

BVGer B-5287/2023 vom 5. März 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-03-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5287_2023

FR: TAF B-5287/2023 du 5 mars 2024

IT: TAF B-5287/2023 del 5 marzo 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

Il ricorso al Tribunale amministrativo federale è possibile (cfr. art. 52 cpv. 1 lett. a LAPub) contro le decisioni (art. 53 LAPub; cfr. consid. 1.2.1) dei committenti soggetti a questa legge (art. 4 LAPub; cfr. consid. 1.2.2), in caso di prestazioni secondo l'art. 8 cpv. 2 LAPub (cfr. consid. 1.2.3), se il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia determinanti (cfr. consid. 1.2.4), nonché se non è data alcuna eccezione prevista dall'art. 10 LAPub e se non si tratta di una commessa pubblica secondo l'allegato 5 n. 1 lett. c e d LAPub (cfr. art. 52 cpv. 5 LAPub; v. consid. 1.2.5).

E. 1.2.1

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

E. 1.2.2

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

E. 1.2.3

Il presente appalto, intitolato "N13 Tunnel San Bernardino, Lotto 31, risanamento pozzo Aria" è definito ai sensi di una commessa edile (punto 1.8 del bando) e rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (punto 1.9 del bando). L'avviso di gara menziona esplicitamente la categoria 45000000 del CPV ("Common Procurement Vocabulary" - vocabolario comune per gli appalti pubblici dell'Unione europea) relativa a "Lavori di costruzione" che a sua volta corrisponde verosimilmente al numero di riferimento 513

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

E. 1.2.4

Preso singolarmente, il valore della presente commessa in base al preventivo del committente non raggiunge la soglia di CHF 8'700'000.-. Tuttavia, il costo totale dei lavori di risanamento della galleria del San Bernardino sulla A13 ammonta a circa 90 milioni di franchi (n. 22 della risposta; allegato 3 al ricorso: estratto del sito web di USTRA). Pertanto sono superati i valori soglia previsti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse edili che rientrano nell'ambito dei trattati internazionali (art. 8 cpv. 4 LAPub in combinato disposto con l'art. 16 LAPub e l'allegato 4 cifra 1.1 LAPub).

E. 1.2.5

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

E. 1.2.6

La presente commessa è dunque sottoposta al campo di applicazione della LAPub e dei trattati internazionali e il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sulla presente vertenza.

E. 1.3

La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA), fintanto che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 55 LAPub e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 56 cpv. 3 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere esaminata l'adeguatezza di una decisione.

E. 1.4.1

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

E. 1.4.2

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'offerente soccombente ha un interesse degno di protezione ad adire il Tribunale amministrativo federale unicamente se, in caso di accoglimento del gravame, egli fruisce di una possibilità effettiva di vedersi aggiudicata la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.). La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure dell'insorgente. La fondatezza delle censure ricorsuali può sia fare oggetto della valutazione materiale della fattispecie, sia essere verificata, a titolo preliminare, nell'ambito dell'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1; 137 II 313 consid. 3.3.3). Secondo

la teoria della doppia rilevanza delle fattispecie è sufficiente che nella fase d'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso il ricorrente renda verosimile ("rende vraisemblable", cfr. sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3) che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte e che la commessa non venga assegnata ad un concorrente meglio classificato (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1).

E. 1.4.3

Il presente ricorso è diretto contro la decisione di aggiudicazione e la decisione di esclusione. La ricorrente postula in via principale l'annullamento della decisione di aggiudicazione e la delibera della commessa in suo favore, in via eventuale il rinvio della causa all'autorità aggiudicatrice affinché quest'ultima proceda alla valutazione della sua offerta e ad una nuova delibera in suo favore, in via sub-eventuale l'accertamento dell'illiceità della decisione impugnata e la condanna del committente al pagamento di fr. 20'000.- a titolo di risarcimento.

E. 1.4.4

In sintesi, la ricorrente reputa che la sua offerta sia stata estromessa a torto dalla gara. In particolare, adduce che la persona chiave da lei proposta come capocantier e elevatore al criterio di idoneità CI-2 soddisfa i requisiti indicati nel bando di concorso, in quanto la referenza in questione è stata portata dalla ditta subappaltante che si occupa proprio della costruzione di ascensori e che ha allestito il concetto di logistica di cantiere allegato alla documentazione di gara, mentre nel caso della persona chiave indicata dalla controparte non si tratterebbe di uno specialista in questo determinato settore. Se le tesi ricorsuali venissero accolte, la ricorrente avrebbe delle effettive possibilità di vedersi attribuire la commessa, poiché la sua offerta entrerebbe di nuovo in gara e, tenuto conto del miglior prezzo rispetto a quello dell'offerta aggiudicata e di quella piazzatasi al secondo posto, potrebbe passare al primo posto nella graduatoria. In questa misura, il diritto di ricorrere contro la propria esclusione e l'aggiudicazione deve essere riconosciuto (sentenze del TAF B-4473/2022 del 3 aprile 2023 consid. 1.3, B-2522/2021 del 20 settembre 2021 consid. 1.5.5 seg., B-4743/2015 del 9 dicembre 2015 consid. 2.2, decisione incidentale del TAF B-1511/2020 del 9 giugno 2020 consid. 3.2).

E. 1.5

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

E. 2

Dal profilo formale, la ricorrente sostiene che la decisione di esclusione dalla procedura di appalti pubblici non corrisponde alle esigenze di motivazione derivanti dal diritto di essere sentito.

E. 2.1.1

In conformità con l'art. 51 cpv. 1 secondo periodo LAPub, gli offerenti non hanno il diritto di essere sentiti prima della notificazione della decisione. Giusta l'art. 51 cpv. 2 LAPub, le decisioni impugnabili, tra le quali rientrano l'esclusione e l'aggiudicazione (cfr. art. 53 cpv.

1 lett. e h LAPub), devono essere motivate sommariamente. Da questo punto di vista, l'art. 51 cpv. 2 LAPub rappresenta una cosiddetta *lex specialis* nei confronti dell'art. 35 cpv. 1 e cpv. 3 PA e dell'art. 36 PA (cfr. decisione incidentale del TAF B-3374/2023 del 28 agosto 2023 consid. 5.3, sentenza B-4162/2022 del 18 aprile 2023 consid. 5.4). Le esigenze relative alla motivazione sommaria non sono molto elevate (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed., 2013, n. 1243), a meno che si tratti di una decisione di interruzione della procedura oppure di revoca dell'aggiudicazione (sentenza B-4162/2022 del 18 aprile 2023 consid. 5.5).

