

BVGer B-3722/2024 vom 29. Oktober 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-10-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3722_2024

FR: TAF B-3722/2024 du 29 octobre 2024

IT: TAF B-3722/2024 del 29 ottobre 2024

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).

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

Conformemente all'art. 52 cpv. 1 lett. a LAPub, contro le decisioni (cfr. consid. 1.2.1) dei committenti (cfr. consid. 1.2.2) è dato il ricorso al Tribunale amministrativo federale in caso di prestazioni secondo l'art. 8 cpv. 2 LAPub (cfr. consid. 1.2.3), a partire dal valore soglia determinante (cfr. consid. 1.2.4) e se la commessa in oggetto non rientra in una delle eccezioni previste dall'art. 10 LAPub, né costituisce una commessa pubblica secondo l'allegato 5 numero 1 lett. c e d LAPub (cfr. consid. 1.2.5).

E. 1.2.1

Il presente ricorso è diretto contro l'esclusione delle ricorrenti comunicata loro in via elettronica con scritto del 22 aprile 2024 (recte: maggio, in conformità con la data posta a fianco delle firme elettroniche), e contro l'aggiudicazione in favore delle controparti. La sola decisione di aggiudicazione del 14 maggio 2024, pubblicata sul SIMAP il 23 maggio seguente, configura senz'altro un valido oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 53 cpv. 1 lett. e LAPub. Di contro, lo scritto del 22 aprile 2024 (recte: maggio; cfr. fatti lettera A.g) con cui la committente ha comunicato alle ricorrenti la loro estromissione dalla gara e per il resto rinviato alla pubblicazione elettronica dell'aggiudicazione sul SIMAP, è qualificato, conformemente alla prassi costante, come una semplice lettera di informazione e non come una decisione (sentenza del TAF B-6023/2023 del 20 marzo 2024 consid. 1.3.2 con ulteriori riferimenti). L'oggetto della lite nel presente procedimento è dunque la decisione di aggiudicazione del 14 maggio 2024, pubblicata sul SIMAP il 23 maggio successivo, che comprende implicitamente anche l'esclusione delle ricorrenti dalla gara.

E. 1.2.2

La decisione deve essere rilasciata da un'autorità aggiudicatrice soggetta alla LAPub (cfr. art. 4 LAPub). Con l'entrata in vigore il 1° giugno 2002 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera - CE; RS 0.172.052.68) gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cifra 2 lett. d e cifra 3 come pure Allegato II B dell'Accordo bilaterale). Giusta l'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub, le imprese pubbliche e private che forniscono prestazioni di servizi pubbliche e alle quali sono conferiti diritti esclusivi o speciali sottostanno alla LAPub, a condizione che esercitino in Svizzera attività nel settore "messa a disposizione o gestione di ferrovie, compresi i trasporti effettuati avvalendosi di tali infrastrutture". I committenti di cui al cpv. 2 sottostanno alla LAPub unicamente nel caso di appalti pubblici nel settore di attività descritto, non però per le loro altre attività (art. 4 cpv. 3 LAPub). Nel settore delle ferrovie (costruzione, messa a disposizione e gestione di installazioni ferroviarie), FFS SA, divisione Immobili, non è di principio assoggettata alla LAPub in qualità di committente, a meno che la commessa abbia un rapporto diretto con il settore di attività indicato (cfr. sentenza del TAF B-2486/2022 del 28 agosto 2023 consid. 1.2.2 con riferimenti). Per prassi il requisito del rapporto diretto con il settore d'attività non deve rispondere ad esigenze troppo elevate (cfr. sentenza del TAF B-4958/2013 del 30 aprile 2014 consid. 1.5.4 con ulteriori riferimenti, resa in applicazione dell'art. 2 cpv. 2 LAPub i.c.d. con l'art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub in vigore fino al 31 dicembre 2020 [RU 1996 508 e RU 1996 518]). Secondo la relazione tecnica generale (Doc. 01 allegato alla presa di posizione della committente), il progetto in questione prevede la realizzazione di un nuovo stabilimento industriale ferroviario ad Arbedo-Castione, nel quale saranno svolte, in particolare, la manutenzione leggera, modulare e pesante del materiale rotabile destinato al traffico viaggiatori. Il progetto comprende lo stabilimento (edificio principale) posizionato a nord, la zona binari (parcheggio e movimento treni) posizionati a sud del perimetro e la sistemazione esterna a ovest. Questa configurazione del progetto deriva da mesi di studio, durante i quali sono state coinvolte tutte le divisioni di FFS SA (IM, PP e INFRA). Dalle simulazioni di produttività effettuate, la soluzione proposta è risultata di fatto l'unica possibile per garantire la funzionalità richiesta dalla divisione Viaggiatori. I lavori messi in concorso si trovano dunque in un rapporto funzionale diretto con le attività nel settore ferroviario ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub in collegamento con l'art. 4 cpv. 3 LAPub, per cui l'autorità aggiudicatrice adempie la qualità di committente assoggettato alla LAPub (cfr. sentenza del TAF B-2486/2022 del 28 agosto 2023 consid. 1.2.2).

E. 1.2.3

Il presente appalto è definito come 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 le categorie del CPV ("Common Procurement Vocabulary" - vocabolario comune per gli appalti pubblici dell'Unione europea) 45000000 "Lavori di costruzione", 45100000 "Lavori di preparazione del cantiere edile", 45112000 "Lavori di scavo e movimento terra", nonché 45112410 "Lavori di scavo di fosse" e 45112420 "Lavori di scavo di fondamenta". Esse corrispondono a loro volta al numero di riferimento 511 "Lavori di preparazione dei siti e cantieri edili", 512 "Lavori di costruzione di edifici" e 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. La commessa rientra pertanto nella categoria delle prestazioni edili ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a LAPub in combinazione con l'art. 8 cpv. 4 LAPub e l'allegato 1 cifra 1 LAPub.

E. 1.2.4

Visti il preventivo dell'autorità aggiudicatrice e gli importi delle offerte, sono superati i valori soglia imposti dalla legge in relazione alle commesse edili per gli operatori ferroviari di cui all'art. 4 cpv. 2 lett. f LAPub (art. 8 cpv. 4 LAPub in combinazione con l'art. 16 LAPub e l'allegato 4 cifra 1.2 LAPub).

E. 1.2.5

Infine, non sussiste alcuna eccezione ai sensi dell'art. 10 LAPub, né si tratta di una commessa pubblica secondo l'allegato 5 numero 1 lett. c e d LAPub. Ne segue che la presente commessa soggiace alla LAPub e ai trattati internazionali e che il Tribunale amministrativo federale è competente a dirimere la presente controversia.

