

BVGer B-6038/2011 vom 20. Dezember 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6038_2011

FR: TAF B-6038/2011 du 20 décembre 2011

IT: TAF B-6038/2011 del 20 dicembre 2011

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 1

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere di cognizione la questione a sapere se sono adempiuti i presupposti processuali e se si deve entrare nel merito del ricorso (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

E. 1.1

Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione é ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in combinato disposto con l'art. 27 cpv. 1 LAPub). I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA). I rispettivi rappresentanti legali hanno giustificato i loro poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

E. 1.2

La legittimazione a ricorrere di offerenti esclusi dall'aggiudicazione risulta in principio dall'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13, consid. 1.4). Secondo l'avviso del committente alla ricorrente manca la legittimazione attiva, in quanto la medesima si è classificata con la sua offerta al terzo posto della graduatoria, cosicché anche in caso di accoglimento del ricorso non avrebbe alcuna possibilità di ottenere l'aggiudicazione della commessa. Con un simile argomento il committente misconosce tuttavia che, di principio e secondo prassi e dottrina dominanti, un offerente non considerato e destinatario diretto di una decisione d'esclusione da una gara pubblica sottoposta alla LAPub è legittimato a ricorrere contro di essa, indipendentemente dalla probabilità concreta che gli venga assegnato l'appalto (cfr. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2a edizione, Zurigo 2007, N. 854 con ulteriori rinvii). Come però dimostrano i considerandi che seguono, la questione della legittimazione a ricorrere può in casu essere lasciata aperta, in quanto il ricorso risulta inammissibile, rispettivamente va respinto per altri motivi.

E. 1.3

Occorre specificare che, nel caso che ci riguarda, il committente si è avvalso della procedura mediante invito per assegnare la commessa in esamina (cfr. sulla procedura mediante invito consid. 1.4.1), scegliendo quindi un tipo di procedura non assoggettata alla LAPub, con la conseguenza che le decisioni rese nel quadro di simili procedure non possono essere impugnate dinanzi allo scrivente Tribunale (cfr. art. 39 OAPub). A tale

riguardo questo Tribunale ha già avuto modo di riconoscere che la questione a sapere se un committente, nel caso concreto, ha rinunciato a giusto titolo ad una procedura di aggiudicazione assoggettata alla LAPub non può sfuggire ad un controllo giudiziario, altrimenti il potere aggiudicatore avrebbe la facoltà di aggirare un simile controllo con il solo argomento che la LAPub non è applicabile, svuotando del suo senso la protezione giuridica in materia di acquisti pubblici (cfr. decisione incidentale del TAF B-3311/2009 del 20 luglio 2009, consid. 1.1; sentenza del TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010, consid. 1.2). Ciò sarebbe in palese contrasto con lo scopo della LAPub e delle regolamentazioni previste da accordi internazionali (cfr. l'art. XX cifra 2 dell'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. anche DTAF 2008/61, consid. 1.1). Per questi motivi lo scrivente Tribunale è competente a statuire sulla presente vertenza almeno nella misura in cui la ricorrente fa valere che la commessa in disamina raggiunge il valore soglia per le opere edili sulla base degli artt. 6 e 7 LAPub.

E. 2

Visto quanto precede va di seguito esaminato se l'autorità aggiudicatrice si è a giusto titolo avvalsa della procedura mediante invito per l'assegnazione della presente commessa ed era autorizzata a scostarsi dal campo di applicazione della LAPub. In caso affermativo, non si dovrà ulteriormente entrare nel merito del ricorso.