E. 2.1.2

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

E. 2.2

L'atto impugnato del 12 settembre 2023 intitolato "Aggiudicazione della commessa - vostra esclusione" contiene una breve motivazione per l'esclusione dell'offerta della ricorrente dalla gara. In pratica, si tratta del mancato adempimento del criterio di idoneità CI-2 "persona chiave, referenza", in quanto "È stata presentata una referenza per la persona chiave "responsabile elevatore" [recte capocantiere elevatore] in cui il tipo di infrastruttura non corrisponde a quanto richiesto dal bando (oggetto di referenza con opera NON in sotterraneo). Non sono ammessi successivi cambiamenti della persona chiave.". Inoltre, la ricorrente ha avuto verosimilmente facoltà, nell'ambito del debriefing del 18 settembre 2023, il cui svolgimento non è contestato, di ottenere oralmente informazioni aggiuntive.

E. 2.3

Alla luce dei fatti, della situazione di diritto e della prassi suesposti, non è ravvisabile alcuna violazione del diritto di essere sentito, in particolare della sua componente relativa all'obbligo di motivare le decisioni. La motivazione addotta nel giudizio impugnato indica e permette di riconoscere le ragioni che hanno condotto il committente ad escludere l'offerta della ricorrente dalla gara, tant'è che la medesima si è aggravata contro tale decisione e quella di aggiudicazione con un ricorso in cui si è estesamente occupata del rimprovero espresso nei suoi confronti. Il fatto che la ricorrente non trovi giustificata la sua estromissione dalla gara configura piuttosto un aspetto che riguarda il merito, non il diritto a una motivazione sufficiente. Ad ogni buon conto, un'eventuale presunta violazione del diritto di essere sentito può reputarsi sanata in questa sede.

E. 3.1

Il committente può escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione, radiarlo da un elenco o revocare l'aggiudicazione, se constata che l'offerente, un terzo coinvolto o i rispettivi organi non adempiono o non adempiono più le condizioni di partecipazione alla

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

E. 3.2

Come il Tribunale federale ha già avuto modo di ritenere, alla questione di sapere quali oggetti di referenza sono da considerare idonei si deve rispondere in primo luogo sulla base di un'interpretazione delle condizioni di gara risultanti dal bando di concorso e dalla relativa documentazione (DTF 141 II 14 consid. 8.4.3, sentenza del TF 2C_355/2021 del 19 ottobre 2021 consid. 1.2.4; Ramona Wyss in: Hans Rudolf Trüb [ed.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 7 ad art. 27 LAPub). A seconda dei casi una referenza può essere valida quand'anche un offerente ha fatto capo ad un subappaltante per l'esecuzione dei lavori corrispondenti (DTF 141 II 14 consid. 9.3.4.2 e citata sentenza del TF 2C_355/2021; v. anche Hans Rudolf Trüb/Nathalie Clausen, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [ed.], Wettbewerbsrecht II, 2021, n. 4 ad art. 27 LAPub). In effetti, non solo il concorrente stesso, ma anche i subappaltatori possono essere invitati a presentare delle referenze. Non soltanto per comprovare la loro idoneità, ma eventualmente anche per supportare le capacità del concorrente che subappalta loro parte della commessa. In determinate condizioni, ad esempio qualora il subappalto sia definito in maniera vincolante, le referenze del subappaltatore possono integrare quelle del concorrente. Decisiva ai fini della valutazione è infatti l'esperienza maturata dall'operatore economico che eseguirà effettivamente una determinata opera (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2012, n. 1641 con rinvii.). In sostanza, deve essere fornita la prova che l'offerente dispone effettivamente dei mezzi del subappaltante o ne fa assicurare la messa a disposizione (cfr. sentenza del TAF B-5266/2020 del 25 agosto 2021 consid. 5.3.2 con ulteriori riferimenti). Se il bando non lo esclude espressamente e gli offerenti possono produrre come referenze per i criteri di idoneità anche quei progetti in cui erano coinvolti come subappaltanti, non è determinante quale sia stato il ruolo assunto a suo tempo dall'offerente (impresa principale o subappaltante), bensì il quesito di sapere se egli ha fornito personalmente le prestazioni essenziali a dimostrazione dell'idoneità e dispone delle relative esperienze richieste (sentenza del TAF B-6506/2020 del 6 aprile 2021 consid.

3.6.4).

E. 3.3

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

E. 3.4

Non solo per quanto attiene alla scelta dei criteri di idoneità e delle prove attestanti l'adempimento di tali criteri, ma anche riguardo alla valutazione dei criteri di idoneità, l'autorità aggiudicatrice gode di un ampio margine di apprezzamento. Questo vale anche per la valutazione delle referenze (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., pag. 241 s.; DTF 141 II 14 consid. 8.3 con ulteriori rinvii). Siccome in un ricorso in materia di acquisti pubblici non può essere sollevato il motivo dell'inadeguatezza (cfr. art. 56 cpv. 3 LAPub), il Tribunale amministrativo federale interviene unicamente nella misura in cui sono dati gli estremi di una violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso o dell'eccesso nell'esercizio di siffatto potere discrezionale (cfr. decisione incidentale del TAF B-6997/2018 del 30 aprile 2019 consid. 4.1.2 con ulteriori riferimenti, sentenza del TAF B-2576/2017 del 15 dicembre 2017 consid. 4.3).

E. 3.5

I criteri d'idoneità definiti nel bando di concorso devono essere interpretati ed applicati come gli offerenti potevano e dovevano, in buona fede, comprenderli, indipendentemente dalla volontà soggettiva del committente o delle persone operanti presso di lui. In principio gli offerenti devono potersi fidare che il committente intenda le disposizioni sui criteri di idoneità in senso convenzionale. Come già indicato, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale nel definire ed applicare i criteri di idoneità che le istanze di ricorso, nel quadro della valutazione delle circostanze di fatto e di diritto, non possono eludere con la propria interpretazione (cfr. DTF 141 II 14 consid. 7.1; sentenza del TF 2C_994/2016 del 9 marzo 2018 consid. 4.1.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 557, 564 seg.). Se più interpretazioni sono possibili, l'istanza di ricorso non deve scegliere quella che le sembra opportuna, ma definire i limiti di quanto sia ammissibile dal profilo giuridico. In presenza di nozioni tecniche è inoltre necessario tenere conto di come esse vengono comprese dagli specialisti oppure di come gli offerenti le hanno intese in relazione al progetto concreto dato in appalto (DTF 141 II 14 consid. 7.1).

