza che nella LAPub sono possibili trattative sul prezzo tra gli offerenti e il committente (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 652). Giusta l'art. 24 cpv. 1 OAPub nella procedura pubblica o selettiva per l'aggiudicazione di commesse per forniture o servizi, due rappresentanti del committente aprono le offerte dopo aver verificato se sono state inoltrate tempestivamente. Da questo punto di vista l'apertura delle offerte in forma non pubblica, come indicato nel bando di concorso, in riferimento alla commessa di servizi richiesta è senz'altro conciliabile con l'art. 24 cpv. 1 OAPub (cfr. decisione incidentale del TAF B 1682/2016 del 21 giugno 2016 consid. 4.4). Le preoccupazioni del ricorrente secondo cui soltanto un'apertura pubblica delle offerte sarebbe in grado di garantire un diritto al ricorso non sono giustificate. Da un lato, l'apertura delle offerte non configura una decisione impugnabile nell'ambito della legislazione in materia di acquisti pubblici. Dall'altro, come si ha già avuto modo di vedere nel procedimento B 1682/2016 citato dal ricorrente, i nominativi delle persone che si occupano effettivamente dell'apertura delle offerte come pure quelli del team di valutazione devono essere comunicati al ricorrente nel quadro di un'eventuale procedura di ricorso diretta contro l'aggiudicazione, specie in relazione a censure vertenti su un obbligo di ricusazione, dimodoché egli ha occasione di contestarli in tale sede e quindi di esercitare il proprio diritto di essere sentito. In questo senso, a prescindere dalla mancanza di indizi concreti atti ad affermare un motivo di prevenzione nella causa, il ricorso, oltre a rivelarsi di principio infondato, è anche prematuro.

E. 4

Il ricorrente chiede una modifica del bando di concorso nel senso che le ditte elencate al punto 4.5.6 del medesimo vengano escluse dalla partecipazione al concorso, essendo inevitabilmente avvantaggiate rispetto alle altre in quanto conoscerebbero a fondo pregi e

difetti di un progetto da loro elaborato e potrebbero influenzare la procedura di aggiudicazione nella fase successiva. La disposizione contenuta nel bando di concorso contravverrebbe in questo modo al principio di una concorrenza efficace. A tale riguardo, l'autorità aggiudicatrice solleva dapprima dubbi sulla sussistenza di un'illecita preimplicazione. Ella fa osservare come nel bando di concorso sia già indicato il numero delle ore a disposizione per lo sviluppo dell'incarico, dimodoché gli offerenti si dovrebbero limitare alla sola indicazione del prezzo e le ditte preimplicate non avrebbero alcun tipo di vantaggio. Secondo le esperienze da lei finora acquisite, le ditte preimplicate rischierebbero in alcune occasioni di risultare addirittura svantaggiate, in particolare nell'ambito dell'analisi dei compiti e procedura proposta, poiché darebbero per scontati alcuni aspetti del progetto omettendo di indicarli in maniera esplicita nella loro offerta che ne risulta poi penalizzata. Nella denegata ipotesi che le ditte preimplicate si siano procurate un vantaggio informativo, l'autorità aggiudicatrice sostiene di aver adottato le misure adeguate sufficienti per colmarlo.

E. 4.1

L'Accordo GATT disciplina la preimplicazione all'art. VI cpv. 4. Invece, nella LAPub manca una normativa esplicita della preimplicazione. Essa è stata introdotta all'art. 21a OAPub, intitolato "Ricusazione", entrato in vigore il 1° gennaio 2010; tale disposto trova la propria base legale nell'art. VI cpv. 4 dell'Accordo GATT, nonché nel principio della parità di trattamento, ma anche nell'imperativo del promovimento della concorrenza e dell'impiego parsimonioso delle risorse pubbliche di cui all'art. 1 LAPub (cfr. Modifica del 18 novembre 2009, RU 2009 6149; cfr. Rapporto esplicativo del Dipartimento federale delle finanze [DFF] del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'OAPub, p. 13, di seguito: Rapporto esplicativo): 1Il committente esclude gli offerenti da una procedura se: a. essi hanno partecipato ai lavori preliminari dell'acquisto e il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati; e b. l'esclusione non pregiudica la concorrenza efficace tra gli offerenti. 2 Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale: a. la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari; b. la comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari; c. la proroga dei termini minimi. Nell'ambito della revisione della legge sugli acquisti pubblici è previsto di introdurre una disposizione corrispondente all'art. 21a cpv. 1 OAPub a livello di legge formale (cfr. Rapporto esplicativo del DFF del 1° aprile 2015 pag. 13).

