

BVGer B-3804/2020 vom 18. Januar 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-01-18, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3804_2020

FR: TAF B-3804/2020 du 18 janvier 2021

IT: TAF B-3804/2020 del 18 gennaio 2021

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; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

E. 1.1

A seguito della revisione del diritto in materia di acquisti pubblici, il 1° gennaio 2021 sono entrate in vigore la nuova legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (nLAPub, RS 172.056.1) e la relativa ordinanza del 12 febbraio 2020 (nOAPub, RS 172.056.11). La presente procedura di aggiudicazione è stata avviata e si è conclusa prima dell'entrata in vigore della legge riveduta. Pertanto, il diritto previgente - vale a dire la legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 e la relativa ordinanza dell'11 dicembre 1995 (in seguito LAPub, OAPub, RU 1996 508, 518 e RU 2020 641, 691) - è determinante anche per la procedura di ricorso (cfr. art. 62 nLAPub).

E. 1.2

Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 LAPub).

E. 1.3

La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT [RS 0.632.231.422]; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). La LAPub è applicabile soltanto se il committente è soggetto a questa legge (art. 2 cpv. 1 LAPub), se il tipo di commessa rientra nelle definizioni di cui all'art. 5 LAPub, il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia fissati dall'art. 6 cpv. 1 LAPub e se all'applicazione di tale legge non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub. Come dimostrato di seguito, tali presupposti sono adempiuti nel caso di specie.

E. 1.3.1

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

E. 1.3.2

Il presente acquisto, denominato "N13 EP27 Castione-Roveredo, Direzione locale dei lavori (DDL) e accompagnamento ambientale dei lavori (AAL)" (punto 2.2 del bando), è definito ai sensi di una commessa di servizi (punto 1.8 del bando). 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 menzionate all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT è stata ripresa nell'allegato 1a dell'OAPub (cfr. art. 3 cpv. 2 OAPub). Detta lista si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti ("Central Product Classification", CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991), la quale è determinante per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizi assoggettata (cfr. DTAF 2011/17 consid. 5.2.2). Al punto 2.5 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alla categoria 71247000 "Supervisione di lavori di costruzione" secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV), la quale a sua volta corrisponde al numero di riferimento 867 secondo la CPC, come pure alla categoria 27 della CPC denominata "altri servizi". Inoltre, al punto 1.9 del bando è esplicitamente indicato che la presente commessa si colloca nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. La commessa in narrativa è pertanto suscettibile di rientrare 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. 1.3.3

Considerato l'importo dell'offerta aggiudicataria, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. b dell'ordinanza del 19 novembre 2019 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR] sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2020 e 2021, RU 2019 4101, RU 2020 4165).

E. 1.3.4

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

E. 1.4

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

E. 1.4.1.1

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

E. 1.4.1.2

La LAPub non contiene una disposizione specifica relativa al diritto a ricorrere in materia di acquisti pubblici, per cui la questione deve essere giudicata in base alla legge federale sulla procedura amministrativa (art. 26 LAPub; art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2).

E. 1.4.1.3

Conformemente alla giurisprudenza più recente del Tribunale federale, la circostanza che qualcuno abbia partecipato alla gara pubblica e la sua offerta non sia stata considerata per l'aggiudicazione non basta per ammettere il suo diritto a ricorrere contro quest'ultima. L'offerente soccombente ha un interesse degno di protezione ad adire il Tribunale amministrativo federale unicamente se fruisce di una reale possibilità di vedersi aggiudicare la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.). La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure dell'insorgente. La fondatezza delle censure ricorsuali può sia fare oggetto della valutazione materiale della fattispecie, sia essere verificata, a titolo preliminare, nell'ambito dell'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1; 137 II 313 consid. 3.3.3). Secondo la teoria della doppia rilevanza delle fattispecie è sufficiente che nella fase d'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso il ricorrente renda verosimile ("rende vraisemblable", cfr. sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3) che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte e che la delibera non venga assegnata ad un concorrente meglio classificato (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1).

E. 1.4.2

Le ricorrenti postulano l'annullamento della decisione di aggiudicazione, l'esclusione dell'offerta del consorzio aggiudicatario e l'aggiudicazione della commessa in loro favore. In via subordinata, chiedono l'annullamento della decisione impugnata e il rinvio degli atti al committente per nuova decisione. Le ricorrenti non sono state considerate per l'aggiudicazione. Esse hanno superato l'esame formale dell'offerta e dell'idoneità, classificandosi al secondo posto nella graduatoria del presente concorso. Pertanto, va loro riconosciuto, con particolare riferimento alle conclusioni principali, un interesse degno di protezione attuale e pratico ad insorgere contro la delibera. In effetti, se si dovesse seguire il loro ragionamento e si concludesse quindi che la preimplicazione indiretta di N. _____ è imputabile alle controparti, allora queste ultime avrebbero dovuto essere escluse dalla gara d'appalto. Visto il conseguimento del secondo rango, le ricorrenti avrebbero quindi delle reali probabilità di vedersi aggiudicare la commessa.

E. 1.4.3

Giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub il committente notifica le decisioni di cui all'art. 29 LAPub in conformità all'art. 24 cpv. 1 LAPub o mediante recapito. Secondo l'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La decisione d'aggiudicazione è stata pubblicata sul SIMAP il 6 luglio 2020 e la comunicazione separata ai partecipanti della gara è avvenuta mediante scritto dello stesso giorno. Per l'inizio del termine di impugnazione della delibera fa stato la data di pubblicazione sul SIMAP. Il termine per presentare ricorso ha quindi iniziato a decorrere il 7 luglio 2020 ed è venuto a scadenza il 27 agosto 2020 (art. 22a lett. b PA). Pertanto il presente gravame, inviato per posta in data 27 luglio 2020 e pervenuto al Tribunale il giorno seguente, risulta tempestivo.

E. 1.4.4

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 valida (art. 11

cpv. 2 PA).

E. 1.4.5

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

E. 2.1

Le ricorrenti fanno valere in sostanza che le aggiudicatarie e controparti avrebbero dovuto essere escluse dal concorso poiché il loro subappaltatore ambientale (N. _____) sarebbe una società strettamente connessa dal profilo economico ed organizzativo ad F. _____ SA (oggi: G. _____), esclusa dal bando di concorso in quanto svolge attività di supporto al committente (BHU/DGL). La preimplicazione di F. _____ SA sarebbe ascrivibile anche ad N. _____ e alle controparti.