E. 1.3

La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021) 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 per gli altri tipi di procedure di aggiudicazione. Pertanto, la questione deve essere giudicata in base alla legge federale sulla procedura amministrativa (art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2). Un offerente escluso ha per prassi un interesse degno di protezione ad insorgere contro l'aggiudicazione che comprende implicitamente la propria esclusione, nella misura in cui, in caso di accoglimento delle sue conclusioni, le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera e il suo reintegro nella procedura di aggiudicazione sono intatte, oppure se l'accoglimento del ricorso comporta la ripetizione della procedura di appalti pubblici nel corso della quale egli potrà inoltrare una nuova offerta (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 ff. con ulteriori riferimenti). Basta 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) la possibilità concreta di ottenere l'appalto.

E. 1.4.2

Le ricorrenti postulano l'annullamento dell'aggiudicazione e della propria esclusione, nonché la retrocessione degli atti alla committente per nuova valutazione delle offerte, previo reintegro dell'offerta nella gara. Se il loro ragionamento fosse corretto nel senso che non vi sarebbe stata alcuna violazione delle norme in materia di subappalto e si dovesse pertanto concludere che la committente abbia effettivamente escluso a torto le ricorrenti dal concorso, va loro riconosciuto, in questa misura, un interesse degno di protezione ad insorgere contro la delibera e la propria esclusione.

E. 1.4.3

La committente fa valere che, al momento dell'inoltro del ricorso, alle ricorrenti mancava un interesse degno di protezione, in quanto la durata della vincolatività della loro offerta sarebbe già giunta a scadenza, senza che le stesse avessero prima dichiarato all'autorità aggiudicatrice la loro volontà di mantenere l'offerta senza modifiche. La documentazione

del bando (cifra 2.8 del Documento Parte 1: Disposizioni procedurali) indica espressamente che gli offerenti erano vincolati alla propria offerta per 12 mesi a partire dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte, ossia a far tempo dal 26 maggio 2023. Pertanto, corrisponde al vero che al momento del deposito del ricorso, ma non al momento dell'aggiudicazione, l'offerta aveva superato la data di vincolatività. Questa circostanza non può di per sé essere ritenuta sufficiente per negare il diritto a ricorrere contro l'aggiudicazione e l'esclusione. Invero, un atto di impugnazione, come un ricorso contro l'aggiudicazione e la propria esclusione con contestuale domanda di conferimento dell'effetto sospensivo va, di norma generale, a pari passo con la dichiarazione, quantomeno tacita, della parte ricorrente, di rimanere vincolata alla propria offerta per tutta la durata della procedura di ricorso e delle conseguenti misure da intraprendere in caso di ammissione del gravame (p. es. l'annullamento della decisione impugnata e il reintegro dell'offerta esclusa nella procedura di aggiudicazione), anche se il periodo di validità dell'offerta è nel frattempo scaduto (cfr. Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n. a margine 1910 seg.). Se il presente gravame può dunque essere visto come una dichiarazione implicita di vincolatività dell'offerta, al più tardi con la dichiarazione, datata 19 luglio 2024, di prolungo della validità dell'offerta per ulteriori dodici mesi, allegata alla replica, le ricorrenti manifestano espressamente la loro volontà di mantenere e confermare il contenuto della propria offerta. Il rimando della committente alla sentenza del Tribunale cantonale vallesano del 23 settembre 2021 (A1 21 88) non è pertinente, in quanto essa tratta la tematica della mancata vincolatività dell'offerta di un aggiudicatario al momento dell'aggiudicazione e non è dunque comparabile alla situazione nel caso di specie.

E. 1.4.4

L'opinione della committente non può essere condivisa, laddove ella deriva una mancanza della legittimazione a ricorrere dal fatto che le ricorrenti, secondo lei, non avrebbero dimostrato o reso verosimile di essere in grado di eseguire la commessa per la parte relativa alla carpenteria metallica poiché D. _____ non disporrebbe dei macchinari necessari. Tali argomentazioni involgono, infatti, piuttosto aspetti di merito che di ammissibilità, e andranno pertanto affrontate più in dettaglio nei considerandi successivi.

E. 1.5

La pubblicazione della decisione d'aggiudicazione sul SIMAP del 23 maggio 2024, a cui la comunicazione separata, spedita il giorno prima, ha rinviato esplicitamente, è determinante per la decorrenza del termine di ricorso di venti giorni secondo l'art. 56 cpv. 1 LAPub (cfr. anche l'art. 51 cpv. 1 primo periodo LAPub; decisione incidentale del TAF B-3374/2023 del 28 agosto 2023 consid. 4.7). Il presente gravame, inviato per posta l'11 giugno 2024 e pervenuto al Tribunale il 13 giugno seguente, risulta pacificamente tempestivo.

E. 1.6

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 patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

E. 1.7

In sunto, è data l'ammissibilità del ricorso.

E. 2

La presente vertenza ruota principalmente attorno alla questione della legittimità dell'esclusione delle ricorrenti dalla gara a causa di una presunta violazione delle disposizioni del bando, in particolare del divieto di subappaltare le opere relative alla carpenteria metallica. In sostanza, le ricorrenti si reputano idonee ad eseguire la commessa e dichiarano di non subappaltare in alcun modo le opere di carpenteria metallica, tanto più che la loro lista dei subappaltatori non includerebbe alcuna ditta di metalcostruzione. Esse specificano di voler invece avvalersi di una semplice fornitura del materiale, assicurando che le manipolazioni del materiale fornito sarebbero state eseguite direttamente da D. _____. Inoltre, esse contestano la regolarità del divieto di subappalto e l'interpretazione della relativa disposizione. A loro dire, non la lavorazione dell'acciaio per le opere di carpenteria metallica, bensì le sole opere di assemblaggio e posa in cantiere configurerebbero la prestazione caratteristica della commessa, tenuto conto che la committente non avrebbe imposto l'obbligo di inoltrare la lista dei macchinari necessari alla produzione della carpenteria metallica. Sarebbe poi notorio che le ditte di metalcostruzione si facciano normalmente fornire il materiale da terzi, "ciò che costituisce una semplice fornitura, poiché si tratta di un prodotto non su misura e che può essere usato anche per altre applicazioni". Le ricorrenti respingono altresì le ipotesi di subappalto avanzate dalla committente in quanto, secondo quest'ultima, D. _____ non disporrebbe dei macchinari o di macchinari sufficienti per eseguire la commessa. Infine, esse ritengono che la committente sarebbe stata tenuta ad interpellarle prima di procedere alla loro estromissione dal concorso. Sulla base di motivi analoghi, l'autorità aggiudicatrice e le controparti non concordano con le argomentazioni delle ricorrenti relativamente alla legittimità ed interpretazione del divieto di subappalto, alla capacità delle ricorrenti di far fronte personalmente alle opere di carpenteria metallica e all'obbligo della committente di interpellare le ricorrenti prima di disporre l'esclusione dalla gara.