E. 4.2

Conformemente alla prassi, la preimplicazione è data se un offerente ha partecipato alla preparazione di una procedura di appalto, ad esempio allestendo le basi del progetto, elaborando la documentazione di gara oppure fornendo al committente informazioni su determinate specifiche tecniche dei beni da acquistare (sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; decisioni incidentali del TAF B 2028/2013 del 15 maggio 2013 consid. 6.1.4 e B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.2). La preimplicazione è suscettibile di disattendere il principio della parità di trattamento tra concorrenti. Il concorrente che si trova in una simile situazione può essere tentato di influenzare il committente a privilegiare la sua offerta oppure sfruttare a suo vantaggio, nell'ambito dell'allestimento dell'offerta, le conoscenze acquisite durante la preparazione del concorso (sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 1043 segg., 1067). Secondo la prassi del Tribunale federale prima dell'entrata in vigore dell'art. 21a OAPub, il cosiddetto impedimento per prevenzione può di principio avere

come conseguenza l'esclusione dell'offerta (cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.3, citato nella sentenza del TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 3.6). Una partecipazione alla gara d'appalto può però essere ammessa a condizione che il vantaggio risultante dalle conoscenze acquisite sia esiguo o che la collaborazione del concorrente prevenuto per aver allestito la documentazione di gara sia unicamente di natura marginale oppure se la prestazione messa in concorso può essere fornita soltanto da pochi offerenti o quando la collaborazione rispettivamente il vantaggio di conoscenze siano comunicati agli altri offerenti in conformità al principio della trasparenza (sentenza del TF 2P.164/2004 consid. 3.3, decisione incidentale del TAF B 4621/2008 consid 5.2 seg.). L'offerente che chiede l'esclusione di possibili concorrenti preimplicati dalla gara e vuole dedurre un vantaggio da un'eventuale preimplicazione deve dimostrare che essi si sono procurati un vantaggio significativo di conoscenze del mandato messo in concorso e che detto vantaggio non può essere colmato con le misure ordinate dal committente (cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 5.7.3; decisione incidentale del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.3 i. f.; nota di Martin Beyeler nei confronti della sentenza del TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012 in BR 2012 p. 275 segg., p 278 S194). L'onere della prova incombe invece al committente nel caso voglia escludere una ditta preimplicata dalla gara (Beyeler, BR 2012 S194 in fine). Gli autori Fetz e Jäger si pronunciano per una ripartizione dell'onere della prova meno rigorosa nei confronti del concorrente che chiede l'esclusione di un offerente preimplicato (cfr. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 1049 e le referenze citate). La conseguenza dell'esclusione dalla gara per preimplicazione va esaminata sulla base delle circostanze nel singolo caso. Nell'ambito della valutazione occorre procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco, considerando non solo il principio della parità di trattamento, ma anche dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 1068).

E. 4.3

Al punto 4.5.6 del bando si legge: "Le aziende A._____, B._____, C._____ e D._____ hanno elaborato il progetto definitivo AP delle protezioni foniche e con questo mandato hanno concluso l'incarico. La documentazione di progetto elaborata dall'azienda è interamente allegata al presente capitolato d'appalto. - l'azienda E._____ ha svolto la funzione di supporto al Committente (BHU) nelle fasi di progettazione definitiva AP dei ripari fonici. Il termine per la presentazione di un'eventuale offerta da parte delle Aziende preimplicate o del Consorzio di offerenti di cui l'Azienda in questione fa parte scade il 01.07.2016. Per tutti gli altri offerenti vige il termine indicato al punto 1.4. Sulla base di queste misure le aziende: A._____, B._____, C._____, D._____ e l'Azienda E._____, sono ammesse alla procedura come offerenti. Tutti gli altri uffici d'ingegneria sono ammessi alla procedura."