E. 2.2

L'autorità aggiudicatrice contesta la tesi delle ricorrenti, concludendo principalmente che la censura volta ad ammettere un caso di preimplicazione indiretta sia da considerare tardiva e contraria al principio della buona fede. A mero titolo abbondanziale, l'autorità aggiudicatrice rileva che le ricorrenti non hanno dimostrato l'esistenza di una preimplicazione e neppure l'esistenza di un vantaggio concorrenziale. Nella denegata ipotesi che si dovesse ammettere il contrario, ella sottolinea che un'eventuale esclusione di N. _____ avrebbe ridotto significativamente la cerchia di potenziali offerenti per la commessa in questione, pregiudicando un'efficace concorrenza e l'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche.

E. 2.3

Le controparti sono del parere che le censure delle ricorrenti relative alla preimplicazione siano tardive e che le ricorrenti non abbiano soddisfatto l'onere probatorio loro incombente per dimostrare una preimplicazione indiretta di N. _____ e delle aggiudicatarie, nonché di un vantaggio concorrenziale. Secondo loro, non sarebbe dato nemmeno un nesso causale tra la presunta preimplicazione di N. _____ e la decisione di aggiudicazione. Infine, le controparti sostengono l'apparato argomentativo di USTRA riguardo al pregiudizio alla concorrenza.

E. 3

Prima di chinarsi sulla questione a sapere se il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla presente gara a causa di un presunto impedimento da preimplicazione indiretta occorre determinare se, come asserito dal committente e dalle controparti, la relativa censura mossa dalle ricorrenti sia da considerare tardiva.

E. 3.1.1

L'autorità aggiudicatrice sostiene che le ricorrenti avevano a disposizione tutti gli elementi per poter sollevare la censura prima dell'emanazione della decisione di aggiudicazione, vale a dire in seguito alla pubblicazione del bando di concorso o al più tardi al momento della pubblicazione delle risposte sul portale SIMAP il 10 marzo 2020. Ella puntualizza che, contrariamente al caso trattato nella sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020, il presente bando di concorso non ha escluso espressamente anche le società aventi un legame giuridico o economico stretto con una ditta estromessa dalla gara. Per USTRA le ricorrenti avrebbero dovuto conoscere la fattispecie sottoposta al TAF poiché nel progetto in

questione sarebbe stata coinvolta una società facente parte dello stesso gruppo di un membro del consorzio ricorrente. Il committente stenta perciò a capire come mai le ricorrenti abbiano atteso ben 14 giorni dopo la pubblicazione del bando, fino al 28 febbraio 2020, per formulare la domanda nella fase di gara volta a sapere se la preimplicazione di F. _____ SA dovesse essere applicata anche a N. _____. Allo stesso modo USTRA critica che le ricorrenti non abbiano minimamente reagito una volta pubblicata la risposta sul portale SIMAP e abbiano atteso fino alla resa della decisione di aggiudicazione per muovere la relativa censura, agendo in modo avverso al principio della buona fede.

E. 3.1.2

Le controparti affermano che le disposizioni del bando relative all'esclusione ed alla prevenzione sono formulate in modo chiaro ed evidente, nel senso che l'esclusione era limitata ad F. _____ SA e non estesa ad altre società economicamente o giuridicamente legate alla medesima. Esse producono la corrispondenza e-mail tra la ricorrente 1 e la controparte 2 del 14 rispettivamente 26 febbraio 2020 da cui emerge che la controparte 2 comunica di non aderire alla proposta della ricorrente 1 di partecipare alla presente gara in regime di subappalto con il consorzio composto dalle controparti (doc. 1 della risposta). In seguito le controparti spiegano che il 21 febbraio 2020 la ricorrente 3 avrebbe preso contatto telefonico con N. _____ chiedendole se fosse interessata a partecipare come membro del consorzio ricorrente alla procedura d'appalto in oggetto e quest'ultima avrebbe proposto di preferire una partecipazione in subappalto. Le controparti aggiungono che con e-mail dell'8 aprile 2020 (doc. 2 della risposta) la ricorrente 3 ha risposto negativamente alla richiesta di N. _____, formulata con e-mail del 31 marzo 2020, se fosse ancora interessata ad una collaborazione in subappalto. Da ciò le controparti deducono che le ricorrenti erano in possesso, al più tardi entro il 21 febbraio 2020, di tutti gli elementi a sostegno della censura, vale a dire ben prima della scadenza del termine di ricorso contro il bando di concorso (5 marzo 2020).

E. 3.1.3

Le ricorrenti ribattono di aver appreso della partecipazione di N. _____ unicamente al momento del debriefing, in data 15 luglio 2020. Fino alla sera del 26 febbraio 2020, dopo che la controparte 2 aveva comunicato alla ricorrente 1 di non essere interessata a partecipare con lei al presente concorso, le ricorrenti spiegano di non aver potuto immaginare che N. _____ avrebbe partecipato al concorso. Solo in seguito a detta risposta le ricorrenti avrebbero sottoposto al committente, in data 28 febbraio 2020, la domanda a sapere se N. _____ sarebbe stata esclusa. Avendo il committente pubblicato le risposte alle domande in data 10 marzo 2020, per le ricorrenti è evidente che queste risposte potevano essere impugnate unicamente con la delibera. Le ricorrenti aggiungono che la corrispondenza e-mail tra la ricorrente 3 e N. _____ prodotta dalle controparti non farebbe altro che dimostrare che la ricorrente 3 ha rifiutato una collaborazione con N. _____. Infine, le ricorrenti puntualizzano che il committente con la risposta alle domande in data 10 marzo 2020 non ha confermato la partecipazione di N. _____ al concorso, atteso che le offerte dovevano essere consegnate entro il 30 aprile 2020 e non poteva ancora sapere quali subappaltatori sarebbero stati indicati nelle offerte.