E. 2.1

Per procedura mediante invito si intende quel tipo di procedura di acquisti pubblici in cui il committente invita gli offerenti ad inoltrare un'offerta direttamente e senza bando di concorso (cfr. sul tema anche per le allegazioni seguenti: Richard Calame, *Le développement des procédures sur invitation*, in: *Baurecht Sonderheft 2006*, p. 52 segg.; Dominik Kuonen, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, Berna 2005, p. 35 segg.; Galli/Moser/Lang/Clerc, *op cit.*, N. 148 segg., 821). La procedura mediante invito non è prevista nell'Accordo GATT, il quale conosce la procedura aperta o selettiva e, a titolo eccezionale, la procedura mediante trattativa privata (Calame, *op. cit.*, p. 52). In materia di acquisti pubblici federali, la procedura mediante invito non è menzionata, né disciplinata nella LAPub, bensì unicamente nell'OAPub al Capitolo 3 intitolato "Altri acquisti". Il concetto di "Altri acquisti" lascia sottintendere che questo genere di commesse non rientra nella LAPub, sia perché il committente non è assoggettato alla LAPub, sia perché non è raggiunto il valore soglia della commessa corrispondente, oppure perché vi è un altro motivo ai sensi dell'art. 32 lett. b OAPub (Kuonen, *op. cit.*, p. 35 seg.). L'art. 35 cpv. 3 OAPub elenca le commesse che possono essere aggiudicate con la procedura mediante invito. Esse possono essere suddivise in tre gruppi (Kuonen, *op. cit.*, p. 36 seg.): le commesse che non raggiungono i valori soglia previsti per la procedura aperta e selettiva, le commesse edili in applicazione della clausola bagatellare (art. 7 cpv. 2 LAPub, art. 14 OAPub) e l'acquisto di armi, munizioni o materiale bellico nonché la costruzione di infrastrutture belliche e di comando nell'ambito della difesa integrata e dell'esercito (art. 3 cpv. 1 lett. e LAPub). La procedura mediante invito è anche ammissibile ovunque sia possibile la procedura a trattativa privata. Quest'ultima vale per quelle commesse il cui valore è situato al di sotto dei valori soglia fissati per la procedura mediante invito (art. 36 cpv. 2 lett. b e c OAPub), nonché per quelle commesse che rientrano nel catalogo esaustivo dei casi eccezionali menzionati all'art. 13 cpv. 1 OAPub (Kuonen, *op. cit.*, p. 37 seg.). Nel caso di specie il committente fonda la scelta e lo svolgimento della procedura mediante

invito per l'assegnazione della commessa sull'art. 35 cpv. 3 OAPub in combinato disposto con l'art. 14 OAPub. Gli offerenti coinvolti dal committente sono a loro volta stati informati con scritto del committente del 14 aprile 2011 che per la presente commessa valeva la procedura mediante invito.

E. 2.2

La LAPub trova applicazione se il potere aggiudicatore sottosta alla legge (art. 2 LAPub), se il tipo di commessa rientra nelle definizioni di cui all'art. 5 LAPub, se non vi sono eccezioni di cui all'art. 3 LAPub e se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge i valori soglia prescritti all'art. 6 cpv. 1 LAPub.

E. 2.2.1

L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetta alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub). La commessa in esame concerne un concorso inerente alla rimozione delle pipe di aerazione ed è senz'altro suscettibile di rientrare nel novero delle commesse edili di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub in relazione all'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT. Non sono infine ravvisabili indizi secondo i quali sussiste un'eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub e del resto nemmeno le parti fanno appello al disposto menzionato.

E. 2.2.2

Determinante e contestata nel caso in esame è la questione a sapere se fa stato il valore complessivo delle commesse che fanno parte della stessa opera edile oppure il valore della singola commessa, rispettivamente se è raggiunto il valore soglia per il tipo di commessa assegnato.