E. 4.4

L'elaborazione del progetto definitivo AP delle protezioni foniche da parte delle aziende A._____, B._____, C._____ e D._____, nonché lo svolgimento della funzione di supporto al committente nella relativa fase di progettazione delle protezioni foniche sono senz'altro suscettibili di rientrare nella nozione di preimplicazione conformemente all'art. 21a OAPub e alla prassi summenzionata. Secondo l'art. 21a OAPub ogni partecipazione ai lavori preliminari comporta in pratica un vantaggio concorrenziale che può essere colmato o meno con misure adeguate, distinguendo in questo modo tra la preimplicazione lecita e illecita (cfr. decisione incidentale del TAF B 2018/2013 del 15 maggio 2013 consid. 6.2). Si

impongono tuttavia alcune riflessioni per quanto attiene al grado e all'intensità dei rispettivi contributi nell'ambito dei lavori preliminari. Dalla descrizione dettagliata dei compiti giusta il punto 2.2 del bando di concorso risulta che le prestazioni richieste comprendono, da un lato, la progettazione di opere di manutenzione di parte dei manufatti e di tracciato all'aperto e, dall'altro, di opere di trasformazione per risanamento fonico per la tratta tra Faido e Chiggiogna e la tratta tra Prato Leventina e Quinto. Ora, come si evince dal punto 4.5.6 del bando di concorso, le ditte preimplicate hanno elaborato il progetto definitivo AP delle protezioni foniche o hanno fornito da supporto al committente nell'ambito di quella gara pubblica. Da questo punto di vista l'oggetto della documentazione elaborata dalle ditte preimplicate non corrisponde in tutto ma solo in parte alle prestazioni richieste nel presente bando di concorso. A detta del Tribunale federale, il solo fatto che una ditta, attraverso l'esecuzione di un mandato per un progetto già definito, si possa procurare eventuali vantaggi in previsione di sottoporre un'offerta per ulteriori componenti tematiche simili dello stesso progetto non basta ancora per giustificare l'estromissione della ditta preimplicata dalla gara. L'obiettivo di promuovere l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche può addirittura imporre un tale sfruttamento degli effetti sinergici (cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2006 consid. 3.3). Pertanto ci si può attendere che un eventuale vantaggio informativo delle ditte preimplicate sia limitato alla sola progettazione delle opere di trasformazione per il risanamento fonico, mentre vi è motivo di dubitare che le ditte preimplicate, tramite lo studio precedentemente allestito o la funzione BHU nella gara corrispondente, siano potute venire a conoscenza di tutte le caratteristiche riferite alla progettazione di opere di manutenzione di parti dei manufatti e di tracciato all'aperto. In sintesi, la differenza tra le prestazioni fornite con i lavori preliminari e quelle richieste dal bando di concorso è suscettibile di comportare dei limiti in relazione alla portata ed intensità della preimplicazione ed al vantaggio informativo che ne deriva. Alla luce di queste risultanze, la questione secondo cui le ditte preimplicate non subirebbero, a detta del committente, alcun vantaggio informativo, in quanto nel bando di concorso sarebbe già indicato il numero delle ore per sviluppare il mandato, può restare indecisa. Allo stesso modo, non è necessario soffermarsi sulle allegazioni divergenti delle parti, per altro troppo generiche, circa il rischio di un'eventuale penalizzazione dell'offerta delle ditte preimplicate o concorrenti poiché esse darebbero o non darebbero per scontato alcuni aspetti dell'offerta.

E. 4.5

Nei considerandi che seguono va esaminato se le misure intraprese dall'autorità aggiudicatrice sono atte a colmare un eventuale vantaggio che potrebbe risultare dal coinvolgimento delle ditte summenzionate nella fase di progettazione che ha preceduto il presente concorso.

E. 4.5.1

L'autorità aggiudicatrice ritiene di aver adottato tutti i mezzi adeguati per compensare un eventuale vantaggio concorrenziale conformemente all'art. 21a OAPub, includendo negli atti d'appalto tutta la documentazione di progetto elaborata nell'ambito della progettazione delle protezioni foniche, comunicando tutti i partecipanti a detta progettazione ed assegnando agli offerenti non preimplicati un termine superiore ai 40 giorni previsti all'art. 19 cpv. 3 lett. a OAPub.

E. 4.5.2

L'art. 21a cpv. 2 OAPub comprende un elenco esemplificativo ("sono in particolare mezzi adeguati") ma non esaustivo delle possibili misure per colmare un vantaggio concorrenziale da preimplicazione.