E. 3.2

Il bando di concorso (lett. b) e l'aggiudicazione (lett. a) sono considerate decisioni impugnabili singolarmente a titolo indipendente mediante ricorso giusta l'art. 29 LAPub. Di

regola, le censure in relazione al bando di concorso non possono più essere sollevate nell'ambito di una procedura di ricorso contro una decisione successiva, segnatamente la decisione sull'aggiudicazione, a condizione che il significato e la portata delle disposizioni prese siano facilmente riconoscibili (cfr. sentenza del TAF B-4288/2014 del 25 marzo 2015 consid. 3.3, DTAF 2014/14 consid. 4, decisione incidentale del TAF B-738/2012 del 14 giugno 2012 consid. 3.1). L'obbligo di contestare immediatamente le lacune riscontrate nel bando di concorso non emerge soltanto dall'art. 29 LAPub, ma anche dal principio della buona fede che serve da norma per il comportamento degli offerenti. Tuttavia, dal principio della buona fede non si può dedurre che una censura sollevata la prima volta nell'ambito di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione sia in ogni caso evidentemente tardiva per la sola ragione che essa avrebbe potuto essere sollevata anche o meglio con un gravame diretto contro il bando di concorso (cfr. DTAF 2014/14 consid. 4.4, sentenza del TAF B-1358/2013 del 23 luglio 2013 consid. 2.1 e decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 4.2.2).

E. 3.3

Nel caso di specie il bando di concorso ha previsto soltanto l'esclusione della F. _____ SA per lo svolgimento delle attività di supporto al committente, senza tuttavia estendere espressamente detta esclusione anche a tutte le ditte intrinsecamente connesse alla medesima. Per quanto le controparti rispettivamente il committente credano che al più tardi entro il 21 febbraio 2020 rispettivamente il 10 marzo 2020 le ricorrenti disponessero degli elementi sufficienti per muovere la censura della preimplicazione, le loro argomentazioni non possono essere condivise. Il fatto che il 21 febbraio 2020 la ricorrente 3 ha contattato telefonicamente N. _____ per proporre una collaborazione in comune in vista della presente gara, non dice nulla sull'effettiva partecipazione di N. _____ alla stessa. Una conferma in questo senso non può nemmeno essere desunta dalla risposta negativa del committente - pubblicata il 10 marzo 2020 - alla domanda delle ricorrenti se N. _____, appartenente alla medesima holding di F. _____ SA, fosse anch'essa esclusa dalla gara (doc. 1.4 della documentazione USTRA, domanda 7). Dalla corrispondenza e-mail del 14 rispettivamente 26 febbraio 2020 (doc. 1 della risposta delle controparti) emerge soltanto che la controparte 2 comunica di non tenere in considerazione la proposta della ricorrente 1 di partecipare alla gara in regime di subappalto per la figura di AAL. Infine, dalla corrispondenza e-mail tra N. _____ e la ricorrente 3 del 31 marzo 2020 rispettivamente 8 aprile 2020 è ravvisabile che la ricorrente 3 non ha accettato la richiesta di collaborazione di N. _____ che a sua volta aveva dichiarato di essere disponibile per una partecipazione in qualità di subappaltante. In base agli elementi risultanti dall'incarto non si può concludere che le ricorrenti siano venute a conoscenza dell'effettiva partecipazione di N. _____ al presente concorso prima del decorso del termine di ricorso contro il bando (5 marzo 2020), rispettivamente al più tardi il 21 febbraio 2020 o il 10 marzo 2020. Al contrario, è sostenibile che abbiano appreso tale informazione solo ad avvenuta aggiudicazione, al più tardi nel corso del debriefing. Di conseguenza, la censura della preimplicazione non può essere considerata né tardiva, né perentoria. L'aver sollevato tale questione nel ricorso contro l'aggiudicazione non configura alcun comportamento lesivo della buona fede.

E. 4.1.1

La LAPub non contiene una disposizione specifica per quanto attiene alla preimplicazione. I principi vigenti nel diritto federale in materia di acquisti pubblici secondo l'art. 1 LAPub risultano direttamente dall'art. VI cpv. 4 dell'Accordo GATT (sentenza del TAF

B-4602/2019 del 4 marzo 2020 consid. 3.1.1 seg. con ulteriori riferimenti). Le regole sulla preimplicazione sono una forma speciale dell'applicazione del principio della parità di trattamento da parte del committente nei confronti di tutti gli offerenti, la quale poggia sull'art. 1 cpv. 2 e sull'art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub (cfr. DTAF 2019 IV/2 consid. 6.8.3; decisione incidentale del TAF B-5439/2015 del 12 novembre 2015 consid. 3.1.4). Nell'intento di attuare una codificazione completa, la preimplicazione è stata introdotta all'art. 21a OAPub entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (cfr. Rapporto esplicativo del Dipartimento federale delle finanze del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'OAPub, di seguito: Rapporto esplicativo). Giusta l'art. 21a cpv. 1 OAPub il 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. 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 e (c.) la proroga dei termini minimi (art. 21a cpv. 2 OAPub). Nel quadro della revisione totale della LAPub, in vigore a partire dal 1° gennaio 2021, il legislatore ha regolato la questione della preimplicazione all'art. 14 nLAPub, i cui cpv. 1 e 2 corrispondono in sostanza al succitato articolo 21a cpv. 1 e 2 OAPub (cfr. Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici del 15 febbraio 2017, FF 2017 1652 segg.).

E. 4.1.2

Il cosiddetto impedimento da preimplicazione è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura (sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020 consid. 3.1.2 con ulteriori riferimenti alla prassi). La preimplicazione è suscettibile di disattendere il principio della parità di trattamento tra tutti i concorrenti; il concorrente che si trova in tale situazione può essere tentato in effetti di influenzare il committente a privilegiare la sua offerta o di sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite nell'ambito della preparazione del concorso (sentenza del TF 2P.164/2004 precitata consid. 3.1). Secondo la prassi del TF resa prima dell'entrata in vigore dell'art. 21a OAPub, l'impedimento per preimplicazione può comportare l'esclusione dell'offerta. Eccezioni sono ammesse quando il vantaggio concorrenziale può essere compensato (sentenza del TF 2P.164/2004 citata consid. 3.3). In questo caso il committente che dispone di un potere di apprezzamento esaminerà nel rispetto del principio della proporzionalità i mezzi adeguati da ordinare (cfr. decisione incidentale del TAF B-6653/2016 del 29 novembre 2016 consid. 7.2).