E. 3

Il trasbordo del materiale avverrà tramite [...]. Le dimensioni degli elementi possono arrivare ai circa [...] di lunghezza, e possono variare per tipologia in altezza/larghezza. La D. _____ non esclude, previa autorizzazione delle CFF, di utilizzare anche eventuali subappaltatori per la fabbricazione delle carpenterie metalliche al fine di gestire eventuali punte di lavori o accelerazioni sul programma. In tal caso si farà uso di carpenterie svizzere ed il relativo nominativo è riportato nell'elenco dei potenziali subappaltatori. La committente ha reagito nel seguente modo: FFS prende nota delle risposte. Si rende attento l'offerente che è suo compito garantire la corretta programmazione delle forniture e della produzione fino al loro montaggio in cantiere. Nel §2.10 del documento Parte 1 "Disposizioni procedurali", i lavori / le prestazioni per le opere di carpenteria metallica e le prestazioni da fornire da parte della persona chiave 5 devono essere eseguiti dall'offerente (in caso di consorzio da membri del consorzio), vale a dire non da subappaltatori. Si rende pertanto attento l'offerente che è vietato il subappalto delle prestazioni di fornitura e posa della carpenteria metallica (struttura portante). L'offerente conferma senza riserve che è in grado di coprire i picchi di lavoro rispetto al proprio PL e di assorbire le misure di accelerazione per recuperare un ritardo dovuto all'imprenditore.

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. Allo stesso modo, un'esclusione può essere ordinata se le offerte o le domande di partecipazione presentano vizi formali rilevanti o divergenze sostanziali rispetto ai requisiti vincolanti definiti nel bando (art. 44 cpv. 1 lett. b LAPub), oppure se vi sono indizi sufficienti che siano state fornite al committente dichiarazioni e informazioni false o ingannevoli (art. 44 cpv. 2 lett. a LAPub). Ad esempio, il mancato ossequio alle disposizioni di gara relativamente alle restrizioni o al divieto di subappalto è suscettibile di comportare un'esclusione di un offerente dalla gara (cfr. Laura Locher, in: Hans Rudolf Trüb [ed.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 19 ad art. 44 LAPub). In ogni caso, l'esclusione non deve rivelarsi 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. 3.2

Per quanto attiene alla definizione dei requisiti del bando, segnatamente le regole sul subappalto, l'autorità aggiudicatrice dispone di un ampio margine di apprezzamento. 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). In principio gli offerenti devono potersi fidare che il committente intenda le disposizioni del bando nel senso convenzionale. Nel quadro della valutazione delle circostanze di fatto e di diritto, le autorità di ricorso non possono eludere con la propria interpretazione l'ampio margine discrezionale di cui gode il committente nel fissare le condizioni del bando (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, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, 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. 3.3.1

Giusta l'art. 31 cpv. 1 LAPub la partecipazione di consorzi e subappaltatori è ammessa soltanto se il committente non esclude o non limita tale possibilità nel bando o nella relativa documentazione. Il diritto in materia di appalti pubblici deve consentire acquisti economici e neutrali sotto il profilo della concorrenza. Una limitazione o un'esclusione dei consorzi e dei subappaltatori deve poggiare su motivi fondati. Una simile esclusione è in particolare giustificata se un eccessivo onere di coordinamento pregiudica lo scopo dell'appalto o genera inutili costi di transazione, quindi se l'acquisto di prestazioni da un consorzio di offerenti o da subappaltatori non è economico (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 1682 seg.).

E. 3.3.2

L'art. 31 cpv. 3 LAPub stabilisce che la prestazione caratteristica deve essere fornita in linea di massima dall'offerente. Conformemente al Messaggio LAPub (FF 2017 1587 segg., in particolare 1682 seg.), l'art. 31 cpv. 3 LAPub intende impedire le offerte da parte di offerenti che non assumono personalmente compiti o assumono soltanto compiti subordinati. L'interposizione di simili offerenti, che mettono principalmente a disposizione il loro nome, provoca di regola costi supplementari. I committenti devono acquistare le prestazioni direttamente dai fornitori (idem). Inoltre, l'art. 31 cpv. 3 LAPub precisa che, in linea di massima, la prestazione caratteristica deve essere fornita dall'offerente e non dal subappaltatore, in quanto quest'ultimo non viene considerato un offerente (Beat Joss, in: Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 39 ad art. 31 LAPub). Nel caso concreto, la prestazione caratteristica è determinata in funzione dell'oggetto dell'appalto effettivamente messo in concorso. In tal caso occorre osservare che il diritto in materia di appalti pubblici e il diritto privato utilizzano due nozioni differenti della prestazione caratteristica (cfr. Messaggio LAPub, pag. 1631; Joss, op. cit. n. 41 ad art. 31 LAPub). Secondo l'art. 31 cpv. 3 LAPub si tratta di suddividere la prestazione complessiva in prestazioni parziali caratteristiche (principali e che determinano la commessa) e in prestazioni parziali non caratteristiche (marginali, non specifiche). L'attenzione principale è rivolta esclusivamente all'offerente e a quello ch'egli promette di fornire nel complesso (Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, n. 75).

E. 3.3.3

Occorre distinguere tra la nozione del subappaltatore e quella del fornitore. Questo è importante, poiché nel diritto in materia di appalti pubblici per i subappaltatori valgono le medesime condizioni di partecipazione (art. 26 LAPub) e le stesse possibilità di sanzioni (art. 45 LAPub) come per tutti gli altri offerenti e consorzi, mentre i fornitori sono esonerati dalla dimostrazione di tali requisiti e dalle sanzioni. A differenza del subappaltatore, il fornitore non esegue le prestazioni o lavorazioni che l'impresa principale deve al committente, bensì, generalmente, mette a disposizione il materiale (per esempio materiali da costruzione, le materie prime, i macchinari, gli elementi prefabbricati) che l'impresa principale necessita per l'esecuzione dei lavori richiesti e che non deve produrre da sé. Altrimenti detto, il fornitore lavora dietro le quinte o esegue prestazioni di secondaria importanza. La fornitura all'impresa principale avviene per la maggiore sulla base di un contratto di compravendita (art. 184 CO; cfr. Beat Joss, op. cit., n. a margine 18 ad art. 31 LAPub con ulteriori riferimenti). Ci si trova invece in presenza di un appalto se il prodotto ricercato ha un carattere personale marcato o è stato appositamente fabbricato per soddisfare i bisogni di chi l'ha commissionato impartendo istruzioni mirate, volte a definirne le caratteristiche e la specificità (Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 2016, n. 3538, p. 480).