E. 4.5.2.1

La trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari di cui all'art. 21a cpv. 2 lett. a OAPub risulta dal principio della trasparenza e può rappresentare, in linea di massima, una misura di compensazione adeguata per sconfiggere asimmetrie informative, dimodoché tutti i concorrenti possano disporre di pari condizioni di partecipazione (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 1047, 1050; nel caso concreto, tale aspetto è rimasto incerto nella decisione incidentale B 2028/2013 del 15 maggio 2013 consid. 6.2.2, rispettivamente negato nella decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 5.3.4). Lo stesso vale per la proroga dei termini minimi (art. 21a cpv. 2 lett. c OAPub), la quale, in linea di massima, può costituire un mezzo adeguato al fine di compensare le lacune informative (confermato nel caso concreto mediante la decisione incidentale del TAF B-2028/2013 consid. 6.2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. a margine 1047, 1050). Per contro, la comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari giusta l'art. 21a cpv. 2 lett. b OAPub è più suscettibile di configurare una concretizzazione del principio di trasparenza di cui all'art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub e meno una misura atta a colmare un vantaggio concorrenziale (sentenza del TAF B 1358/2013 del 23 luglio 2013 consid. 4.3 e decisione incidentale del TAF B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 5.3.3).

E. 4.5.2.2

In riferimento al caso di specie, tenuto conto che i lavori effettuati dalle ditte preimplicate si riferiscono solo in parte e non integralmente alle opere che fanno l'oggetto del presente concorso (cfr. consid. 4.4), è possibile affermare che già solo la previsione di termini di inoltro più lunghi per la presentazione delle offerte per gli offerenti non preimplicati (55 giorni rispetto ai 40 per i concorrenti preimplicati) possa rappresentare una misura adeguata per colmare eventuali vantaggi informativi e concorrenziali (decisione incidentale del TAF B-2028/2013 consid. 6.3). A titolo prettamente addizionale, il fatto che il committente, conformemente a quanto indicato nel bando, ha allegato al capitolato la documentazione di progetto elaborata dalle ditte preimplicate nell'ambito della progettazione delle protezioni foniche, porta a concludere che le informazioni risultanti da detta documentazione possano, in linea di massima, essere condivise con tutti i concorrenti e che le conoscenze acquisite dalle ditte coinvolte precedentemente non siano più di loro esclusiva. Il ricorrente, che in qualità di offerente avrebbe potuto accedere ai documenti stilati dalle ditte preimplicate, non dice nulla al riguardo. Come già accennato, spetta al concorrente che pretende l'esclusione delle ditte preimplicate dalla gara dimostrare se e in che misura i mezzi adottati dal committente per colmare il vantaggio informativo non siano adeguati. Dal canto suo, il ricorrente, pur consapevole che a determinate condizioni un eventuale vantaggio possa essere colmato, non spende alcuna parola in proposito, limitandosi ad invocare, perlopiù in maniera del tutto generica, che le ditte preimplicate abbiano tratto un sicuro vantaggio dalla preimplicazione.

E. 4.5.3

In sunto, tenuto anche conto che i lavori preliminari effettuati dalle ditte preliminari coincidono solo parzialmente con le prestazioni richieste con la presente gara, non vi sono indizi che lascino supporre che un eventuale vantaggio informativo da preimplicazione non

abbia potuto essere colmato mediante la proroga del termine per presentare le offerte nei confronti delle ditte non preimplicate, eventualmente mediante la messa a disposizione della documentazione elaborata dalle medesime con il capitolato d'appalto. Del resto, il ricorrente, a cui in questo caso incombe l'onere della prova, non riesce a dimostrare il contrario sulla scorta dei suoi argomenti, per altro poco circostanziati. Non si può quindi dar seguito alle sue conclusioni di escludere le ditte preimplicate dalla gara. Pertanto il ricorso è infondato anche su questo punto.

E. 5

Infine, il ricorrente chiede la cancellazione della disposizione di cui al punto 4.3 del bando, la quale prevede espressamente la facoltà di condurre trattative. A suo dire, non solo il bando di concorso non si esprimerebbe sui punti che potrebbero fare l'oggetto delle trattative, ma tali trattative permetterebbero di alterare l'offerta entrando così in contravvenzione al principio della parità di trattamento e della trasparenza. Il ricorrente lamenta infine come non siano date le condizioni di cui all'art. 26 OAPub per condurre le trattative nel caso concreto poiché l'art. 13 cpv. 1 OAPub prevedrebbe l'aggiudicazione mediante trattativa privata nella procedura libera soltanto se sono presentate esclusivamente offerte concordate o non corrispondenti alle esigenze essenziali del bando, il che non sarebbe realizzato nel caso in esame.