E. 4

La presente controversia verte sulla verifica del criterio d'idoneità CI-2 "Persona chiave / Referenza" in riferimento alla figura del capocantiere elevatore.

E. 4.1.1

La ricorrente ritiene che l'estromissione della sua offerta sia insostenibile, difendendo la bontà della propria referenza e della persona chiave. Secondo lei, la referenza per il

capocantiere elevatore doveva essere fornita dal costruttore degli ascensori. Siccome nessuno degli offerenti, a suo dire, è attivo in questo ambito e non dispone del personale specifico, ognuno di loro, lei compresa, avrebbe dovuto dipendere ineluttabilmente da un subappaltante, con tutta probabilità dalla ditta A. _____ AG, avendo quest'ultima allestito il concetto per le installazioni del cantiere (in particolare per la piattaforma di lavoro e il montacarichi), allegato alla documentazione di gara. La ricorrente indica di aver proposto una persona chiave e una referenza della sua subappaltante, la A. _____ AG, una ditta, a suo dire, esperta nella costruzione di ascensori. Secondo lei era lecito attendersi che la A. _____ AG avesse messo a disposizione le nozioni specialistiche necessarie e una persona chiave competente per la funzione di capocantiere elevatore. Se la A. _____ AG avesse trattato gli offerenti in modo diverso, offrendo persone chiave differenti, ciò avrebbe portato ad una distorsione della gara e a una disparità di trattamento. Inoltre, la ricorrente mette in dubbio l'idoneità del capocantiere elevatore indicato dalla controparte poiché sarebbe presumibile che non si tratterebbe di uno specialista nella costruzione di ascensori, ma di un ingegnere e la sua presenza sul cantiere sarebbe solo sporadica.

E. 4.1.2

L'autorità aggiudicatrice conclude alla correttezza dell'esclusione della ricorrente dalla gara, sottolineando che la referenza della persona chiave proposta non riguardava un'opera di genio civile in sotterraneo e che la considerazione di una nuova persona chiave e di una nuova referenza in seguito alle richieste di chiarimento non è compatibile con il principio dell'intangibilità delle offerte. Ella declina di aver imposto ai concorrenti di fare per forza capo alla A. _____ AG, tanto più che non tutti gli offerenti avrebbero previsto il subappalto alla medesima e nemmeno la documentazione d'appalto avrebbe contemplato una simile soluzione. In particolare, gli atti di gara non avrebbero impedito ad un ingegnere di assumere il ruolo di capocantiere elevatore, né prescritto che tale figura dovesse essere alle dipendenze del costruttore dell'ascensore. Sarebbe stato sufficiente disporre di un'esperienza nel ruolo di capocantiere elevatore nell'ambito di lavori in sotterraneo che prevedessero l'installazione, il montaggio e la messa in servizio ed esercizio di un elevatore. L'obiettivo principale per rivestire il ruolo richiesto sarebbe stato quello di sovrintendere non solo al montaggio dell'impianto, ma anche alla logistica e approvvigionamento, alla sicurezza delle operazioni, alla tutela dell'ambiente e all'interazione con la funzionalità di una galleria in esercizio in qualità di un'opera sotterranea. In considerazione del fatto che la percentuale di presenza richiesta al direttore tecnico (30%) era molto inferiore rispetto a quella del capocantiere elevatore (80%), sarebbe stato di importanza fondamentale che quest'ultima figura avesse le specifiche competenze legate da un lato al sotterraneo e dall'altro agli ascensori. Il committente sottolinea infine che spettava agli offerenti verificare se la referenza proposta dal proprio subappaltante fosse conforme alle condizioni di gara. Quanto all'aggiudicataria, conclude il committente, ella avrebbe proposto una persona chiave estranea alla A. _____ AG, nonché una referenza pienamente corrispondente al tipo di infrastruttura richiesto.

E. 4.2

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

E. 4.2.1

Quanto alla persona chiave con la funzione di "capocantiere elevatore" il bando ha previsto i seguenti requisiti minimi per l'adempimento di detto criterio di idoneità CI-2: "1 Referenza quale capocantiere (o funzione equivalente) o sostituto capocantiere in un progetto che soddisfa tutti i seguenti requisiti. - Tipo di infrastruttura: opera di genio civile in sotterraneo - Attività: installazione, montaggio, messa in servizio e esercizio di un elevatore - Importo contrattuale della referenza di almeno 0.2 mio CHF - Le prestazioni devono essere state interamente eseguite." Il criterio di idoneità CI-2 ha contemplato altresì la figura chiave con il ruolo di "direttore tecnico di cantiere". Per ossequiare quest'ultimo andavano soddisfatti i seguenti requisiti minimi: "1 Referenza quale direttore tecnico, sostituto direttore tecnico o funzione equivalente, in un progetto che soddisfa tutti i seguenti requisiti: - Tipo di infrastruttura: autostrada, strada cantonale, strada a forte traffico, ferrovia oppure opera di genio civile in sotterraneo - Tipo di opera: struttura in calcestruzzo armato - Attività: lavori di risanamento del calcestruzzo in sotterraneo - Importo contrattuale della referenza di almeno 1.3 Mio. CHF - Le prestazioni devono essere state interamente eseguite."

E. 4.2.2

Il progetto in questione comprendeva inoltre una terza persona chiave, ossia quella del capocantiere risanamento calcestruzzo. In confronto al direttore tecnico e al capocantiere elevatore, per tale figura non era stato fissato un concreto criterio di idoneità, tuttavia essa doveva essere valutata in base al criterio di aggiudicazione CA 5 "Qualità dell'offerente: esperienza delle persone chiave", suddiviso nei sottocriteri CA 5.1 "Direttore tecnico di cantiere", CA 5.2 "Capocantiere elevatore" e CA 5.3 "Capocantiere risanamento calcestruzzo" (CA 5, cfr. punto 4.6.2 del bando di concorso).

E. 4.2.3

Per tutte le persone chiave, il bando di concorso ha disposto al criterio di idoneità CI-4 "Prova attestante la disponibilità" la conferma di una disponibilità minima del direttore tecnico pari al 30% negli anni 2024 e 2025, del capocantiere elevatore pari all'80% nell'anno 2024 e del capocantiere risanamento calcestruzzo pari all'80% nell'anno 2025.