E. 3.3.4

Se un terzo fornisce prestazioni edili che sono giuridicamente dovute dall'impresa principale, ma che quest'ultima affida direttamente o dopo un'ulteriore lavorazione al committente, un tale terzo deve essere considerato praticamente sempre come subappaltatore. In effetti, il suo coinvolgimento nella prestazione risulta quasi in ogni caso talmente intenso da doverlo ritenere direttamente implicato nell'adempimento della promessa di prestazione fatta dall'impresa principale al committente (Beyeler, Der

Geltungsanspruch des Vergaberechts, op. cit., n. 1368, 1371).

E. 3.4.1

Il punto 3.5 del bando e il punto 2.10 della parte 1 delle disposizioni particolari nella documentazione di gara stabiliscono proprio che i lavori e le prestazioni relative alle opere di carpenteria metallica e le prestazioni da fornire da parte della persona chiave 5, ossia il Direttore di cantiere strutture per il Lotto 2101, devono essere eseguiti dall'offerente (in caso di consorzio da membri del consorzio), vale a dire non da subappaltatori.

E. 3.4.2

Nella relazione tecnica generale al punto 10.2 intitolato "Sistema statico struttura principale" si legge in sostanza che il nuovo stabilimento industriale ferroviario è costituito da una struttura portante monopiano in carpenteria metallica (acciaio). Dallo stesso punto emerge inoltre che gli ambienti multipiano (3 piani fuori terra) destinati ad ospitare gli uffici amministrativi e le lavorazioni di piccole componenti sono previsti con strutture verticali in carpenteria metallica e strutture orizzontali di piano miste "acciaio-calcestruzzo". Il blocco della logistica, dedicato ad ospitare i depositi delle merci e delle componenti pesanti, è previsto con strutture verticali in carpenteria metallica e strutture orizzontali di piano miste "acciaio-calcestruzzo". La copertura è di tipo piano supportata da travi reticolari ordite in direzione trasversale rispetto allo sviluppo globale dell'edificio NSIF (punto 10.2 della relazione tecnica generale). Il sistema di stabilità alle forze orizzontali è costituito dai nuclei scale disposti all'interno del blocco amministrativo e realizzati in calcestruzzo armato gettato in opera, combinato con controventi in carpenteria metallica (idem).

E. 3.4.3

Il punto 11.6 della relazione tecnica generale è consacrato espressamente al concetto del trasporto e montaggio delle opere in carpenteria metallica e prevede quanto segue: "Gli elementi principali in carpenteria sono fabbricati in officina tramite usuali tecniche (saldature, verniciature, ecc...). Di principio, per facilitare il trasporto, appare razionale la prefabbricazione di elementi di lunghezza massima 18-25 m e altezza inferiore a 5.5 metri. Gli elementi della reticolare principale sulla falda vetrata sono assemblati in officina mentre gli altri elementi strutturali sono assemblati "a terra", tramite bullonature/saldature provvisorie di montaggio; successivamente sono sollevati e posati con l'ausilio di autogrù e vengono collegati in opera fra loro nella posizione definitiva tramite saldatura. Il ricorso alla prefabbricazione in officina consente di adottare un sistema di costruzione veloce, razionale e di buona qualità. Per garantire la stabilità della struttura della carpenteria metallica è fondamentale che i vani scale in calcestruzzo (zona amministrazione) siano preventivamente realizzati. Diversamente saranno da prevedere degli elementi di stabilizzazione (controventi) provvisori."

E. 3.4.4

Nella "Parte 1: Disposizioni procedurali" del capitolato (pag. 38) riguardo ai requisiti minimi del programma lavori dettagliato è obbligatorio che in esso figurino la durata della progettazione delle carpenterie metalliche della struttura portante, il termine per l'ordinazione della stessa, la durata della produzione e la durata del montaggio.

E. 3.4.5

Secondo il documento 7.01 delle disposizioni della committente per il Lotto 2101 Impresa Totale, le quantità principali di acciaio sono state fissate a ca 11'000 tonnellate.

E. 3.5

Le disposizioni del bando e del capitolato poc'anzi esposte, in particolare la relazione tecnica (consid. 3.4.2 seg.) e le disposizioni procedurali (consid. 3.4.4), conferiscono prima di tutto un ruolo di rilievo alla fabbricazione delle opere di carpenteria metallica nell'ambito della presente commessa. La relazione tecnica stabilisce in pratica che tutte le fasi di lavoro, a partire dalla prefabbricazione in officina, passando per la fabbricazione, la realizzazione fino all'assemblamento e alla posa della carpenteria metallica nelle dimensioni desiderate, costituiscono la prestazione principale e caratteristica della commessa. In questo ambito, le prescrizioni di gara vietano esplicitamente il subappalto. Questo significa che i concorrenti non possono affidare a terzi l'esecuzione delle prestazioni elencate per le opere di carpenteria metallica e che simili lavori devono essere eseguiti proprio dall'offerente stesso. Contrariamente all'interpretazione che le ricorrenti intendono attribuire al divieto di subappalto in questione, di fronte al chiaro testo delle prescrizioni di gara, non sono tanto gli aspetti cantieristici quanto tutta la fase di produzione della carpenteria metallica fino all'assemblaggio e alla posa in cantiere ad assumere il ruolo della prestazione caratteristica. Questa fase non può dunque essere intesa come una semplice fornitura. La concreta impostazione del bando e della documentazione di gara è incentrata sulla produzione degli elementi di carpenteria metallica su misura e non sull'acquisto di prodotti standardizzati. Pertanto, la realizzazione in officina di carpenteria metallica su specifica ed individuale ordinazione del cliente, la sua fornitura e il montaggio in cantiere rivestono una prevalente funzione di appalto di lavoro e non di fornitura (cfr. consid. 3.3.3 seg.). In virtù del carattere di appalto in riferimento alle opere di carpenteria metallica è irrilevante e non cambia nulla il fatto, sollevato dalle ricorrenti, che le disposizioni di gara non hanno richiesto la presentazione della lista dei macchinari necessari alla produzione della carpenteria metallica.

E. 3.6

Le ricorrenti contestano, in sede di replica, la legittimità della clausola relativa al divieto di subappalto per le opere di carpenteria metallica, nella misura in cui tale disposizione, a loro modo di vedere, potrebbe ledere il promovimento di una concorrenza efficace ed equa tra gli offerenti (art. 2 lett. d LAPub), ovvero uno dei principi cardine del diritto in materia di appalti pubblici. Contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, il Tribunale ritiene che il significato e la portata del divieto di subappalto per le opere di carpenteria metallica (cfr. consid. 3.5) erano chiaramente riconoscibili dal bando di concorso e dalla documentazione di gara (cfr. intero consid. 3.4), quest'ultima del resto resa disponibile a tutti i concorrenti simultaneamente alla pubblicazione del bando di concorso. In quest'ottica, eventuali illegalità e scorrettezze nella definizione del divieto di subappalto relativamente alle opere di carpenteria metallica avrebbero dovuto essere rivendicate, in conformità alla prassi costante, in un procedimento di ricorso contro il bando di concorso (cfr. art. 53 cpv. 2 LAPub; cfr. sentenze del TAF B-5287/2023 del 5 marzo 2024 consid. 4.6.1 e 4.6.3.2, B-415/2023 del 16 maggio 2023 consid. 4.4, B-1606/2020 dell'11 febbraio 2022 consid. 6.3.1, B-2421/2020 del 24 agosto 2020 consid. 3.3, DTAF 2014/14 consid. 4.4). Le contestazioni mosse dalle ricorrenti si rivelano dunque tardive ed inammissibili.