E. 5.1

L'art. XXIV dell'Accordo GATT prevede la possibilità di procedere a negoziazioni tra l'ente aggiudicante e gli offerenti allo scopo di determinare i punti forti e i punti deboli delle offerte inoltrate, ma a condizione che i committenti trattino le offerte in modo confidenziale e non operino alcuna discriminazione tra gli offerenti. Contrariamente al diritto intercantonale (cfr. art. 11 lett. c del Concordato intercantonale del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 sugli appalti pubblici, CIAP), il diritto federale in materia di acquisti pubblici fa uso del margine di manovra accordato dal diritto internazionale, statuendo una deroga al principio secondo cui non è consentito modificare le offerte dopo la scadenza del termine del loro inoltro, a meno che non si tratti di una semplice rettifica dal profilo tecnico e contabile (cfr. art. 25 OAPub; decisione incidentale del TAF B-3234/2016 del 29 agosto 2016 consid. 6.1). Giusta l'art. 20 cpv. 1 LAPub possono essere condotte trattative, a condizione che ne sia fatta menzione nel bando, oppure che nessuna offerta risulti più conveniente dal profilo economico. Il Consiglio federale disciplina la procedura secondo i principi della confidenzialità, della forma scritta e della parità di trattamento (art. 20 cpv. 2 LAPub). Le modalità di conduzione di trattative sono precisate più da vicino all'art. 26 OAPub. Il principio della confidenzialità, in riferimento alle trattative, prevede che generalmente fino al momento dell'aggiudicazione non è permesso dare nessuna informazione riguardo alle offerte dei concorrenti (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 693). La forma scritta deve essere osservata nel quadro della preparazione e dello svolgimento delle trattative, segnatamente in relazione all'obbligo di stendere un verbale (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit. n. 694). Al fine di ossequiare il principio della parità di trattamento nel corso di trattative, l'autorità aggiudicatrice non deve esporsi al rischio di dare intenzionalmente un titolo preferenziale ad un offerente (cfr. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit. N 695). Nei limiti dell'osservanza di questi principi nulla osta a condurre le trattative nell'ambito di una procedura di acquisti pubblici.

E. 5.2

Al punto 4.3 del bando di concorso si legge che il committente si riserva la facoltà di condurre trattative, con la precisazione che non vengono eseguite aste inverse o contrattazioni sui prezzi anche se le trattative successive destinate a rettificare le offerte o a modificare le prestazioni potrebbero influire sul prezzo. Il fatto che il bando di concorso indica espressamente la possibilità di procedere a trattative è conforme ai relativi disposti della LAPub e dell'OAPub citati al consid. 6.1. Contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la regolamentazione federale in materia di trattative non limita già a priori l'oggetto su cui potrebbero vertere le negoziazioni, dimodoché esso può riferirsi ai prezzi o ad una modifica delle prestazioni annunciate dagli offerenti, ma non ad una modifica degli elementi contenuti nel capitolato d'onori (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berna 2014, n. a margine 355; Hans Rudolf Trüeb, *Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], *Kommentar Wettbewerbsrecht*, Tomo II [OFK-Wettbewerbsrecht II], Zurigo 2011, n. 3 ad art. 20 BöB). La segnalazione contenuta nel bando di concorso sulla possibilità di svolgere trattative non solo rispetta pienamente le esigenze di cui ai disposti di legge in materia di acquisti pubblici, ma va ben oltre. Invero, il bando di concorso esula espressamente le contrattazioni sui prezzi e le aste inverse dall'oggetto delle trattative, indicando la rettifica delle offerte o la modifica delle prestazioni come obiettivo delle medesime senza tuttavia escludere l'eventualità di impatti sul prezzo. Infine, come giustamente asserito dal committente, il rimando del ricorrente all'art. 13 cpv. 1 OAPub non può essere ritenuto appropriato, posto che tale disposto regola le condizioni d'aggiudicazione mediante trattativa privata ma non la possibilità di condurre trattative. Di conseguenza, il ricorso si rivela manifestamente infondato e, nella misura in cui il ricorrente teme che l'effettivo svolgimento delle trattative contravvenga ai principi della parità di trattamento e della trasparenza, anche prematuro.

E. 6

In sintesi, le conclusioni del ricorrente vertenti sull'annullamento e la modifica del bando di concorso, in particolare la richiesta di esclusione di tutte le ditte che hanno funto da supporto al committente e che si sono viste aggiudicare mandati esecutivi negli ultimi tre anni (consid. 2 segg.), la richiesta di apertura delle offerte in forma pubblica (consid. 3 segg.), la richiesta di esclusione delle ditte preimplicate (consid. 4 segg.) e la richiesta di escludere la possibilità di condurre trattative (consid. 5 segg.), si rivelano premature e/o infondate. Non è dato di vedere se e in che misura l'autorità aggiudicatrice abbia violato il diritto federale e/o ecceduto i limiti del proprio potere d'apprezzamento. Per questo motivo il ricorso va respinto, per quanto ammissibile.