E. 2.2.2.1

La LAPub si applica solo agli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo GATT, mentre altri acquisti pubblici della Confederazione sono disciplinati dall'OAPub. Dalla sistematica della LAPub (Sezione 5) e dell'OAPub (Capitolo 3) emerge che un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale è unicamente ricevibile nella misura in cui è diretto contro una decisione resa conformemente alle procedure di aggiudicazione previste e disciplinate nella LAPub (art. 2 cpv. 3 quarta frase LAPub a contrario; art. 39 OAPub; sentenza TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010, consid. 2.2; DTAF 2008/61, consid. 3.1; DTAF 2008/48, consid. 2.1). Conformemente all'art. 6 cpv. 1 LAPub, la LAPub si applica soltanto se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge il valore soglia corrispondente e, se il valore soglia non è raggiunto, la commessa non rientra nel campo di applicazione della LAPub e non è quindi data la competenza del Tribunale amministrativo federale quale istanza di ricorso giusta l'art. 27 LAPub (cfr. decisione incidentale TAF B-2083/2011 del 19 aprile 2011, pag. 4; decisione incidentale TAF B-3311/2009 del 16 luglio 2009, consid. 3.2 con ulteriori rinvii). Secondo l'art 6 cpv. 1 lett. c LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. c dell'ordinanza del DFE sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il secondo semestre dell'anno 2010 e per l'anno 2011 (RS 172.056.12) i valori soglia ammontano a fr. 8,7 milioni per opere edili. Una commessa non può essere suddivisa con l'intento di eludere l'applicazione della presente legge (art. 7 cpv. 1 LAPub). Se, per la realizzazione di un'opera edile, il committente aggiudica diverse commesse edili, è determinante il loro valore complessivo (art. 7 cpv. 2 frase 1 LAPub). Il Consiglio federale stabilisce l'ammontare delle singole commesse edili che in ogni caso sottostanno alla presente legge, nonché la loro parte percentuale nel valore globale (clausola

bagattellare; art. 7 cpv. 2 frase 2 LAPub). Tale disposto è stato concretizzato nell'OAPub nel modo seguente: se nell'ambito della realizzazione di un'opera edile il committente aggiudica diverse commesse edili il cui valore complessivo raggiunge il valore soglia determinante, esso non è tenuto ad aggiudicare le commesse secondo le disposizioni della legge se:(a.) il valore di ogni singola commessa non raggiunge 2 milioni di franchi; e (b.) il valore totale di tali commesse non eccede il 20 per cento del valore complessivo dell'opera edile (art. 14 OAPub in relazione con l'art. 35 cpv. 3 lett. h OAPub).

E. 2.2.2.2

La ricorrente è consapevole che il valore della commessa in disamina si trova al di sotto dei valori soglia fissati per opere edili all'art. 6 LAPub, ma ritiene che, sulla base dell'art. 7 cpv. 2 LAPub, nel caso in cui il committente aggiudica diverse commesse edili per la realizzazione di un'opera edile, è determinante il valore complessivo delle commesse. A tale riguardo la ricorrente allega al suo memoriale le informazioni sul progetto EP 19 Melide-Gentilino stampate dal sito internet del committente. Conformemente a dette informazioni il progetto EP 19 Melide-Gentilino è suddiviso in tre fasi: - galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013); - tracciato principale a cielo aperto dalla galleria Melide-Grancia a quella di Gentilino (2014-2017); - galleria di Gentilino (2014-2017). In sostanza la ricorrente sostiene che la rimozione delle pipe di areazione rappresenta un piccolo tassello dell'opera finale e rientra nell'opera dell'installazione del nuovo sistema di ventilazione che a sua volta è una minima parte del progetto di conservazione della galleria "Melide-Grancia", che a sua volta è un piccolo tassello rispetto al progetto globale EP 19 riguardante la tratta Melide-Galleria di Gentilino per un investimento complessivo di circa 260 milioni di franchi.