E. 4.2.4

Il punto 3.6 del bando di concorso consentiva agli offerenti di ricorrere a subappaltatori per al massimo il 50% delle prestazioni, pregandoli di elencare i medesimi nella documentazione relativa all'offerta. Allo stesso modo il bando precisava che anche le indicazioni riguardanti i subappaltatori sarebbero state valutate, che erano possibili le candidature multiple in più offerte. Infine, il bando aggiungeva che la prestazione caratteristica doveva essere eseguita, in linea di massima, dall'offerente, il che corrisponde all'art. 31 cpv. 3 LAPub.

E. 4.2.5

Per quanto sia di rilevanza nel caso di specie, nei documenti di gara alla voce "5 Indicazione offerente" gli offerenti dovevano indicare i subappaltanti (punto 1.5), il ruolo svolto dalla persona chiave del capocantiere elevatore e il relativo progetto di referenza (punto 2.2.2), nonché allegare il curriculum vitae (punto 3.4.1.2) e i certificati delle referenze e infine compilare una tabella a conferma della disponibilità delle persone chiave (punto 2.4).

E. 4.2.6

Nella documentazione di gara, al punto 4.3, è annesso il concetto logistico di cantiere, elaborato in lingua tedesca dalla ditta A. _____ AG. Esso è strutturato in sostanza in cinque capitoli, ossia (1) i dati principali tecnici, (2) il vero e proprio concetto di logistica con i lavori previsti per il risanamento del pozzo, i trasporti per turno, il carico utile della piattaforma di lavoro e del veicolo navetta, nonché la capacità di trasporto, (3) una descrizione tecnica riguardo la stazione a monte / organo di trazione, il tragitto, i veicoli, gli organi di trazione, il montaggio, lo smontaggio e i trasporti, (4) le varianti e (5) il prezzo preventivato ("Budgetpreis") per l'installazione, il montaggio, la messa in esercizio dell'elevatore. Tra le altre cose, alla pag. 10 si legge "Das Konzept sieht vor, dass während einer Schicht ein Mitarbeiter der Firma A. _____ die Bahnen betreibt. Der Seilbahnfachmann ist für den Betrieb beider Anlagen verantwortlich. Insbesondere übernimmt er die Positionierung der Arbeitsplattform. Dieses Konzept ermöglicht ein schnelles und sicheres Verschieben der Plattform".

E. 4.2.7

Al punto 3.3.1 della rubrica "5 Indicazione offerente" il bando prescriveva agli offerenti il contenuto delle informazioni da inserire nel rapporto tecnico, in particolare il concetto dell'elevatore (piattaforma di lavoro e montacarichi). Nella relazione tecnica allegata alla documentazione d'appalto (punto 4.2) è indicato che, al fine di rispettare le direttive della SUVA per l'elaborazione della logistica, l'offerente doveva allestire un concetto dettagliato per la pianificazione del montaggio e smontaggio della piattaforma mobile e del montacarichi (pag. 28 seg.).

E. 4.3

Per quanto attiene all'interpretazione della nozione di "capocantiere elevatore", dalle spiegazioni al punto 3.8 del bando di concorso si può affermare che quest'ultimo non dà una vera e propria definizione del termine in questione. In pratica, esso si limita, da un lato, a richiedere espressamente l'assunzione del ruolo di capocantiere, sostituto capocantiere o funzione equivalente nell'oggetto di riferimento, e, dall'altro di riportare il ruolo di detta persona chiave alle condizioni che il progetto precedente deve soddisfare, vale a dire al tipo di infrastruttura (opera di genio civile in sotterraneo), all'attività (installazione, montaggio, messa in servizio e esercizio di un elevatore), all'importo contrattuale (almeno 0.2 mio. CHF) e all'obbligo della completa esecuzione delle prestazioni. Secondo il senso letterale, il capocantiere è la persona che sovrintende al lavoro degli operai in un cantiere (cfr. sentenza del TAF B-2862/2023 del 22 novembre 2023 consid. 4.2.4 con ulteriori rinvii). Combinato al termine "elevatore" e alle ulteriori condizioni poc'anzi elencate si può ragionevolmente concludere che nell'oggetto di riferimento alla persona chiave ricercata era stato attribuito in sostanza il compito di sovrintendere ai lavori nell'ambito di un'opera di genio civile in sotterraneo che prevedesse l'installazione, il montaggio, la messa in servizio ed esercizio di un elevatore, e che fosse stata completamente eseguita per un importo di almeno 0.2 mio. CHF. Dall'impostazione del bando in relazione al criterio di idoneità per il capocantiere elevatore e della disponibilità di quest'ultimo (cfr. consid. 4.2.1 e 4.2.3), alle indicazioni che gli offerenti dovevano fornire (in particolare il concetto dell'elevatore, cfr. consid. 4.2.7) e alla possibilità di ricorrere a subappaltatori (cfr. consid. 4.2.4), gli offerenti potevano intendere le disposizioni corrispondenti nel senso che per l'adempimento di detto criterio era sufficiente che la persona chiave proposta avesse ricoperto la funzione di capocantiere elevatore o una funzione equivalente in un progetto di riferimento che soddisfacesse i requisiti minimi richiesti, a prescindere da che detta persona fosse alle dipendenze

dell'offerente stesso o di un eventuale subappaltatore. L'interpretazione adottata dal committente non presta dunque alcun fianco a critiche di sorta. Dal bando di concorso e dalla documentazione di gara non risulta che siano state stabilite ulteriori condizioni riguardo al livello formativo della persona chiave del capocantiere elevatore o un qualsivoglia obbligo a che la persona chiave proposta dovesse essere uno specialista nella costruzione di ascensori. Anche se la definizione del concetto di logistica di cantiere (v. consid. 4.2.6) può indurre a credere che gli offerenti dovessero fare capo alla ditta A._____ AG riguardo all'elevatore, il bando non impone che la proposta dell'oggetto di riferimento debba necessariamente provenire da quest'ultima in qualità di subappaltante. Del resto, il Tribunale ha potuto appurare in base ad un confronto delle offerte che non tutti i concorrenti hanno affidato il subappalto alla A._____ AG (cfr. consid. 6.2). In sintesi, il bando non esclude che la referenza della persona chiave possa essere presentata da una persona chiave attiva presso la ditta principale e nemmeno che tale persona non possa collaborare con la ditta subappaltante. Pertanto, laddove la ricorrente ritiene che un ingegnere non possa ricoprire il ruolo di capocantiere elevatore e che questa particolare persona chiave abbia da essere occupata da un dipendente di una ditta (subappaltante) attiva nel settore della costruzione degli ascensori, la sua interpretazione del bando e della documentazione di gara non può essere seguita.