E. 7

Nei procedimenti dinanzi al Tribunale amministrativo federale il diritto dei ricorrenti di esaminare gli atti preliminari discende dall'art. 26 PA, tuttavia la visione degli atti può essere limitata o esclusa se sussistono preponderanti interessi pubblici o privati (art. 27 lett. a e b PA). La deroga all'applicazione degli artt. 22a, 24-28, 30, 30a e 31 PA stabilita all'art. 26 cpv. 2 LAPub non trova invece applicazione nei procedimenti dinanzi allo scrivente Tribunale. A meno che non si tratti delle memorie delle parti, la consultazione degli atti è però limitata a quei documenti a cui è attribuito un valore probatorio in riferimento ad una determinata decisione, rispettivamente che di principio si prestano a servire come mezzi di prova (art. 26 cpv. 1 lett. b PA; sentenza del TAF B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 5.1 e dottrina citata). Per prassi dello scrivente Tribunale, eventuali restrizioni del diritto di esaminare gli atti possono anche risultare dall'oggetto della controversia (cfr.

Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit. n. 1368 e le rispettive sentenze o decisioni incidentali citate alle note a piè di pagina 3193-3196). Siccome la Y. _____ è stata espressamente esclusa dal partecipare alla presente gara (cfr. punto 4.5.5 del bando di concorso), non è più necessario dar seguito alla richiesta di edizione del relativo contratto di appalto con il BHU e del relativo capitolato d'appalto. Per quanto attiene alle richieste di edizione di un elenco attestante tutti gli appalti deliberati negli ultimi tre anni alla ditta Y. _____, sia appalti esecutivi o di supporto al committente (BHU) con l'indicazione delle ditte consorziate, va rilevato che il ricorrente si aspetta da un eventuale accoglimento di tali richieste, soprattutto, di poter confermare le censure relative alla presunta prassi del committente di assegnare ad alcune ditte mandati di BHU e malgrado ciò di consentire loro di partecipare poi a gare per mandati esecutivi. Come già rilevato, al momento odierno non sono ravvisabili possibili motivi di ricusazione concreti e il ricorso in questo punto si rivela infondato per quanto ammissibile, dimodoché si può prescindere dal dare seguito alle richieste di evasione del ricorrente. Quanto alla critica generale alla prassi di ripartizione degli acquisti di USTRA sia in materia di mandati BHU che in mandati esecutivi, essa concerne piuttosto un aspetto legato alla sorveglianza. Nella misura in cui il ricorrente voglia sottoporre la prassi di USTRA ad un controllo da parte dell'autorità di sorveglianza, egli è libero di inoltrare le relative richieste (...) in un procedimento in applicazione della legge federale del 17 dicembre 2004 sul principio di trasparenza dell'amministrazione (legge sulla trasparenza, LTras, RS 152.3; cfr. sentenza del TAF del 9 dicembre 2014 A-931/2014, parzialmente confermata dal TF con sentenza 1C_50/2015 del 2 dicembre 2015). Ciò non può fare l'oggetto di un procedimento di ricorso contro il bando di concorso.

E. 8

Con la resa della presente sentenza che pone fine al procedimento decade il provvedimento superprovvisorio indetto con ordinanza del 7 giugno 2016, ossia il divieto di aprire le offerte pervenute entro il termine di presentazione. Visto l'esito della procedura, il ricorrente deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i 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 a seconda del valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, tenuto conto che il ricorrente è da reputare quale parte totalmente soccombente e che una parte delle questioni trattate, segnatamente la ricusazione e l'apertura delle offerte, coincide con quelle che hanno già fatto l'oggetto del procedimento B-1682/2016, si giustifica fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 3'200.-. Tale importo è computato con l'anticipo spese versato di fr. 4'200.- e l'avanzo di fr. 1'000.- è rimborsato al ricorrente dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

E. 9

Visto l'esito della procedura al ricorrente non spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 3 PA). L'autorità aggiudicatrice, in qualità di autorità federale e quale parte vincente non ha diritto né per legge, né per prassi costante ad un'indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA art. 7 cpv. 1 e cpv. 3 TS-TAF; sentenza del TAF del 16 luglio 2014 B-1927/2014 consid. 9).

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