E. 2.2.2.3

Il committente segnala dapprima di aver preventivamente stimato il valore della commessa in oggetto ad un importo di CHF 1'000'333.50 (IVA esclusa) rispettivamente CHF 1'080'360.18 (IVA inclusa). In secondo luogo egli contesta le allegazioni della ricorrente quando dice che l'opera deve essere collocata all'interno dell'intero progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino. L'autorità inferiore riporta le tre fasi del progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino, sottolineando che le tre fasi sono da intendere completamente distinte tra loro e che la commessa in esame rientra esclusivamente nella fase della Galleria Melide-Grancia (misure transitorie) per la quale aveva fissato un preventivo di spesa pari a CHF 66'295'908.- (IVA esclusa). Infine la stessa autorità osserva di aver fino ad oggi deliberato, nell'ambito dell'opera principale, commesse edili avvalendosi della procedura per trattativa privata o mediante invito per un importo complessivo di CHF 6'662'882.36 (IVA esclusa), il quale si trova al di sotto del 20 % previsto all'art. 14 OAPub. A titolo abbondanziale il committente indica che anche nell'ipotesi che la commessa in disamina ricada nell'intero progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino per il quale sono stati preventivati CHF 140'821'912. , l'importo delle commesse deliberate mediante trattativa privata o mediante invito non supera il limite del 20 % di cui all'art. 14 OAPub. Per questi motivi, il committente conclude all'irricevibilità del ricorso.

E. 2.2.2.4

Da un'analisi delle allegazioni delle parti risulta che le medesime coincidono laddove il preventivo della presente commessa è stato stimato ad un importo di CHF 1'000'333.50 (IVA esclusa) rispettivamente CHF 1'080'360.18 (IVA inclusa) e quindi palesemente

situato al di sotto del valore soglia rilevante per opere edili. Lo stesso vale del resto per l'offerta inoltrata dalla ricorrente con i suoi CHF 3'094'667.10 (IVA inclusa; cfr. Rapporto di valutazione p. 10). Le opinioni delle parti divergono invece in un solo punto. Da una parte, la ricorrente ritiene che la commessa in disamina è compresa nella fase del progetto "galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013)" che a sua volta fa parte dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino", per cui, a suo avviso, è determinante il valore complessivo del progetto nella sua integrità (CHF 260 milioni come risulta dalle informazioni del sito web dell'USTRA). Dall'altra parte, il committente spiega che la commessa in parola fa parte solo della fase del progetto inerente alle "Misure transitorie Galleria Melide-Grancia" dal valore complessivo di CHF 66'295'908 (IVA esclusa) e che nell'ambito della realizzazione di quest'opera edile aveva già aggiudicato commesse edili per un importo complessivo di CHF 6'662'882.36 (IVA esclusa) e quindi in osservanza della clausola bagatellare (art. 14 OAPub).

E. 2.2.2.5

La risposta alla questione di sapere se la commessa in narrativa fa parte della fase "Misure transitorie Galleria Melide-Grancia" o dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino" dipende tra l'altro dalla circostanza se le tre fasi dell'intero progetto possono a giusto titolo essere considerate come fasi distinte o congiunte tra loro. Gli indizi per l'una o l'altra soluzione devono chiaramente emergere dagli atti inoltrati, segnatamente dalla documentazione d'appalto. La ricorrente rimanda nel proprio memoriale alle informazioni sull'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino", richiamabili dal sito web dell'autorità aggiudicatrice (cfr.