E. 4.4

Occorre di seguito esaminare se l'autorità aggiudicatrice ha stabilito a ragione che la persona chiave presentata dalla ricorrente nell'ambito della referenza per il capocantiere elevatore non adempie il criterio di idoneità CI-2.

E. 4.4.1

Per quanto attiene al criterio di idoneità CI-2 riferito alla persona chiave del capocantiere elevatore e alla sua referenza, la ricorrente ha indicato il progetto "_____", ossia un appalto deliberato a suo tempo alla ditta subappaltatrice a cui ha affidato l'installazione dell'elevatore nella presente commessa (A._____ AG), e il signor B._____ che in quell'ambito si era occupato, conformemente alle indicazioni, della direzione dei lavori di montaggio o installazione sul posto ("Leitung Montagearbeiten vor Ort"; cfr. offerta della ricorrente pag. 8). Dalle annotazioni riportate nella scheda dell'offerta risulta che il tipo di infrastruttura concerne una funivia ("Seilbahnen") e non un'opera di genio civile in sotterraneo. Considerata la concreta imposizione del bando che prevedeva tra i requisiti minimi cumulativi necessari all'adempimento della referenza un'opera di genio civile in sotterraneo, è indubitabile che i lavori per la costruzione di una funivia non possono essere messi sullo stesso piano di un'opera di genio civile in sotterraneo. Del resto, la ricorrente non contesta la circostanza che la referenza indicata non riguarda un'opera di genio civile in sotterraneo.

E. 4.4.2

I criteri di idoneità permettono al committente di valutare le capacità finanziarie, economiche, tecniche ed organizzative degli offerenti e di operare la selezione solo tra quelli che sono effettivamente in grado di eseguire la commessa garantendo la qualità auspicata (cfr. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, op. cit., n. 555). Oltre ad essere stabiliti in funzione della prestazione da aggiudicare, essi rappresentano criteri quantificabili, il cui mancato adempimento comporta di principio l'esclusione (DTF 141 II 353 consid. 7.1, 139 II 489 consid. 2.2.4). Quest'ultima si giustifica tuttavia unicamente

quando l'inadempienza riveste una certa gravità, in quanto, in caso di lievi inosservanze, sarebbe sproporzionato escludere l'offerente dalla procedura (cfr. supra consid. 3.3 con rinvii). Si tratta di una lieve inosservanza nel caso di un errore formale o dell'assenza di un documento, la cui omissione risulta evidentemente da una svista. In queste situazioni l'offerente interessato deve essere invitato a rimediare al vizio. Di contro, deve essere escluso quell'offerente che non propone le persone chiave che rispondano alle aspettative minime dell'ente aggiudicante che figurano nel bando di concorso, poiché le capacità tecniche non sono sufficienti (cfr. sentenza del TAF B-4473/2022 del 3 aprile 2023 consid. 7.2 con ulteriori riferimenti; Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation*, in: *Marchés publics* 2018, Zufferey/Beyeler/Scherler [ed.], 2017, pag. 271 segg., n. a piè di pagina 29).

E. 4.4.3.1

Anzitutto occorre evidenziare che nel bando di concorso in oggetto erano esplicitamente indicati i requisiti minimi a cui il progetto di riferimento per la persona chiave del capocantiere elevatore doveva adempiere, segnatamente nell'ambito del tipo di infrastruttura, in caso contrario l'offerta avrebbe potuto essere ritenuta non idonea. La referenza indicata non porta su un'opera di genio civile in sotterraneo e non soddisfa perciò un requisito minimo richiesto dal bando di concorso. Questa inosservanza non si apparenta ad un semplice errore di forma o ad una svista, bensì riveste un peso considerevole. Nel caso della presentazione di referenze per dimostrare l'idoneità di un offerente non si tratta solo di indicazioni marginali come ad esempio l'assenza di una firma, ma di una combinazione di oggetti e persone riferita al progetto, quindi di componenti essenziali dell'offerta e non di un vizio formale lieve e trascurabile.

E. 4.4.3.2

Soltanto le offerte conformi alle prescrizioni di gara entrano in considerazione per l'aggiudicazione. Le prescrizioni di gara costituiscono la legge stessa del concorso e vincolano tanto i concorrenti, quanto il committente, che deve rispettarle per non incorrere in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento e del principio della trasparenza. Conformemente all'art. 34 cpv. 1 LAPub gli offerenti devono presentare le loro domande di partecipazione e la loro offerta per scritto, in modo completo e tempestivo. Alla base di questa regola vi è l'idea che l'autorità aggiudicatrice deve poter procedere direttamente all'aggiudicazione della commessa in virtù delle offerte inoltrate (cfr. sentenza del TF 2C_241/2012 del 28 giugno 2012 consid. 4.1; DTAF 2007/13 consid. 3.1; sentenza del TAF B-8115/2015 del 6 ottobre 2016 consid. 3.8.1). Ne segue che sia l'idoneità dei concorrenti sia la bontà dell'offerta sono da esaminare in principio sulla scorta delle indicazioni e delle prove inoltrate entro il termine per l'inoltro delle offerte (cfr. sentenza del TAF B-2522/2021 del 20 settembre 2021 consid. 2.3 con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza). Secondo il principio dell'intangibilità delle offerte, dopo il suo deposito un'offerta non può essere né modificata, né completata, né corretta e dev'essere valutata solo sulla base del dossier che l'accompagna (DTF 141 II 353 consid. 8.2.2; sentenza del TF 2D_33/2019 del 25 marzo 2020 consid. 3.1).

E. 4.4.3.3

Alla luce delle indicazioni fornite, l'autorità aggiudicatrice, in sede di chiarimenti d'offerta, ha chiesto alla ricorrente delle delucidazioni al fine di specificare l'entità e l'importo delle lavorazioni eseguite in sotterraneo nel progetto di riferimento. A questo punto, invece di

rispondere direttamente alla richiesta, la ricorrente, verosimilmente resasi conto che la referenza inoltrata con l'offerta non adempiva il requisito del tipo di infrastruttura previsto nel bando di concorso, ha preferito inoltrare una nuova referenza della ditta subappaltante, proponendo pure una nuova persona chiave come capocantiere elevatore. Ora, la facoltà di indagine del committente che di regola si realizza nel diritto di chiedere all'offerente spiegazioni relative a determinati elementi dell'offerta (cfr. art. 38 cpv. 2 primo periodo LAPub), fissandogli un termine per rimediare alle incertezze riscontrate, non può e non deve servire ad ottenere la modifica, la correzione o il completamento dell'offerta, se quest'ultima, come nel caso di specie, non osserva un requisito minimo delle condizioni di gara.