E. 3.7

Di seguito occorre esaminare la questione di sapere se l'autorità aggiudicatrice poteva concludere, sulla base dei chiarimenti e delle indagini attuati in fase di procedura di aggiudicazione (consid. 3.7.1 segg.), che le ricorrenti fossero contravvenute al divieto di subappalto relativamente alle opere di carpenteria metallica.

E. 3.7.1

In vista di una prima riunione chiarificatrice, in data 23 giugno 2023 la committente ha sottoposto alle ricorrenti tra l'altro la seguente domanda preliminare (domanda 52): Si chiede all'offerente di dettagliare i seguenti concetti: 1. Dove avviene la fabbricazione delle carpenterie metalliche? 2. In che modo avviene il trasporto in cantiere? Quali sono i flussi di mezzi previsti? Quali sono i percorsi previsti? Con quale frequenza avvengono le forniture?

E. 3.7.2

Le ricorrenti hanno fatto pervenire in data 27 luglio 2023 la loro risposta dettagliata alla domanda 52: 1. La fabbricazione delle carpenterie sarà fatta da D. _____, avente sede a (...). 2. Il trasporto in cantiere avverrà [...].

E. 3.7.3

In data 23 agosto 2023 la committente ha esperito un sopralluogo presso il sito produttivo di D. _____ a (...). Nel rapporto interno della committente stilato a tale proposito vengono riportate nel riassunto finale le seguenti conclusioni: Con la visita in stabilimento non si è potuto comprovare che la ditta D. _____ disponga di uno stabilimento industriale che permetta l'esecuzione di tutte le lavorazioni necessarie, dalla fornitura dei profili grezzi, per la realizzazione dei profili finiti per la consegna in cantiere e seguente messa in opera. Emerge inoltre la necessità di chiarire con l'offerente Consorzio X. _____ le modalità di fornitura e messa in opera delle facciate, nello specifico chi se ne occuperà. A seguito della visita allo stabilimento si è potuto appurare che la ditta D. _____ produce prevalentemente tubolari di acciaio e limitati elementi di carpenteria. Gli stessi rappresentanti del Consorzio X. _____ non citano la D. _____ ma la ditta L. _____ a garanzia della capacità di esecuzione dell'opera da parte dell'offerente. Presumibilmente si ritiene che l'intera produzione delle carpenterie sarà fatta da L. _____ e non da D. _____. È pertanto necessario chiarire con l'offerente il concetto di produzione, fornitura e messa in opera delle carpenterie metalliche. In dettaglio, relativamente all'organizzazione della produzione, il rapporto del sopralluogo contiene, per quanto sia rilevante nel caso di specie, le seguenti osservazioni: D. _____ ordina i profili tagliati, forati e cianfrinati sulla base dei piani di officina. D. _____ non acquista profili vergini. [...] Per il NSIF, D. _____ indica che l'assemblaggio della carpenteria è previsto sia in officina D. _____ sia in sito. Travi di copertura assemblate/saldate in cantiere (necessario chiarire [...] se conforme alla condizione d'appalto di "Produzione in proprio della carpenteria metallica" ndr).

E. 3.7.4

In vista di un'ulteriore riunione chiarificatrice, il 29 gennaio 2024 la committente ha sottoposto preliminarmente alle ricorrenti la seguente domanda: Carpenteria metallica - prestazioni D. _____. Una delegazione FFS ha visitato il sito di produzione di D. _____. Alla luce di questa visita, vogliate chiarire i punti seguenti: - Quali prestazioni svolge effettivamente D. _____ per le carpenterie metalliche? Vogliate trasmettere una lista esaustiva di tutte le lavorazioni svolte da D. _____. - Come sono gestite la

produzione, la fornitura e la posa della facciata? Tutte queste prestazioni sono svolte da D. _____? Se no, vogliate indicare da chi saranno effettivamente svolte. In data 16 febbraio 2024 le ricorrenti hanno risposto nel seguente modo: Durante il sopralluogo effettuato presso la sede D. _____ di (...), è stato illustrato il processo produttivo ed è stato visitato lo stabilimento produttivo. D. _____ potrà avvalersi anche della collaborazione dei siti produttivi del proprio gruppo. Le attività che saranno svolte saranno di acquisto materie prime presso i relativi produttori, di successiva lavorazione in officina (assemblaggio, saldatura, controllo qualità, controlli dimensionali ecc.) e di montaggio in cantiere. Per quanto concerne le facciate, D. _____ conferma che è in contatto con più società specializzate e qualificate nella realizzazione ed installazione di facciate e coperture. Al momento, non è stato ancora definito e deciso a quali società sarà affidato l'incarico esecutivo, che sarà comunicato alle FFS durante la fase esecutiva del lavoro.

E. 3.7.5

Il 23 febbraio 2024 si è svolta la seconda riunione di chiarimento. Nell'allegato al verbale risultano le seguenti affermazioni: FFS SA chiede di indicare il gruppo e siti produttivi e di chiarire chi svolge le attività menzionate nella risposta. L'offerente risponde che D. _____ fa parte del gruppo L. _____, che ha sede a (...). Le strutture delle carpenterie metalliche potranno essere fabbricate da D. _____ o in uno dei siti produttivi del gruppo L. _____. L'offerente ricorda che D. _____ è di proprietà di L. _____. FFS SA ricorda che questo punto era stato discusso nella prima riunione di chiarimento e D. _____ aveva indicato che "La ditta D. _____ non ha nessuno scambio finanziario con L. _____, le due ditte sono distinte." FFS SA chiede di chiarire. L'offerente risponde che D. _____ è un'entità indipendente ma allo stesso tempo fa parte del gruppo L. _____. D. _____ potrà dare una parte delle strutture a L. _____ che le costruisce in un altro stabilimento sempre del gruppo L. _____. In caso di necessità, tenuto conto dello slittamento del programma lavori inizialmente previsto, D. _____ potrà avvalersi di un'altra azienda del gruppo L. _____ come pure di altri partner locali svizzeri. Durante la prima riunione di chiarimento, tenuto conto dei problemi finanziari di L. _____, l'offerente ha preferito non discutere della possibilità di avvalersi del supporto del gruppo; ora che L. _____ ha risolto i problemi finanziari, l'appartenenza al gruppo L. _____ è un valore aggiunto di D. _____. Nello scambio di e-mail del 26 febbraio 2024 e del 4 marzo 2024, successivo alla ricezione del verbale, le ricorrenti hanno chiesto di precisare che "il Metalcostruttore è D. _____". Tuttavia, la committente ha risposto di non poter tener conto di questa richiesta in quanto si trattava di una nota post-riunione. Il verbale è stato poi sottoscritto in questa forma.