E. 4.1.3

In riguardo alla ripartizione dell'onere della prova le opinioni divergono (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, no 1049 con ulteriori riferimenti). Conformemente alla regola generale secondo cui chi vuol dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita deve fornirne la prova, in caso di contestazione della delibera, il concorrente che pretende di avere migliori probabilità di vedersi attribuire la commessa escludendo l'aggiudicatario presumibilmente preimplicato deve provare la preimplicazione, nonché la natura e l'intensità della medesima. Che la

preimplicazione ai sensi dell'art. 21a al. 1 lett. a LAPub comporti un vantaggio concorrenziale, rappresenta una presunzione legale. Invece, la prova che nel caso concreto non risulti un simile vantaggio o che il vantaggio di conoscenze sia stato compensato in maniera adeguata, incombe, a seconda della costellazione, all'autorità aggiudicatrice o all'offerente preimplicato (cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 precitata consid. 3.3 e 5.7.3; sentenza del TAF B-7062/2017 del 22 agosto 2019 consid. 4.5 e i riferimenti citati).

E. 4.1.4

L'esclusione dalla procedura di aggiudicazione si estende non solo alle persone o alle imprese partecipanti direttamente alla preparazione della gara, ma anche a quelle che sono strettamente legate ad esse al punto da formare tra di loro un'unità di fatto (cfr. sentenza del TAF B-4602/2019 citata consid. 3.1.4 con riferimenti alla giurisprudenza cantonale; Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren Tatbestandsvoraussetzung und -varianten des submissionsrechtlichen Ausschlussgrundes, in: BR 2011, p. 11 e i riferimenti citati). Un legame stretto ("enge Verbindung") deve sussistere tra la persona o l'impresa preimplicata e l'aggiudicataria (idem). In materia di acquisti pubblici questo legame è sostanzialmente di natura economica, ma si può fondare ugualmente sulle relazioni interpersonali (cfr. sentenza del TAF B-4602/2019 citata consid. 3.1.4 con riferimenti alla giurisprudenza cantonale). È quindi compito dell'autorità aggiudicatrice o delle autorità di ricorso valutare, tenendo conto delle circostanze del caso concreto - come il luogo di attività, la dimensione e la natura delle società, gli effettivi degli organi esecutivi, la direzione, le partecipazioni finanziarie, la cooperazione precedente, la prossimità geografica, la presenza sul mercato - se l'aggiudicataria è legata ad un membro dell'autorità o a una persona da lei sollecitata in maniera talmente stretta da risultare certo o perlomeno da lasciar supporre che delle conoscenze o delle informazioni possano esserle trasmesse o che sia stata esercitata un'influenza in suo favore (sentenza del TAF B-4602/2019 citata consid. 3.1.4 con riferimenti alla prassi e alla dottrina).

E. 4.1.5

L'autorità aggiudicatrice o le autorità di ricorso possono presumere, alla luce dello stretto legame tra la persona preimplicata e l'aggiudicataria, che secondo l'ordinario andamento delle cose e l'esperienza generale di vita, quest'ultima beneficerebbe di un vantaggio concorrenziale o di informazioni privilegiate. Si tratta di una presunzione di fatto ("tatsächliche Vermutung"; cfr. sentenza del TAF B-4602/2019 citata consid. 3.1.4 con ulteriori rinvii). In effetti, in materia di preimplicazione indiretta, la prova o le indicazioni sulla natura ed intensità del legame tra la persona preimplicata e l'aggiudicataria rientrano nella sfera personale e nell'ambito di potere di quest'ultima. Siffatti legami sono dunque in parte - in particolare in caso di relazioni interpersonali - poco evidenti da stabilire e la questione di sapere se le conoscenze specifiche del progetto acquisite dalla persona interessata siano state trasferite all'aggiudicataria non può essere stabilita in maniera diretta (sentenza del TAF B-4602/2019 citata consid. 3.1.4 con rinvio a Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 174).

E. 4.1.6

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 (cfr.

sentenza del TAF B-4602/2019 precitata consid. 4, B-3563/2016 del 22 settembre 2016 consid. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 1068).

E. 4.1.7

In determinate situazioni la giurisprudenza e la dottrina riconoscono principalmente due deroghe al principio secondo cui l'impedimento per preimplicazione può comportare l'esclusione dell'offerta (Jäger, *Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht*, op. cit., p. 204 segg.; cfr. per tutto la sentenza del TF 2.P.164/2004 precitata consid. 3.3, sentenza del TAF B-4602/2019 precitata consid. 4.1 e le referenze ivi menzionate). Da un lato, la condizione che il vantaggio risultante dalle conoscenze acquisite sia esiguo, rispettivamente che la collaborazione del concorrente prevenuto sia unicamente di natura marginale (cfr. infra 4.1.8). Dall'altro, la circostanza che la prestazione messa in concorso può essere fornita soltanto da pochi offerenti ("nur von wenigen Anbietern"; cfr. 4.1.9).

E. 4.1.8

Non si tratta di collaborazione trascurabile, se un offerente nel quadro di un progetto di costruzione è stato incaricato della pianificazione o progettazione, se ha allestito studi o progetti preliminari e a tale proposito esamina in modo approfondito gli elementi concreti della commessa oppure se ha allestito la totalità o parti essenziali della documentazione di gara (sentenza del TF 2P.164/2004 precitata consid. 3.3, sentenza del TAF B-4602/2019 precitata consid. 4.1 con ulteriori riferimenti alla prassi del TAF). La questione a sapere se una preimplicazione può essere compensata da mezzi appropriati o se debba condurre all'esclusione dipende dall'intensità del coinvolgimento precedente dell'offerente (cfr. sentenza del TAF B-7062/2017 precitata consid. 4.4, B-1358/2013 precitata consid. 4.2).