E. 4.4.3.4

Visto quanto precede, non è ravvisabile alcun formalismo eccessivo o una violazione del principio della proporzionalità e l'autorità aggiudicatrice ha estromesso l'offerta della ricorrente a giusto titolo dalla gara poiché la referenza inoltrata per il capocantiere elevatore non adempiva al requisito del tipo di infrastruttura (opere di genio civile in sotterraneo). Nell'aver poi constatato che in seguito alla richiesta di chiarimenti la ricorrente ha modificato a posteriori la propria offerta con l'inoltro di una nuova referenza per la persona chiave del capocantiere elevatore, l'autorità aggiudicatrice ha applicato correttamente il principio dell'intangibilità delle offerte.

E. 4.5

Le ulteriori censure della ricorrente non riescono a mutare nulla alla situazione poc'anzi esposta.

E. 4.5.1

Il solo fatto che la ricorrente abbia affidato i lavori di installazione dell'elevatore in subappalto alla ditta che ha allestito il concetto di logistica di cantiere per il presente appalto (A._____ AG), quindi ad una ditta esperta tra l'altro nella costruzione di ascensori, non basta per ammettere automaticamente l'idoneità della referenza e della persona chiave del subappaltatore, nel suo caso il signor B._____, senza dapprima esaminare se sono effettivamente dati i requisiti del bando (cfr. anche sentenza del TAF B-6506/2020 del 6 aprile 2021 consid. 3.6.10). È invece compito dell'appaltatore inoltrare un'offerta completa e corretta ed assicurarsi di verificare la conformità delle referenze alle condizioni di gara, non solo riguardo alle proprie referenze in qualità di impresa principale, ma anche riguardo alle referenze dei propri subappaltatori. Contrariamente a quanto vorrebbe far credere la ricorrente, l'idoneità del signor B._____ nell'ambito di opere di genio civile in sotterraneo non è individuabile direttamente dalla lista dei vari progetti elencati nel curriculum vitae del medesimo. Del resto, le referenze da considerare per l'esame dell'idoneità del capocantiere elevatore non dovevano essere riportate nel curriculum vitae della persona chiave proposta, bensì nell'apposito formulario dell'offerta in cui gli offerenti dovevano espressamente indicare, tra le altre cose, in che misura erano dati i requisiti posti dal bando di concorso per il progetto di referenza.

E. 4.5.2

I timori della ricorrente in merito ad una presunta mancata idoneità della persona chiave del capocantiere elevatore proposta dalla controparte non sono giustificati.

E. 4.5.2.1

Come risulta dalle sue osservazioni del 17 ottobre 2023, la cui veridicità è stata verificata dal Tribunale in base ad un confronto con la relativa offerta (pag. 8 delle indicazioni dell'offerente e gli annessi 2.2 e 2.4; cfr. anche consid. 6.2), la controparte ha comunicato di collaborare con la A. _____ AG per l'installazione dell'elevatore, ma di aver indicato come persona chiave per il capocantiere elevatore un proprio ingegnere, in quanto, da un lato, il concetto di piattaforma elaborato dalla subappaltatrice, ritenuto complesso, avrebbe richiesto delle modifiche, condivise con la subappaltatrice prima dell'inoltro dell'offerta e, dall'altro, la figura proposta dalla subappaltatrice non avrebbe disposto della referenza richiesta. Come si è visto (consid. 4.3), il fatto che l'aggiudicataria abbia proposto una referenza come impresa principale e non una referenza della subappaltante non è in contrasto con le condizioni di gara.

E. 4.5.2.2

Nel verbale dell'esame dell'idoneità (cfr. allegato F del rapporto di valutazione) trasmesso alla ricorrente è riportato, per quanto attiene all'offerta della controparte, che "Per la persona chiave "responsabile elevatore" la referenza è paragonabile per tipo di infrastruttura, tipo di attività ed importo contrattuale". Lo scrivente Tribunale ha avuto modo di appurare che questa e le ulteriori asserzioni del committente e della controparte circa il criterio di idoneità per la persona chiave di capocantiere elevatore trovano conferma in parte nella scheda di valutazione (cfr. rapporto di valutazione, allegato F), nel relativo formulario d'offerta e nell'allegato corrispondente (cfr. pag. 8 delle indicazioni dell'offerente e gli annessi 2.2 e 2.4). In particolare, dalle informazioni fornite si evince che la referenza riguarda un'opera di genio civile in sotterraneo comprendente l'installazione e la messa in servizio di un elevatore, che la persona indicata è un ingegnere della ricorrente che in quel frangente aveva funto da sostituto direttore di cantiere, che le prestazioni sono state interamente eseguite e che l'importo contrattuale della referenza supera gli 0.2 mio. CHF richiesti. In base alle informazioni nell'offerta, non sono ravvisabili elementi suscettibili di mettere in dubbio la correttezza della valutazione operata dal committente.

E. 4.5.2.3

Come già visto, secondo le disposizioni di gara in questione bastava che la persona chiave indicata come capocantiere elevatore avesse maturato esperienza nella medesima o equivalente funzione nell'ambito di un'opera di genio civile in sotterraneo di almeno 0.2 mio. CHF già completata che contemplasse l'installazione, il montaggio e la messa in servizio ed esercizio di un elevatore (cfr. supra consid. 4.3). In opposto a quanto fatto valere dalla ricorrente, le condizioni di gara non imponevano agli offerenti di presentare un capocantiere elevatore subordinato al costruttore dell'ascensore, né impedivano ad un ingegnere di occupare il ruolo di capocantiere elevatore (idem). Laddove la ricorrente contesta che una persona chiave con la funzione di capocantiere elevatore che non si trova alle dipendenze del costruttore dell'ascensore non possa garantire la presenza sul cantiere, il suo ragionamento non può essere seguito. In effetti, tutti gli offerenti erano tenuti a confermare la disponibilità minima del capocantiere elevatore (80%) secondo il relativo criterio di idoneità CI-4, ciò che la controparte ha correttamente indicato nell'offerta (pag. 12, indicazioni dell'offerente). Considerato che il bando di concorso non prevedeva alcun obbligo di proporre come capocantiere elevatore una persona impiegata presso la ditta di costruzione di ascensori, che la referenza in questione poteva essere fornita dalla ditta principale e dal subappaltatore e che la controparte ha spiegato i motivi che l'hanno indotta a proporre una propria referenza, la richiesta di audizione del signor D. _____ della

A. _____ AG non si rivela rilevante e necessaria ai fini della presente vertenza e va rigettata.

E. 4.5.2.4

Infine, sia rilevato a mero titolo abbondanziale che il Tribunale ha avuto modo di controllare che l'autorità aggiudicatrice ha escluso dalla gara, per lo stesso motivo (ossia il mancato adempimento del requisito relativo ad un'opera di genio civile in sotterraneo), un altro offerente che aveva esibito la medesima referenza inoltrata dalla ricorrente in sede d'offerta, dando quindi prova di osservare la parità di trattamento tra offerenti nell'ambito della valutazione del criterio di idoneità qui contestato (cfr. infra consid. 6.2).