E. 3.7.6

In data 23 aprile 2024 ha avuto luogo la terza ed ultima riunione chiarificatrice. Dal relativo verbale emerge che su domanda della committente di indicare la capacità produttiva di D. _____ in tonnellate annue d'acciaio, le ricorrenti hanno precisato che "La stessa (D. _____) ha una capacità produttiva di [...] tonnellate di acciaio all'anno; il gruppo L. _____ ha una capacità produttiva di [...] ton / anno.". A seguito di un'ulteriore richiesta di chiarimento secondo cui il rapporto annuale di D. _____ avrebbe indicato una capacità produttiva di [...; valore inferiore alle dichiarazioni] tonnellate all'anno nell'ambito delle costruzioni metalliche, le ricorrenti hanno specificato che il dato in questione era riferito ai tubi. All'ulteriore domanda della committente in quale sito verranno prodotte le carpenterie metalliche, le ricorrenti hanno risposto che "una parte delle carpenterie verranno prodotte da

D. _____ in Svizzera e una parte presso gli stabilimenti di L. _____ in Italia. L. _____ ha [...] siti di produzione e il Signor [...] propone a FFS SA di andare a visitarne alcuni."

E. 3.8

Da un'analisi della fase dei chiarimenti appena esposta e degli argomenti delle parti scaturiscono le seguenti riflessioni e conclusioni.

E. 3.8.1

Malgrado le ricorrenti insistano nel dire di non avere mai dichiarato il subappalto per le opere di carpenteria metallica, esse hanno espresso a diverse riprese nelle loro risposte la possibilità di fare capo a subappaltatori e di servirsi della collaborazione dei siti produttivi del proprio gruppo o di altri partner locali svizzeri per la fabbricazione delle carpenterie metalliche (cfr. consid. 3.7.2, 3.7.4, 3.7.5) e infine, nel terzo chiarimento, prospettato esplicitamente la suddivisione della produzione della carpenteria metallica tra gli stabilimenti di D. _____ e quelli di L. _____ (consid. 3.7.6). Le risposte date nell'ambito dei primi due chiarimenti d'offerta potevano ragionevolmente insinuare nella committente dei dubbi riguardo all'ossequio delle disposizioni sul subappalto, rendendo necessarie ulteriori verifiche.

E. 3.8.2

Le constatazioni riscontrate dalla committente nell'ambito del sopralluogo presso il sito di produzione di D. _____ (cfr. consid. 3.7.3) non fanno altro che incrementare la possibilità di subappalto insinuata con le risposte menzionate. Vale la pena evidenziare che le ricorrenti non contestano il fatto che al momento del sopralluogo non vi fossero i macchinari necessari alla lavorazione dell'acciaio. Tuttavia, esse specificano che se li sarebbero semmai procurati solo in caso di aggiudicazione, tanto più che il bando non avrebbe imposto agli offerenti di essere in possesso dei macchinari già al momento dell'inoltro dell'offerta, né di presentare la lista dei macchinari. Questo ragionamento non può essere condiviso. Con il divieto di subappalto in riferimento alle opere di carpenteria metallica la committente ha manifestato la volontà di imporre agli offerenti l'esecuzione della commessa, a tale riguardo, con il proprio personale, i propri mezzi tecnici e il proprio know-how. In questa misura, l'idoneità tecnica, le capacità e le attitudini degli offerenti acquisiscono una rilevanza particolare, in special modo anche nella verifica dell'osservanza delle disposizioni in materia di subappalto su cui la committente era tenuta ad indagare di fronte ai dubbi destatati nelle risposte. È quindi irrilevante se il bando non aveva previsto un obbligo per gli offerenti di disporre dei macchinari necessari per la carpenteria metallica al momento dell'inoltro dell'offerta e di presentare una lista corrispondente. Invece, è determinante che la committente possa essere in grado di decidere se al momento dell'aggiudicazione gli offerenti rispettano le prescrizioni del bando in materia di subappalto. La situazione nel caso di specie è dunque un'altra di quella presentatasi nella sentenza B-351/2022 del 18 maggio 2022, richiamata dalle ricorrenti. In effetti, in quell'evenienza la parte ricorrente aveva ritenuto che l'aggiudicataria avesse dovuto essere esclusa dalla gara per non essere stata in possesso dell'autorizzazione OIBT (Ordinanza sugli impianti a bassa tensione) al momento dell'aggiudicazione. Lo scrivente Tribunale ha stabilito che tale autorizzazione costituisce una condizione legale per realizzare i lavori che deve essere adempiuta al più tardi al momento della loro esecuzione. L'interpretazione del rinvio esplicito a questa condizione, in particolare all'OIBT, nei documenti di gara

permetteva dunque di ritenere che non si trattasse di un criterio di idoneità, bensì di una serie di norme atte a regolare il rapporto tra l'aggiudicataria e l'autorità aggiudicatrice una volta pronunciata la delibera (cfr. menzionata sentenza del TAF B-351/2022 consid. 2.3.3). Ne segue che il richiamo alla sentenza menzionata non apporta alcun beneficio alle ricorrenti in quanto la medesima non può essere applicata alla fattispecie in esame.

E. 3.8.3

Secondo le asserzioni delle ricorrenti nel presente procedimento, esse intendono il possibile coinvolgimento di altre società come semplice fornitura di un materiale considerato standardizzato, e quindi non come subappalto. Inoltre, le ricorrenti si dolgono che la committente abbia estrapolato dal contesto una presunta dichiarazione di D. _____ in sede di sopralluogo, secondo cui questa avrebbe acquistato i "profili tagliati, forati e cianfrinati sulla base dei piani di officina" e non avrebbe acquistato profili vergini. Esse specificano, in seguito alla domanda della committente di spiegare in termini generali l'organizzazione della produzione, di aver risposto che, in genere, "i profili vengono ordinati già tagliati, forati e cianfrinati", ciò che sarebbe una consuetudine per le ditte del settore, "che spesso affidano la prelaborazione ad aziende esterne, allo scopo di ottimizzare i processi". Questo non starebbe a significare che D. _____ non sia in grado di eseguire tali lavorazioni, come dimostrerebbero le referenze allegate all'offerta e gli enormi spazi a sua disposizione. Le tesi ricorsuali poc'anzi esposte non possono essere seguite. Come già evidenziato, le ricorrenti si basano prima di tutto su un'interpretazione della prestazione caratteristica delle opere di carpenteria metallica che non si lascia in alcun modo conciliare con le chiare disposizioni contenute nella documentazione di gara (cfr. consid. 3.4 segg.). Da questo punto di vista, quello che le ricorrenti intendono come fornitura, ossia in generale l'affidamento della prelaborazione dei profili a ditte esterne rientra invece nella nozione di (sub)appalto (cfr. consid. 3.5). Le ricorrenti misconoscono poi che "gli enormi spazi" a disposizione della D. _____ per la fabbricazione della carpenteria metallica erano vuoti al momento del sopralluogo, ciò che non viene contestato e del resto si può evincere dalle foto contenute nel rapporto corrispondente. Inoltre, il semplice rinvio alle referenze indicate nell'offerta non può compensare il mancato adempimento delle disposizioni di gara sul subappalto e non serve quindi a colmare le relative lacune riscontrate in sede di chiarimenti d'offerta.