www.astra.admin.ch/autobahnschweiz/01365/03535/index.html?lang=it, visitato l'ultima volta il 14 dicembre 2011). Da tali informazioni emerge che l'intero progetto è suddiviso in tre fasi: - galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013); - tracciato principale a cielo aperto dalla Galleria Melide-Grancia a quella di Gentilino (2014-2017), - galleria di Gentilino (2014-2017). Già l'indicazione fra parentesi dei tempi di costruzione riferiti ad ogni singola fase lascia intendere che le tre fasi dell'intero progetto potrebbero essere prese in considerazione ciascuna separatamente come un'opera edile indipendente (cfr. DTAF 2007/18 in merito alla nozione di opera edile, con ulteriori rinvii a prassi e dottrina). Oltretutto, nell'intestazione del documento contrattuale KBOB/USTRA (doc. 1.1) e nella documentazione d'appalto compilata nell'offerta della ricorrente alla voce "Documenti dell'offerente (parte 3)" (doc. 3) emerge che il lotto 31 "Rimozione pipe di areazione" è esplicitamente indicato quale sottoprogetto del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia". Inoltre, nel documento "II. Condizioni speciali subordinate all'opera" (doc. 1.1, p. 12) alla voce 4.1 "Generalità" è specificato che il presente Lotto 31 è concomitante con altre lavorazioni coordinate come il Lotto 30 "Rimozione lastre di protezione laterale", Lotto 8897 "Impianti provvisori" e il Lotto 40 "Demolizione della soletta intermedia". Nel bando di concorso relativo al Lotto 8897 (pubblicato sul SIMAP del 18 maggio 2010, N. di notificazione 490765), nonché nel bando di concorso relativo al Lotto 40 gli avvisi di gara sono intitolati "N2 EP 19 Misure transitorie BSA Galleria Melide-Grancia, TP 08- Lotto 8897", rispettivamente "N2 EP 19 Misure transitorie Gc, Galleria Melide-Grancia Lotto 40 -Demolizione della soletta intermedia" (cfr. punto 2.2 di ciascun bando di concorso). Nei bandi di concorso per entrambi i progetti è esplicitamente previsto al punto 4.5 "Altre indicazioni" cifra 8 che "In virtù dell'art. 13 cpv. 1 lit. h OAPub, nonché dell'art. XV, lit. D GPA (Government Procurement Agreement), il committente si riserva il diritto di attribuire, mediante trattativa privata, nuove commesse dello stesso

genere, basate sulla presente commessa di base". Infine nello scritto del committente del 14 aprile 2011 ai sette offerenti è riportato in grassetto nel titolo "Invito alla presentazione di un'offerta nella procedura mediante invito / Progetto: N2 EP 19 Melide-Gentilino, Galleria Melide-Grancia / Lotto 31 - Rimozione delle pipe in aerazione in eternit". In considerazione delle comunicazioni in entrambi i bandi di concorso e della documentazione menzionata sono almeno ravvisabili certi indizi che lasciano ragionevolmente concludere che la commessa in disamina è strettamente connessa con la fase del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio Civile Galleria Melide-Grancia" e che tale fase potrebbe essere considerata separatamente. In ogni caso, sullo sfondo della ratio legis delle disposizioni sul raggiungimento del valore soglia, la questione riferita al rapporto con l'intero progetto suddiviso in tre fasi non riveste un ruolo importante, fintanto che ognuna delle tre fasi, da sola, raggiunge il valore soglia per una commessa edile secondo i disposti della LAPub. È inoltre evincibile che la commessa in oggetto rientra nella nozione di commessa dello stesso genere basata sulle commesse di base relative ai Lotti 8897 e 40 e, conformemente ai rispettivi bandi di concorso, suscettibile di essere deliberata mediante trattativa privata, perciò non in applicazione delle procedure di aggiudicazione previste e disciplinate dalla LAPub. Non risulta agli atti e nemmeno viene fatto valere dalla ricorrente che la medesima sia insorta contro i relativi bandi di concorso. Per questi motivi l'autorità aggiudicatrice era autorizzata ad aggiudicare la presente commessa in deroga alle procedure di aggiudicazione ordinarie disciplinate nella LAPub, ma pur sempre in osservanza degli artt. 13 cpv. 1 lett. h, 14 e 35 cpv. 3 lett. h OAPub (cfr. anche consid. 2.2.2.6). La circostanza che l'autorità aggiudicatrice si sia avvalsa della procedura mediante invito invece dell'annunciata trattativa privata non cambia nulla al risultato, tanto più che, come già rilevato, la procedura mediante invito può essere utilizzata anche nei casi in cui è possibile una delibera tramite trattativa privata (Kuonen, op. cit., p. 37 seg.; v. sopra consid. 2.1), come pure nei casi di una delibera di opere edili in applicazione della clausola bagatellare (cfr. consid. 2.2.2.6). Del resto va rilevato che nella documentazione d'appalto e nella corrispondenza inoltrata agli offerenti era stato chiaramente comunicato che per la commessa in oggetto valeva la procedura mediante invito (cfr. scritto del committente del 14 aprile 2011 alle imprese invitate, nonché II 1 Disposizioni particolari, p. 19).