E. 4.6

La ricorrente sostiene che il requisito posto al tipo di infrastruttura (opera di genio civile in sotterraneo) per il capocantiere elevatore al punto 3.8 del bando di concorso è insostenibile e non poggia su motivi oggettivi, essendo, a suo dire, praticamente indifferente se i lavori di montaggio, installazione e messa in servizio ed esercizio dell'elevatore vengano eseguiti in sotterraneo o in superficie. Secondo lei, malgrado i lavori in sotterraneo possano rappresentare una sfida in termini di misure di sicurezza e di attività logistiche, queste funzioni dirigenziali non competono al capocantiere elevatore, ma al direttore tecnico, per il quale il bando di concorso richiedeva esperienza in attività in sotterraneo.

E. 4.6.1

Il Tribunale ritiene che il significato e la portata dei requisiti della referenza per il capocantiere elevatore, anche riguardo al tipo di infrastruttura (opere di genio civile in sotterraneo), erano chiaramente riconoscibili dal punto 3.8 del bando di concorso riportato per esteso nei fatti (lettera A.c) e al consid. 4.2.1. Da questo punto di vista, un'eventuale irregolarità nella definizione del criterio di idoneità del capocantiere elevatore avrebbe dovuto essere fatta valere in un procedimento di ricorso contro il bando (cfr. art. 53 cpv. 2 LAPub; cfr. sentenze del TAF 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, decisione incidentale del TAF B-738/2012 del 14 giugno 2012 consid. 3.1). Le obiezioni sollevate si rivelano dunque tardive ed inammissibili. Gli argomenti della ricorrente, secondo cui sarebbe riuscita a distinguere gli effetti della formulazione adottata solo in seguito all'emanazione delle decisioni di esclusione e di aggiudicazione, ma al più presto dopo aver ricevuto le offerte dell'impresa di costruzione di elevatori, oltre ad apparire pretestuose e poco credibili, rasentano un comportamento contraddittorio.

E. 4.6.2

Anche nella denegata ipotesi che le censure invocate siano ritenute ammissibili, va in ogni caso rammentato che il committente gode di un ampio margine di apprezzamento nel definire i criteri di idoneità, anche per quanto riguarda le referenze delle persone chiave, nonché i requisiti a cui esse devono adempiere (cfr. anche supra consid. 3.4), purché le referenze e le prove richieste siano specifiche al progetto, si riferiscano alla prestazione ricercata (cfr. sentenza del TAF B-6506/2020 del 6 aprile 2021 consid. 2.1 con ulteriori rinvii) e siano motivate dai bisogni della commessa prevista (Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Aktuelles Vergaberecht 2016, p. 397 n. 13). L'oggetto della commessa concerne in particolare il risanamento di un pozzo inclinato di un'altezza di circa 400 metri (cfr. duplica pag. 7) e l'installazione di un elevatore al suo interno nell'ambito dei lavori di risanamento del tunnel del San Bernardino. Si tratta di lavori da eseguire in

sotterraneo, le cui caratteristiche richiedono specifiche conoscenze in questo ambito proprio per poter affrontare i rischi legati alla sicurezza, alla logistica e alle difficoltà operative per la costruzione di un elevatore. Il bando aveva poi prescritto una disponibilità minima del capocantiere elevatore pari all'80% contro il 30% del direttore tecnico, attribuendo così un'importanza accresciuta a che la funzione del capocantiere elevatore avesse le competenze specialistiche in ambito sotterraneo e in relazione agli ascensori. Dunque, quanto al criterio di idoneità del capocantiere elevatore, non si può affermare che la richiesta di una referenza di un'opera di genio civile in sotterraneo che contemplasse attività legate ad un elevatore non abbia un nesso oggettivo con la specificità della commessa e non si riferisca alla prestazione richiesta. Secondo il Tribunale, non è avverso al diritto in materia di acquisti pubblici che il committente abbia previsto per il capocantiere elevatore ch'egli disponga di un'esperienza specifica in un'opera di genio civile in sotterraneo. Alla luce di quanto precede, quand'anche ammissibile, la censura della ricorrente sarebbe comunque destinata all'insuccesso. Di fronte a questo risultato, la richiesta di allestimento di una perizia per fare chiarezza sull'esigenza richiesta al capocantiere elevatore riguardo ad un'opera di genio civile in sotterraneo non è necessaria e va respinta.

E. 4.6.3

Infine, la ricorrente asserisce che l'impostazione del criterio di idoneità per la persona chiave del capocantiere elevatore, riferita all'esigenza di un'opera di genio civile in sotterraneo, come pure all'imposizione di collaborare con una ditta di elevatori limiterebbero la concorrenza senza alcun motivo valido, come dimostrerebbe il fatto che tre offerenti su cinque siano stati esclusi dalla gara.

E. 4.6.3.1

In via liminare, si coglie una certa contraddittorietà nell'argomentare della ricorrente che, da un lato, insiste sulla bontà della referenza proposta per il capocantiere elevatore solo perché si tratta di un oggetto di riferimento della A. _____ AG e, dall'altro, sostiene che il relativo criterio di idoneità pregiudica la libera concorrenza a causa del vincolo di collaborare con una ditta di elevatori. Giova ancora una volta ricordare che, in considerazione dell'interpretazione che poteva essere attribuita al bando e alla documentazione secondo il senso comune (cfr. consid. 4.3), la disposizione contestata non prevedeva alcun obbligo di proporre come capocantiere elevatore una persona impiegata presso la ditta di costruzione di ascensori, né che la referenza in questione dovesse essere fornita da quest'ultima.