E. 3.8.4

Le asserzioni ambigue delle ricorrenti circa la relazione di D. _____ con la ditta L. _____ e il relativo gruppo (consid. 3.8.4.1), nonché riguardo ai dati contenuti nei rapporti annuali di D. _____ (consid. 3.8.4.2), non depongono a loro favore.

E. 3.8.4.1

La dichiarazione fornita dalle ricorrenti nella prima riunione di chiarimento secondo cui D. _____ e L. _____ sarebbero due ditte distinte senza nessuno scambio finanziario entra in contraddizione con le indicazioni nei rapporti annuali di D. _____ a cui la committente e le controparti fanno riferimento. Dalle informazioni nei menzionati rapporti si evincono non solo gli scambi finanziari tra le due imprese, ma anche il ruolo della L. _____ SpA di cosiddetta "parte correlata", ossia una società in grado di esercitare controllo e una notevole influenza sulle altre entità del gruppo. Secondo il comunicato stampa di D. _____ del [...] a cui la committente e le controparti rinviano, L. _____ SpA detiene il 100% della M. _____ S.A., con sede a [...]. A sua volta, M. _____ S.A. detiene l'81% di D. _____.

Nei chiarimenti successivi le ricorrenti hanno poi dichiarato espressamente la possibilità di avvalersi del supporto della L. _____ SpA e di altre ditte dell'omonimo gruppo per le opere di carpenteria metallica, questo in seguito al miglioramento della situazione finanziaria di L. _____ SpA, allora apparentemente non più in stato di concordato preventivo. La possibilità paventata dalle ricorrenti non solo stride con il divieto di subappalto in questione, ma non tiene nemmeno conto che in materia di appalti pubblici non esiste automaticamente un diritto di regresso ("Durchgriff") contro le società di un gruppo di cui l'offerente fa parte. Se quest'ultimo intende ascrivere la fornitura di prestazioni ad altre società del gruppo, è necessario che egli coinvolga la società del gruppo interessata concretamente nell'offerta come subappaltatore o fornitore e ciò non può avvenire senza che sia stato prodotto un accordo o una dichiarazione corrispondente da parte della società del gruppo (cfr. decisioni incidentali del TAF B-3374/2019 del 2 settembre 2019 consid. 7.4 e B-1600/2014 del 2 giugno 2014 consid. 4.4.6 f.; M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, op. cit., n. 1380). Le ricorrenti non menzionano nulla al riguardo. Infine, dal comunicato stampa di D. _____ citato sopra, si evince che per far fronte alle difficoltà finanziarie, L. _____ SpA ha presentato dinanzi al giudice italiano competente una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale e il piano di concordato prevede in particolare la dismissione della partecipazione di controllo di L. _____ SpA nella D. _____ SA.

E. 3.8.4.2

Le dichiarazioni delle ricorrenti riguardo alla capacità produttiva di D. _____ di [...] tonnellate di acciaio all'anno non corrispondono alle indicazioni riportate nei rapporti annuali di D. _____, ossia [...] tonnellate all'anno nell'ambito delle costruzioni metalliche. Giova ricordare che per la commessa in oggetto l'offerente doveva garantire una capacità di produzione di 11'000 tonnellate d'acciaio sull'arco di 14 mesi. I tentativi di spiegazione delle ricorrenti secondo cui il valore menzionato sia riferito al solo settore di produzione dei tubi e che l'inserimento di questo dato nel rapporto annuale, nella sezione della carpenteria al posto di quella riferita ai tubi, sia riconducibile ad un errore redazionale, sono poco convincenti. Come giustamente sostenuto dalla committente e dalle controparti, il dato indicato è stato pubblicato in tutti i rapporti annuali per gli anni 2020-2023 e può essere ritenuto attendibile, posto che le relazioni annuali di società anonime sottostanno all'approvazione della rispettiva assemblea generale degli azionisti (art. 698 cpv. 2 cifra 3 CO). Per giunta, dal relativo estratto del rapporto annuale di D. _____ per il 2023, allegato dalla committente e dalle controparti, risulta che con la produzione di tubi in acciaio inox viene realizzato un fatturato corrispondente a [...] %, contro un fatturato del [...] % generato dalla produzione di carpenteria metallica. Queste indicazioni rendono plausibili le conclusioni della committente secondo cui l'attività di D. _____ consiste in prevalenza nella produzione di tubolari di acciaio e limitatamente nella produzione di elementi di carpenteria.

E. 3.8.4.3

Visto quanto precede, la futura prevista dismissione della partecipazione di L. _____ SpA a D. _____, la mancanza di macchinari riscontrata in occasione del sopralluogo e le indicazioni nei rapporti annuali di D. _____ riguardo alla capacità produttiva della carpenteria metallica, trovandosi in contraddizione con le risposte delle ricorrenti, accrescono i timori che D. _____ non sia in grado di eseguire in proprio le opere di carpenteria metallica.

E. 3.8.5

In base ad un apprezzamento globale e complessivo delle risposte date in sede di chiarimenti d'offerta e dell'esito del sopralluogo presso D. _____, nonché degli argomenti sollevati nel presente procedimento, lo scrivente Tribunale perviene alla conclusione che l'autorità aggiudicatrice poteva a giusto titolo ritenere che non fosse stato rispettato il divieto di subappalto esplicitamente previsto dal bando per le opere di carpenteria metallica. Pertanto, il rimprovero delle ricorrenti, rivolto all'autorità aggiudicatrice per aver accertato in modo scorretto la fattispecie in questo punto, si rivela ingiustificato.