E. 2.2.2.6

L'autorità aggiudicatrice, già nell'ambito della procedura di aggiudicazione, ha espresso la sua volontà di deliberare la commessa in esame avvalendosi della procedura mediante invito e quindi in deroga alle procedure di aggiudicazione disciplinate nella LAPub, e, nel quadro del presente procedimento, ha aggiunto di aver deliberato la commessa in applicazione della clausola bagatellare. Va perciò esaminato di seguito se il committente poteva a giusta ragione appellarsi alla clausola bagatellare per la delibera in oggetto. La clausola bagatellare a cui fa riferimento il committente conferisce al potere aggiudicante una certa libertà di sottrarre dal campo di applicazione della LAPub alcune commesse che si basano su un progetto ad essa assoggettato; detta clausola tiene conto del fatto che in Svizzera, a differenza che in altri stati membri dell'Accordo GATT, per la realizzazione di opere edili vengono per la maggior parte assegnati singoli mandati di costruzione per ogni categoria di opere edili e non mandati per appaltatori generali, per cui il valore soglia determinante per opere edili giusta la LAPub è fissato per opera edile e non per singola commessa (cfr. Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics*, Friburgo 2002, p. 83 seg.; Galli/Moser/Lang/Clerc, op cit., N.168 seg.; cfr. anche DTAF 2009/18, consid. 2.4.2). Se sono date le condizioni per l'applicazione della clausola

bagatellare, una commessa edile può essere deliberata ricorrendo alla procedura mediante invito (cfr. art. 35 cpv. 3 lett. h OAPub). Nella risposta al ricorso il committente specifica che il valore complessivo delle singole commesse deliberate per trattativa privata o procedura mediante invito nell'ambito del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia" raggiunge un importo complessivo di CHF 6'662'882.36, IVA esclusa. In detto importo sono compresi i seguenti lotti, conformemente alla tabella inoltrata dal committente e qui di seguito parzialmente riportata: Lotto Data delibera Importo IVA esclusa Procedura 10 23.09.2010 230'632.25 Invito 20 17.09.2010 984'280.75 Invito Aggiunta 443'203.30 30 13.12.2010 499'290.40 Invito 90 02.12.2010 649'706.15 Invito 31 12.09.2011 1'176'386.50 Invito 111 05.07.2011 70'120.95 Diretto 8860 08.06.2010 653'892.20 Invito Acque luride 12.04.2010 606'717.50 Invito 8891 30.11.2010 169'818.05 Invito Aggiunta 40'585.40 8350 08.02.2011 76'713.00 Diretto 8490 23.06.2011 235'328.35 Diretto 8620 19.04.2011 488'421.00 Diretto 8630 18.02.2011 206'396.46 Diretto 8511 20.09.2011 131'390.00 Diretto Come del resto esposto a giusto titolo dal committente, l'importo di CHF 6'662'882.36 relativo alle commesse in relazione con la fase del progetto menzionata ed assegnate con procedura tramite invito o trattativa privata si trova ben al di sotto del 20 % del valore complessivo dell'opera (CHF 66'295'908), come previsto dall'art. 14 OAPub. A titolo abbondanziale l'autorità aggiudicatrice conclude che, anche partendo dal totale dell'investimento previsto per le tre fasi pari a CHF 140'821'912. , le commesse deliberate senza seguire la procedura libera si situerebbero comunque al di sotto del limite del 20 % fissato nell'OAPub. Visto quanto precede, il valore stimato della commessa in disamina è inferiore ai 2 milioni di franchi (art. 14 lett. a OAPub) e il committente ha esposto in maniera condivisibile che il valore complessivo delle commesse deliberate per trattativa privata o procedura mediante invito nell'ambito del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia" non supera il valore complessivo né del progetto medesimo quale fase distinta, né addirittura dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino". Ne consegue che l'autorità aggiudicatrice si è attenuta al margine di manovra previsto dall'art. 14 OAPub ed era a giusto titolo autorizzata a sottrarre la presente commessa dal campo di applicazione della LAPub e di deliberarla avvalendosi della procedura mediante invito.