E. 4.6.3.2

A prescindere dal carattere speculativo e contraddittorio delle critiche ricorsuali, vista la formulazione chiara del criterio di idoneità in questione e tenuto conto che le informazioni sul concetto di logistica di cantiere della A. _____ AG, come del resto tutta l'intera documentazione del bando, erano disponibili a partire dalla pubblicazione del bando di concorso, il Tribunale ritiene che questa censura avrebbe dovuto essere sollevata contro il bando di concorso e pertanto essa si rivela tardiva ed inammissibile (art. 53 cpv. 2 LAPub; sentenza del TAF B-3534/2021 del 17 maggio 2022 consid. 4.2 con rinvii; v. anche Martin Zobl, in: Hans Rudolf Trüeb [ed.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, art. 53 N 21).

E. 5

In definitiva, la ricorrente è stata esclusa a giusto titolo dalla gara per mancato adempimento del criterio di idoneità CI-2, in quanto la referenza proposta per la persona chiave del capocantiere elevatore non adempie al requisito del bando relativo alla tipologia dell'infrastruttura (opera di genio civile in sotterraneo) e la nuova referenza inoltrata in seguito ai chiarimenti dell'offerta non può essere considerata, pena la violazione del principio dell'intangibilità dell'offerta. Vista la conferma della decisione di escludere la ricorrente dal concorso, la commessa non può più in ogni caso essere attribuita in suo favore e pertanto non è più necessario chinarsi ulteriormente sulla conclusione volta all'annullamento della decisione di aggiudicazione (sentenza del TAF B-2431/2020 del 7 settembre 2020 consid. 1.7 e 7.1 seg.). Il ricorso si rivela infondato, nella misura in cui ammissibile.

E. 6.1

Secondo la prassi dello scrivente Tribunale resa in applicazione della legislazione in materia di appalti pubblici in vigore fino al 31 dicembre 2020, a cui si può ancora rimandare (cfr. Micha Bühler, Handkommentar, op. cit., n. 18 ad art. 57 LAPub), il diritto generale di consultare gli atti che si applica in altri campi giuridici deve retrocedere nei procedimenti in materia di appalti pubblici di fronte all'interesse degli offerenti al trattamento confidenziale dei loro segreti d'affare e del loro know-how commerciale che risultano dai documenti dell'offerta (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 6.1). Fintanto che non sussistono interessi preponderanti a mantenere la segretezza dei dati, possono essere messi a disposizione della ricorrente 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. decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 5 dicembre 2012 consid. 3 con ulteriori rinvii). Di principio, sotto riserva del benessere degli offerenti interessati, non sussiste un diritto alla libera consultazione delle offerte dei concorrenti (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 5). Inoltre, le informazioni riguardanti gli altri offerenti devono essere trattate in maniera confidenziale e non sono di principio contemplate dal diritto di esaminare gli atti. Nell'ambito dell'impugnazione di un'estromissione dalla gara lo scrivente Tribunale ha stabilito che gli atti che sarebbero rilevanti solo in riferimento alla valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione non possono fare l'oggetto dell'esame degli atti nel quadro dell'esame della legittimità di un'esclusione (decisione incidentale del TAF B-1774/2006 del 13 marzo 2007, pubblicata in estratto in DTAF 2007/13, consid. 7.2 non pubblicato). Nella misura in cui una parte non ha o non le viene concesso l'accesso agli atti, il Tribunale deve accertarsi d'ufficio che i documenti in parte occultati o non messi a disposizione non nascondano indizi che lascino concludere ad una valutazione avversa alla parità di trattamento o altrimenti erronea dal punto di vista giuridico (sentenze del TAF B-3204/2020 del 23 dicembre 2020 consid. 5.1 e B-1662/2020 dell'8 giugno 2020 consid. 3.4).

E. 6.2

Alla questione litigiosa di sapere se l'offerta della ricorrente e quella della controparte adempiono i requisiti del bando di concorso, in particolare del criterio di idoneità CI-2 inerente alla referenza della persona chiave del capocantiere elevatore, si è potuto rispondere in primo luogo sulla base delle indicazioni riportate nel bando di concorso, nella documentazione di gara, nel rapporto di valutazione, nei chiarimenti d'offerta, negli estratti

dell'offerta della ricorrente e della controparte, nonché nelle comparse della ricorrente, del committente e della controparte, compresi gli allegati. La ricorrente ha potuto consultare una versione degli atti di gara destinata al suo uso esclusivo, in particolare la valutazione della sua offerta (illimitatamente) e quella della controparte (in modo limitato) per quanto riguarda il criterio di idoneità in questione. Di contro, gli ulteriori atti di gara, in particolare le offerte degli altri concorrenti e la valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione non sono rilevanti per la presente questione litigiosa. Laddove il diritto di esaminare gli atti è stato concesso in modo ristretto o negato del tutto, il Tribunale, in base al curriculum vitae della persona chiave del capocantiere elevatore indicato dalla controparte, ha, da un lato, potuto convalidare le annotazioni del committente secondo cui detta figura ha accumulato diverse esperienze in opere in sotterraneo. D'altro lato, il Tribunale ha potuto accertarsi conformemente alla prassi che il committente non ha violato il principio della parità di trattamento nell'esame del criterio di idoneità in parola, segnatamente ammettendo alla valutazione dei criteri di aggiudicazione altri offerenti che non soddisfano i requisiti per detto criterio. Visti l'esito del procedimento e la prassi poc'anzi citata in merito all'edizione delle offerte e di documenti concernenti altri concorrenti estranei alla procedura di ricorso, non è più necessario concedere un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già predisposto nella fase di istruzione. Di conseguenza, le ulteriori richieste di edizione della ricorrente sono da respingere.

E. 7

La concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare mediante ordinanza del 3 ottobre 2023, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

E. 8.1

La ricorrente, soccombente, deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed i disborso (art. 1 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4bis PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata secondo il valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione delle disposizioni menzionate e considerato che la ricorrente è da considerare quale parte soccombente, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 11'000.-. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato in data 6 ottobre 2023, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

E. 8.2

Quanto alle spese ripetibili, alla ricorrente non si assegnano indennità in conformità al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA a contrario). L'autorità aggiudicatrice non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 TS-TAF; Elisabeth Lang, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, n. a margine 32 ad art. 55 LAPub). La controparte si rivela certo parte vincente, ma non avendo esercitato attivamente i suoi diritti di parte, non ha diritto ad alcuna indennità.

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