E. 4.1.9

La costellazione del numero esiguo di offerenti che potrebbe entrare in linea di conto per fornire la prestazione è contenuta implicitamente all'art. 21a cpv. 1 lett. b OAPub. Conformemente a tale disposto, se il vantaggio non è compensabile, il committente può rinunciare all'esclusione e ammettere l'offerente avvantaggiato a partecipare ulteriormente alla gara pubblica quando la sua esclusione pregiudicherebbe una concorrenza efficace (cfr. art. 21a cpv. 1 lett. b OAPub). L'esclusione di un offerente preimplicato su un piccolo mercato minaccia di contravvenire ai principi della promozione dell'impiego economico dei fondi pubblici e del rafforzamento della libera concorrenza tra gli offerenti (Jäger, op. cit., pag. 205). In tal modo, il principio della concorrenza efficace e dell'economicità prevalgono eccezionalmente sul principio dell'uguaglianza tra gli offerenti (cfr. Jäger, op. cit. pag. 206). Quanto alla questione di sapere a partire da quando si possa parlare di un numero esiguo di offerenti e di un pregiudizio della concorrenza efficace, il Rapporto esplicativo cita, a mero titolo d'esempio, il caso in cui per la prestazione richiesta entrerebbe in linea di conto un solo altro potenziale offerente o al massimo due (cfr. Rapporto esplicativo pag. 13). In analogia alla procedura mediante invito (cfr. l'art. 35 OAPub e l'art. 12 cpv. 1 lett. bbis del Concordato Intercantonale sugli appalti pubblici [CIAP] del 25 novembre 1994/15 marzo 2001), dove si richiede al committente di procurarsi almeno tre offerte, la dottrina propone di rinunciare all'esclusione dell'offerente preimplicato se rimangono solo tre o quattro offerenti in grado di eseguire il mandato (Jäger, op. cit., pag. 206; Daniela Lutz, *Ausstand und Vorbefassung, Grundlagen / Rechtsprechung / Probleme in der Praxis / Wie weiter?* in: BR 2004 (Sonderheft) pag. 45 segg., pag. 52 seg., Schneider Heusi Claudia/Jost Felix,

Public Private Partnership - wenn Staat und Private kooperieren, in: BR, Aktuelles Vergaberecht 2006, Sonderheft 06, pag. 27 segg., pag. 33). Il Tribunale amministrativo del Cantone Lucerna ha confermato la rinuncia all'esclusione di un offerente preimplicato poiché in Svizzera erano rimaste solo tre ditte capaci di compiere la commessa (sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone Lucerna del 16 novembre 2001, LGVE 2001 II nr. 10 consid. 2c pag. 181).

E. 4.2.1

Il gravame delle ricorrenti è mirato ad escludere le aggiudicatarie e controparti in quanto il loro subappaltatore ambientale (N. _____) sarebbe una società strettamente connessa dal profilo economico ed organizzativo ad F. _____ SA (oggi: G. _____), esclusa dal bando di concorso poiché svolge attività di supporto al committente (BHU/DGL), a loro avviso un ruolo strategico con compiti di primaria importanza, quali la redazione degli atti di appalto e la conduzione del processo di delibera. Di conseguenza, la preimplicazione di F. _____ SA sarebbe imputabile anche ad N. _____ e alle controparti. Le ricorrenti fondano la stretta ed intensiva relazione economica e personale tra N. _____ e F. _____ SA sull'appartenenza di entrambe allo stesso gruppo di società multinazionale, nonché sul fatto che ambedue le sedi ticinesi siano ubicate nello stesso edificio e abbiano, conformemente ai rispettivi estratti del registro di commercio, due membri in comune nei propri consigli di amministrazione e infine sulle indicazioni della stessa G. _____ sul proprio sito internet. Secondo loro è impensabile compensare il vantaggio concorrenziale, ritenuta la posizione di assoluto rilievo di F. _____ SA (BHU e DGL). Le ricorrenti pretendono l'esclusione delle controparti anche per il fatto che il committente, nell'ambito di un'altra procedura di aggiudicazione, abbia escluso IFEC dalla gara, adducendo come motivi, oltre alla particolare impossibilità di compensare il vantaggio concorrenziale e alla situazione attuale sul mercato, la recente giurisprudenza del TAF in materia di preimplicazione indiretta, ovvero la sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020. Le ricorrenti vedono le loro tesi confermate anche dagli adattamenti dei bandi di concorso successivi in cui si prevede l'esclusione di tutte le società aventi un legame giuridico economico stretto con quelle escluse in virtù della loro posizione di BHU e di progettista.

E. 4.2.2

USTRA ribatte che le ricorrenti non abbiano dimostrato l'esistenza di una preimplicazione e di un vantaggio concorrenziale significativo di conoscenze del mandato, essendosi unicamente limitate ad indicare l'appartenenza di entrambe allo stesso gruppo multinazionale, senza addurre elementi concreti per suffragare l'esistenza di una preimplicazione. USTRA ribadisce che tutte le offerte sono state valutate dalla committenza, senza alcun supporto da parte della ditta che ha funto da BHU. Nella denegata ipotesi che si ammettesse un caso di preimplicazione l'autorità aggiudicatrice sostiene che un'eventuale esclusione di N. _____ avrebbe ridotto significativamente la cerchia dei potenziali offerenti quali specialisti ambientali per la commessa in questione, nuocendo seriamente ad un'efficace concorrenza e compromettendo l'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche.

E. 4.2.3

Dal loro canto, le controparti rimproverano alle ricorrenti di non aver dimostrato in modo sufficiente e concreto l'esistenza e l'intensità di una preimplicazione indiretta e nemmeno la sussistenza di un vantaggio concorrenziale in favore di N. _____. La sola appartenenza

allo stesso gruppo multinazionale non sarebbe in nessun modo sufficiente per comprovare un legame stretto tra le due società, né considerarle come un'unità di fatto. Le controparti non condividono nemmeno le allegazioni ricorsuali in merito ai rapporti interpersonali, i legami societari, i membri in comune nei rispettivi CdA e le prossimità geografiche. In particolare le due società anonime sarebbero giuridicamente indipendenti e non sottostarebbero ad alcuna strategia in comune. A tale proposito, le controparti rilevano come all'interno del gruppo (...) non esista un regolamento organizzativo di gruppo ("Konzernorganisationsreglement"), ciò che troverebbe conferma nel differente settore di attività delle stesse, l'ingegneria ambientale per N. _____ e l'ingegneria in generale per F. _____ SA. Inoltre, il "Code Of Conduct" del gruppo G. _____, vincolante per tutte le società e le persone all'interno del gruppo ordinerebbe di mantenere la segretezza delle informazioni. N. _____ disporrebbe di un proprio apparato dirigente indipendente già in carica prima dell'annessione al gruppo G. _____. La gestione operativa sarebbe interamente delegata alla Direzione, rispettivamente al CEO. Nessuna persona ascrivibile a F. _____ SA sarebbe attiva a livello operativo-dirigenziale presso N. _____. Quest'ultima disporrebbe di un'ampia struttura organizzativa tecnica composta da circa (...) con specifiche competenze nel settore dell'ingegneria ambientale. Le controparti ribadiscono che le aggiudicatarie ed N. _____ non erano e non sono a conoscenza di informazioni supplementari che non siano già state messe a disposizione degli altri offerenti sul portale SIMAP lo stesso giorno della pubblicazione del bando. Inoltre, le persone chiave indicate dal subappaltatore non avrebbero mai lavorato per altre società all'interno del gruppo e al criterio di aggiudicazione CA3 "persone chiave", sottocriterio 3.4 "Capo e Sostituto Capo AAL" avrebbero ricevuto un punteggio inferiore di quello delle ricorrenti. Infine, in considerazione del fatto che, secondo loro, il mercato reale di specialisti ambientali che avrebbero potuto partecipare alla gara sarebbe molto ristretto, le controparti aderiscono alla rinuncia del committente di non escludere N. _____ proprio per non pregiudicare una concorrenza efficace tra gli offerenti.