E. 4.1

Secondo le chiare disposizioni di gara già citate, le opere di carpenteria metallica, che costituiscono lo scheletro dell'edificio NSIF e a cui viene attribuito un ruolo di primo piano, dovevano essere eseguite in proprio dagli offerenti e non erano ammessi subappaltatori. Gli accertamenti esperiti dalla committente, in particolare mediante le domande preliminari, le tre riunioni chiarificatrici e il sopralluogo presso il sito produttivo di D. _____, hanno rivelato nel complesso che le ricorrenti hanno lasciato chiaramente intendere di affidare almeno in parte le opere di carpenteria metallica a dei subappaltatori e inoltre dato delle indicazioni diverse da quelle risultanti dai rapporti annuali di D. _____ riguardo alla capacità produttiva annuale di D. _____ per le costruzioni metalliche. L'offerta delle ricorrenti non adempie dunque un requisito del bando di concorso. Il vizio riscontrato non può essere assimilato ad un semplice errore di forma o ad una svista, ma riveste un peso essenziale e considerevole. Dinanzi alle chiare prescrizioni del bando e del capitolato di gara sul divieto di subappalto per la carpenteria metallica, su cui la committente ha reso espressamente attente le ricorrenti anche in sede di chiarimenti, e in considerazione dell'esito dei numerosi accertamenti esperiti, mal si vede per quali motivi la committente avrebbe ancora dovuto interpellare le ricorrenti prima di emanare la decisione impugnata e la comunicazione della loro esclusione. Ne segue che non si realizza né un eccesso di formalismo né una violazione del principio della proporzionalità e l'autorità aggiudicatrice ha estromesso l'offerta delle ricorrenti a giusto titolo dalla gara.

E. 4.2

A nulla valgono le ulteriori argomentazioni delle ricorrenti al fine di suffragare la loro idoneità a svolgere la commessa.

E. 4.2.1

Nella misura in cui esse continuano ad affermare di aver adempiuto i requisiti posti in particolare alle quantità di acciaio richieste per gli oggetti di riferimento (3'000 tonnellate l'anno) nei rispettivi criteri di idoneità (cfr. punto 3.8 del bando), le medesime sottovalutano che il rispetto dei criteri di idoneità non può colmare le carenze dimostrative riguardo al compimento in proprio delle opere di carpenteria metallica.

E. 4.2.2

Nelle loro comparse le ricorrenti sviluppano ampiamente l'aspetto delle ottimizzazioni di progetto sottoposte dalla committente agli offerenti nel corso della procedura di aggiudicazione. A loro avviso, si sarebbe trattato di modifiche sostanziali che avrebbero stravolto il progetto. A prescindere dalla rilevanza dell'argomento ai fini della presente vertenza, lo scrivente Tribunale constata che le ricorrenti, come del resto gli altri offerenti, hanno avuto modo di integrare le ottimizzazioni nella loro offerta in seguito ai chiarimenti,

quindi si può partire dal presupposto che le abbiano accettate. Ora, mal si comprende perché esse si siano riservate di tornare sull'argomento in sede di ricorso. Inoltre, con la censura sollevata le ricorrenti non sembrano mirare all'accertamento di una presunta illiceità delle modifiche progettuali, ma tendono piuttosto a lasciar concludere che la committente non avrebbe loro dato la possibilità di ottimizzare l'offerta e profuso loro un compenso economico per la progettazione se non le avesse ritenute idonee. Così facendo, le ricorrenti tralasciano di considerare che l'aggiornamento delle offerte e la concessione di un riconoscimento economico non le esulavano dall'ossequiare le disposizioni in materia di subappalto.

E. 5

In conclusione, l'offerta delle ricorrenti disattende il divieto di demandare a terzi le opere di carpenteria metallica ai sensi della prestazione caratteristica della commessa. Per questo motivo l'estromissione delle ricorrenti dalla gara si rivela legittima. 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 sulla 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.). Ne segue che il ricorso è infondato e va respinto.

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'affari 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 della ricorrente quei documenti della 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. 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

Le ricorrenti hanno unicamente contestato la propria esclusione a causa del mancato ossequio dei limiti del subappalto. Per rispondere alla relativa questione litigiosa di sapere se l'offerta delle ricorrenti adempie i requisiti del bando e della documentazione di gara in merito al subappalto, è bastato basarsi sulle indicazioni riportate nel bando di concorso, nella documentazione di gara, nei verbali delle riunioni chiarificatrici riferite alle ricorrenti, nel rapporto interno sull'ispezione negli stabilimenti di D. _____, nonché sulle asserzioni nelle comparse delle parti e della committente, compresi gli allegati. Le ricorrenti hanno avuto facoltà di consultare una versione degli atti di gara destinata al loro uso, in particolare i verbali delle riunioni di chiarimento e il rapporto dell'ispezione degli stabilimenti degli offerenti nella parte a loro riservata. Di contro, gli ulteriori atti di gara, in particolare le offerte degli altri concorrenti, la valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione, gli scambi di corrispondenza, nonché tutti i verbali delle riunioni con le controparti e un ulteriore offerente, come pure il rapporto interno di ispezione dei siti produttivi di G. _____ SA, non sono rilevanti per la presente questione litigiosa. Laddove il diritto di esaminare gli atti non è stato concesso o concesso solo limitatamente, il Tribunale, in base al rapporto completo interno concernente l'ispezione degli stabilimenti degli offerenti, ha potuto confermare le asserzioni della committente secondo cui la ditta consorziata delle controparti rispetta le condizioni di gara per quanto riguarda il tema della produzione in proprio delle carpenterie metalliche. Il Tribunale ha quindi potuto accertarsi, conformemente alla prassi, che la committente non ha violato il principio della parità di trattamento per aver ammesso alla valutazione dei criteri di aggiudicazione altri offerenti che non soddisfano i limiti del subappalto. In considerazione della questione litigiosa, visti l'esito del ricorso e la prassi poc'anzi citata in ingresso, non è più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già predisposto nella fase di istruzione. Pertanto, la relativa richiesta di edizioni aggiuntive delle ricorrenti va respinta.

E. 7

L'emanazione del presente giudizio rende superfluo il disbrigo della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo, divenuta priva d'oggetto.

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 disborsi (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 visto che le ricorrenti sono da considerare quale parte soccombente, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 50'000.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato in data 18 giugno 2024, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

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, in Handkommentar Trüeb, op. cit., n. a margine 32 ad art. 55 LAPub).

E. 8.2.3

Le controparti si rivelano parte vincente. Patrocinate da un avvocato, esse hanno diritto alla rifusione di un'indennità per spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA in combinato disposto con l'art. 7 cpv. 1 TS-TAF e gli artt. 8-10 TS-TAF). Nella misura in cui al Tribunale non è pervenuta alcuna nota d'onorario e posto che l'intervento del patrocinatore è costituito da una risposta e da una duplice di 13 rispettivamente 6 pagine, si giustifica di fissare l'indennità, in funzione delle particolarità della procedura, a fr. 5'000.- e metterla a carico delle ricorrenti.

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