E. 2.2.2.7

In considerazione delle allegazioni suesposte emerge che l'autorità aggiudicatrice ha a giusto titolo deliberato la presente commessa in applicazione della clausola bagatellare e servendosi della procedura ad invito, con la conseguenza che tale commessa non rientra quindi nel campo di applicazione della LAPub. Per questo motivo viene a cadere la competenza di questo Tribunale a statuire sulla presente vertenza. Non può quindi dare adito a critiche che la decisione di delibera non sia stata munita dell'indicazione del rimedio giuridico. Considerate tali risultanze, non è più necessario dare una risposta esauriente alla questione a sapere se il ricorrente avrebbe già dovuto insorgere contro i bandi di concorso summenzionati (cfr. consid. 2.2.2.5), rispettivamente se è contrario al principio della buona fede che, benché lo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 14 aprile 2011 facesse un esplicito riferimento alla procedura mediante invito per la delibera della presente commessa, la ricorrente abbia criticato la mancata applicabilità della LAPub solo nella procedura di ricorso contro la decisione di aggiudicazione. Nella misura in cui la ricorrente chiede che la presente commessa sia da assoggettare alla LAPub per raggiungimento del valore soglia determinante e ritiene lo scrivente Tribunale competente per statuire sulla vertenza, il ricorso è respinto. Per il resto, il ricorso è inammissibile e non occorre entrare nel merito

delle censure ricorsuali circa il prezzo apparentemente sottocosto offerto dall'aggiudicataria e il mancato approfondimento della solvibilità di quest'ultima da parte dell'autorità aggiudicatrice.

E. 3

Visto l'esito della procedura, la ricorrente, quale parte soccombente, deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi; 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 e in caso di procedimenti che hanno causato un lavoro trascurabile, la tassa di giustizia può essere ridotta (art. 1 cpv. 1, art. 2 cpv. 1 frase 1 e art. 2 cpv. 3 frase 1 del Regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008; TS-TAF, RS 173.320.2). In applicazione dei disposti summenzionati si giustifica fissare le spese processuali a fr. 700. . Esse sono da computare con l'anticipo spese di fr. 2'000. . La differenza di fr. 1'300. va rimborsata alla ricorrente dalla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza. A titolo abbondanziale sia rilevato che non sono ravvisabili motivi per un condono o una riduzione delle spese processuali ai sensi dell'art. 6 lett. b TS-TAF. In particolare, la mancata indicazione del rimedio giuridico nella comunicazione della delibera e l'esplicito rinvio nella documentazione d'appalto secondo cui la commessa sarebbe stata assegnata in applicazione della procedura mediante invito erano senz'altro suscettibili di segnalare alla ricorrente ed al suo patrocinatore che un eventuale ricorso avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile (cfr. a contrario sentenza TAF B-1687/2010 del 21 giugno 2011, consid. 10.1, nonché sentenza di stralcio TAF B-2383/2011, p. 5 seg.). Visto l'esito della procedura non viene assegnata alcuna indennità per le spese ripetibili (art. 64 PA).

E. 4

La presente sentenza rende priva d'oggetto la domanda della ricorrente volta al conferimento dell'effetto sospensivo e annulla il provvedimento superprovvisorio ordinato con ordinanza del 4 novembre 2011.

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