E. 4.3.1

Nel caso in disamina il punto 4.5.6 lett. a del bando ha previsto espressamente l'esclusione della F. _____ SA dalla presente procedura di aggiudicazione perché svolge attività di supporto al committente (BHU e DGL). Nella documentazione di gara relativa al mandato BHU e DGL (cfr. doc. R della duplice delle ricorrenti, punto 4.2, pag. 12 seg.) le prestazioni richieste comprendono tra le altre cose la redazione degli atti di appalto e la conduzione del processo di delibera (procedura pubblica) per la ricerca di progettisti e DLL. L'esclusione di F. _____ SA va quindi collegata principalmente al coinvolgimento di quest'ultima nell'allestimento dell'appalto che ci riguarda, in particolare nella preparazione della documentazione di gara e nella partecipazione alla conduzione del processo di delibera. Le particolarità di una simile collaborazione sono generalmente assimilabili ad un tipico caso di preimplicazione giusta l'art. 21a OAPub e ai sensi della definizione di preimplicazione nella prassi precitata (cfr. supra consid. 4.1.2). In questi casi si ritiene che l'intervento della ditta previamente coinvolta raggiunge un'intensità significativa, poiché mediante lo svolgimento delle attività affidate viene a conoscenza di informazioni su aspetti centrali del concorso che a loro volta possono essere sfruttate per l'allestimento di un'offerta. L'esclusione della ditta che ha partecipato alla preparazione della documentazione di gara e della procedura di aggiudicazione si rivela giustificata nella misura in cui il grado di collaborazione e il vantaggio di conoscenze non possono più essere compensati con misure adeguate. Questa costellazione va distinta dalla fattispecie sottoposta allo scrivente

Tribunale nel procedimento B-2421/2020 in cui nel relativo bando di concorso USTRA aveva escluso un consorzio e i suoi singoli membri non a causa di un impedimento da preimplicazione ma per un altro tipo di conflitto di interessi che non poteva essere esteso ad un'altra ditta avente legami stretti con quelle escluse.

E. 4.3.2

Qui controversa è la questione a sapere se la preimplicazione di F. _____ SA, ora G. _____, può essere espansa alla subappaltante delle controparti (N. _____), non esclusa esplicitamente dal bando a partecipare alla gara, e con ciò anche alle controparti. È indiscusso che F. _____ SA (ora G. _____) e N. _____ siano filiali svizzere del gruppo multinazionale (...) (precedentemente ...). Per ammettere un caso di preimplicazione indiretta comportante l'esclusione di N. _____ (e delle controparti) il Tribunale dovrebbe giungere alla conclusione che G. _____ e N. _____ siano intrinsecamente legate al punto tale da essere considerate come un'unità di fatto e da risultare che siano state tramandate informazioni o conoscenze che potrebbero essere state impiegate nell'allestimento dell'offerta delle controparti. Prima di soffermarsi su questo aspetto è tuttavia opportuno affrontare l'argomento, sollevato dal committente, secondo cui un'esclusione per preimplicazione indiretta non sarebbe stata possibile perché altrimenti rimarrebbero troppo pochi potenziali specialisti ambientali e verrebbe quindi seriamente compromessa una concorrenza efficace. Questo perché se il suo ragionamento regge, può essere lasciata indecisa la questione della preimplicazione e il ricorso può essere respinto già per questo motivo.

E. 4.4.1

Come già accennato nei fatti, il bando di concorso ha per oggetto prestazioni di Direzione locale dei lavori (DLL) e di accompagnamento ambientale dei lavori (AAL) per l'esecuzione delle opere di compenso ambientale sui territori dei Comuni di Lumino e San Vittore, necessari a seguito dello sviluppo e della realizzazione del progetto di allargamento della strada nazionale N13 tra Castione e Roveredo, completata a fine 2015 (cfr. punto 4.5.1 del bando). Lo stesso bando di concorso sottolinea che il particolare pregio ambientale dell'intera zona esige di tenere in considerazione aspetti, caratteristiche ed evoluzioni riguardanti fiume, falda freatica, zone golenali, flora e fauna (cfr. punto 4.5.1 del bando). Per le particolarità tecniche di ramo ambientale della commessa erano esplicitamente ricercati specialisti AAL. I ruoli del capo AAL e del suo sostituto, i loro curriculum e le loro referenze venivano valutati ai criteri di idoneità e ai criteri di aggiudicazione (cfr. punto 3.8 e 4.5.2 del bando). Infine, il bando ammetteva il subappalto per un massimo del 50% delle prestazioni, richiedeva l'obbligo di elencare i subappaltatori nella documentazione relativa all'offerta e prevedeva anche la valutazione delle indicazioni concernenti i subappaltatori (cfr. punto 3.6 del bando di concorso). Per l'esecuzione del mandato sono state previste circa 17'000 ore (punto 4.5.1 del bando di concorso), di cui ca. 7'000 sono ripartite sulle due persone chiave per l'AAL, il che corrisponde circa al 40% delle prestazioni complessive (cfr. documentazione d'appalto, Tabella delle prestazioni, doc. 22 della risposta delle controparti). La stessa percentuale dedicata all'accompagnamento ambientale emerge del resto anche dalle specifiche indicazioni nelle offerte dell'aggiudicataria e degli altri offerenti che hanno affidato le prestazioni di carattere ambientale in subappalto. In sunto, dal modo in cui il bando era impostato, il mandato in questione era dunque indirizzato in una buona parte a specialisti ambientali ai quali erano poste esigenze relativamente elevate.

E. 4.4.2

Pur nella consapevolezza che la commessa, in considerazione del suo valore, abbia un carattere internazionale, USTRA ritiene che il bacino di offerenti in bandi di analoga complessità in realtà è limitato al Cantone Ticino e al Grigioni italiano, probabilmente per questioni linguistiche e/o territoriali, concludendo che il numero degli studi di ingegneria ambientale sul territorio ticinese o del Grigioni italiano in grado di partecipare al presente concorso è del tutto limitato. A suffragio di questo argomento USTRA ha prodotto, per sola visione del Tribunale, una tabella in cui sono esposti 21 progetti indetti dalla propria filiale di Bellinzona negli ultimi dieci anni per un importo superiore a 1 mio. di franchi comprendenti specialità ambientali, nonché progetti equiparabili a quello in disamina per dimensioni dell'opera, complessità e fasi di progettazione. Sulla base dei dati indicati in detto documento che trovano conforto nelle spiegazioni di USTRA in sede di risposta e di duplice, il Tribunale è in grado di verificare che gli studi specialisti ambientali in grado di partecipare ed aggiudicarsi mandati simili sono quattro e tutti situati nel Cantone Ticino, ovvero la subappaltatrice delle controparti, la ditta capofila del consorzio ricorrente e altre due società (J. _____ ed L. _____) che nel caso concreto hanno elaborato il progetto AP e sono state ammesse a partecipare al concorso entro un termine più breve (cfr. punto 4.5.7 del bando). Dalla tabella summenzionata e dalle relative spiegazioni di USTRA risulta inoltre che solo in 5 su 21 concorsi hanno partecipato tutti e quattro gli studi, mentre tre studi hanno preso parte a 4 progetti, due studi a due progetti e un solo studio a otto progetti. Quanto alle due società J. _____ ed L. _____, USTRA specifica che entrambe hanno partecipato congiuntamente a diverse gare, il che, a suo avviso, può essere un indizio per ammettere che non dispongono del personale chiave sufficiente per poter partecipare da sole a determinati appalti. In effetti, anche nel caso di specie, nonostante siano entrate cinque offerte, risulta dagli atti che tre di queste vedono come subappaltatrici le due ditte in questione, le quali hanno messo a disposizione le persone chiave AAL, una ditta la persona chiave del capo AAL, l'altra ditta la persona chiave del sostituto capo AAL.

E. 4.4.3

In virtù delle verifiche suesposte è dato di vedere che l'alta specializzazione ricercata per il presente mandato in materia di accompagnamento ambientale implica nel caso di specie che solo uno scarso numero di offerenti può essere in grado di offrire le prestazioni richieste, vale a dire N. _____, la ricorrente 1 e due altre ditte che però hanno partecipato congiuntamente, quindi in pratica tre offerenti. Se USTRA dovesse escludere N. _____ dal presente concorso, allora la cerchia degli offerenti si restringerebbe ulteriormente a due offerenti, dato che, come si è visto, due studi partecipano insieme e di fatto come un unico offerente. Questo avrebbe inevitabilmente ripercussioni negative serie sulla concorrenza. Ne segue che, alla stregua delle sopra esposte argomentazioni, USTRA poteva rinunciare ad escludere N. _____ dalla gara.

E. 4.5

Gli argomenti mossi dalle ricorrenti nei confronti delle pertinenti esposizioni di USTRA non riescono a sovvertire quanto precede.

E. 4.5.1

Dapprima va rilevato che la lista, stilata dalle stesse ricorrenti, con i nominativi delle società che potrebbero entrare in linea di conto come specialisti ambientali non può avere alcun carattere rappresentativo suscettibile di stravolgere l'esito della situazione del mercato

esposta da USTRA. A titolo d'esempio si osserva che nell'elenco figura anche la controparte 1, la quale, conformemente alle proprie testuali indicazioni in sede di duplica, non si è mai occupata, in vent'anni di attività di mandati di AAL, tanto è vero che anche in questo caso ha dovuto ricorrere al subappalto.

E. 4.5.2

Non convince nemmeno l'argomento delle ricorrenti secondo cui sarebbe risaputo che il fattore limitante la partecipazione ai concorsi indetti da USTRA non è il consulente ambientale, spesso relegato al ruolo di subappaltante, ma i requisiti dello studio capofila, l'ingegnere responsabile della progettazione o il direttore dei lavori. A tale proposito giova ricordare che nella presente commessa le attività delle persone chiave per le prestazioni di AAL corrispondono al 40% delle prestazioni complessive. Inoltre, le persone chiave per l'AAL sono valutate nei criteri di idoneità e nei criteri di aggiudicazione, in questi ultimi con una ponderazione del 15% contro una ponderazione del 20% per le persone chiave per la DLL. Le ricorrenti sminuiscono a torto l'importanza della parte di accompagnamento ambientale per il presente concorso.

E. 4.5.3

Nella misura in cui le ricorrenti sostengono che in considerazione dell'ammissibilità del subappalto multiplo una ditta subappaltatrice poteva permettere a più consorzi di presentare la propria offerta, il loro assunto non regge, ritenuto che non ha l'effetto di ampliare la limitata cerchia dei potenziali specialisti ambientali e di concludere ad una concorrenza efficace. Va parimenti rigettata la loro tesi, peraltro speculativa, secondo cui sarebbe prassi nota che lo studio capofila di un consorzio ricerchi uno specialista ambientale facendo capo se necessario anche a consulenti non ticinesi, come avvenuto nel concorso relativo al nuovo collegamento Locarno-Bellinzona A2-A13. A tale riguardo il committente ha esposto in maniera plausibile che nell'ambito del progetto poc'anzi menzionato hanno sì partecipato due ulteriori ditte che finora non si erano mai presentate per appalti simili, ma che la loro partecipazione va considerata un caso isolato che non si è più ripetuto, come del resto dimostrato nel progetto della presente disamina.

E. 4.5.4

Infine, nemmeno il richiamo ad altre procedure di aggiudicazione in cui è stata prevista l'esclusione di N. _____ o di ditte aventi stretti legami con imprese escluse dal bando non è di alcun ausilio alle ricorrenti, trattandosi di progetti non paragonabili a quello della presente commessa. Quanto al progetto "Biodiversità F5 - Progettista per la promozione della biodiversità in Ticino (Lotto 1) e in Grigioni (Los 2)", la tipologia delle prestazioni e le esigenze previste dal relativo bando di concorso non sono comparabili in quanto meno elevate rispetto a quelle richieste nel caso di specie. Come evidenziano a giusto titolo il committente e le controparti, non era infatti ricercato un esperto di AAL, ma un semplice responsabile in botanica (cfr. il bando di concorso nel doc. G allegato al ricorso). Quanto al progetto "N2 EP08 Piottino 2, Direzione generale e locale dei lavori (DGL/DLL) con accompagnamento ambientale (AAL)", il committente spiega in maniera condivisibile che la parte ambientale relativa a tale progetto corrisponde al 2.5% a fronte del 40% previsto nel progetto in disamina. L'incidenza minore della parte di AAL risulta anche dal relativo bando di concorso (doc. S allegato alla replica delle ricorrenti), secondo cui la persona preposta per l'accompagnamento ambientale non veniva valutata ai criteri di idoneità, mentre la ponderazione prevista al criterio di aggiudicazione era del 5% rispetto al 15% del

presente caso. Quanto al progetto "N2 EP28 Gentilino-Lamone, Direzione locale dei lavori DLL", secondo la descrizione dettagliata dei compiti al punto 4.5.1 del bando di concorso erano espressamente escluse prestazioni di accompagnamento ambientale (cfr. Doc. U allegato alla replica delle ricorrenti). In riassunto, visto che nei progetti elencati dalle ricorrenti le esigenze riguardo alle prestazioni di accompagnamento ambientale o non erano richieste o erano di portata di gran lunga meno elevata del progetto qui in discussione, USTRA poteva ritenere, nel primo caso, che l'esclusione non avesse alcuna conseguenza sul mercato e, nel secondo caso, attendersi una partecipazione più numerosa da parte di studi di modeste dimensioni, come per esempio avvenuto per il progetto "Biodiversità F5 - Progettista per la promozione della biodiversità in Ticino (Lotto 1) e in Grigioni (Los 2)" (cfr. risposta di USTRA pag. 20). In questo senso, nei casi sopra elencati l'esclusione di N. _____, rispettivamente di imprese strettamente legate a ditte esplicitamente estromesse dalla rispettiva gara non avrebbe nuociuto seriamente a una concorrenza efficace.

E. 4.6

Sulla scorta delle considerazioni suesposte si può affermare che un'eventuale esclusione di N. _____ nella presente procedura di aggiudicazione è suscettibile di ridurre significativamente la cerchia dei potenziali offerenti per la commessa in questione e quindi di disattendere l'obiettivo di promuovere un'efficace e libera concorrenza tra gli offerenti. Per questo motivo, se il gioco della concorrenza non funziona liberamente e risulta impedito, ristretto o falsato, l'autorità aggiudicatrice può rinunciare, come nel presente caso, ad escludere un offerente se vi sono indizi che sia preimplicato e il vantaggio concorrenziale che ne deriva non può essere compensato con misure adeguate. Nella rinuncia all'esclusione non è perciò ravvisabile né una violazione del diritto, né un esercizio scorretto del potere di apprezzamento da parte dell'autorità aggiudicatrice.

E. 5.1

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; cfr. art. 27 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 PA). Di principio, su riserva del benessere degli offerenti interessati, non sussiste un diritto generale 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). Fintanto che non sussistono interessi preponderanti a mantenere la segretezza dei dati, possono essere messi a disposizione delle ricorrenti quei documenti del committente che hanno influenzato o potrebbero influenzare la decisione e possono essere pertinenti ai fini della valutazione della decisione (cfr. DTF 125 II 473 consid. 4c/cc pag. 478; cfr. anche la decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 5 dicembre 2012 consid. 3 con ulteriori rinvii). 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 (sentenza del TAF B-1662/2020 dell'8 giugno 2020 consid. 3.4.5 e decisione incidentale del TAF B-3302/2019 del 24 settembre 2019 consid. 11.2).

E. 5.2

Nel caso di specie, alle ricorrenti e alle controparti è stato concesso un accesso limitato agli atti di gara, in conformità con le proposte di restrizione del committente. Va segnalato che, contrariamente all'assunto delle controparti in sede di risposta, le ricorrenti non hanno avuto accesso all'offerta delle aggiudicatarie. Inoltre, il diritto di essere sentito delle ricorrenti ha potuto essere ossequiato nella misura in cui il Tribunale ha avuto modo di verificare l'attendibilità delle spiegazioni del committente circa la situazione del mercato e la percentuale prevista per le prestazioni di accompagnamento ambientale nel progetto in disamina (cfr. intero consid. 4.4), mentre le ricorrenti hanno avuto l'occasione di esprimersi in merito (cfr. intero consid. 4.5).

E. 6

In riassunto il Tribunale stabilisce che l'autorità aggiudicatrice non è incorsa in una violazione del diritto né in un esercizio scorretto o abusivo del proprio potere d'apprezzamento se nel caso di specie ha rinunciato ad escludere N. _____ e con lei le controparti dal presente concorso.

E. 7

Visto l'esito della presente procedura, la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare, con la decisione incidentale del 28 luglio 2020, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

E. 8.1

Le ricorrenti, soccombenti, devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed i disborse (art. 1 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4bis PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata secondo il valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione delle disposizioni menzionate e considerato che le ricorrenti sono da considerare quale parte soccombente e che la presente sentenza ha potuto essere emanata senza previamente rilasciare una decisione incidentale sull'effetto sospensivo, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 4'200.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato, 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). USTRA, in qualità di autorità federale, non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]).

E. 8.2.2

Le controparti si rivelano parte vincente. Patrocinate da un avvocato, le medesime hanno diritto ad un'indennità per spese ripetibili. Nella misura in cui al Tribunale non è giunta alcuna nota d'onorario e atteso che le controparti si sono inserite nel presente procedimento mediante una risposta e una duplica, appare adeguato fissare l'indennità, in funzione delle particolarità della procedura, a fr. 4'000.- e metterla a carico delle ricorrenti.

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