

BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-743_2007_d20111216

FR: TAF B-743/2007 du 16 décembre 2011

IT: TAF B-743/2007 del 16 dicembre 2011

Erwägungen

E. 18

maggio 2007 Numero di ruolo: B-743/2007 stm/beo {T 0/2} Ricorso interposto da Consorzio X., contro AlpTransit San Gottardo SA_____, autorità aggiudicatrice, e Consorzio Y._____, in materia di acquisti pubblici (Lotto 812 - trattamento acque in galleria) Visto e considerato: 1. 1.1 Conformemente alla prassi della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP), prima di rendere una decisione concernente l'effetto sospensivo non veniva ordinato un ulteriore scambio di scritti, né aveva luogo un dibattimento (per la facoltà di un complemento al ricorso vedi la decisione nella procedura CRAP 2006-011 del 22 agosto 2006, consid. 4). Contrariamente a ciò il Tribunale federale sostiene la prassi che si può rinunciare di regola ad un'audizione completa delle parti o ad un ulteriore scambio di scritti (sentenza 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 3.1.; cfr. per tutto Baurecht 4/2006, pag. 192 S121 con osservazioni di Hubert Stöckli). Ciò, benché il Tribunale federale decide sui appalti pubblici come istanza giudiziaria seconda. 1.2 In ogni caso alla prassi della Commissione di ricorso deve essere dato seguito nella misura in cui emerge dalle memorie una chiara prognosi (positiva o negativa) delle possibilità di successo del ricorso, segnatamente l'esclusione che il gravame abbia esito favorevole, come asserito dall'autorità aggiudicatrice nel caso in esame (cfr. per la questione delle possibilità di successo la decisione incidentale del Tribunale federale amministrativo nella procedura B-1774/2006 del 13 marzo 2007, consid. 2). Se quindi il presente ricorso non è da considerare manifestamente fondato nè vano - senza che con questa constatazione si anticipi la ponderazione degli interessi in gioco che il collegio di tre giudici deve effettuare (cfr. decisione incidentale del 13 marzo 2007, consid. 1.3.2.) - può rivelarsi necessario ai sensi della giurisprudenza del Tribunale federale di ordinare alcuni accertamenti dei fatti ancora prima di decidere sulla questione dell'effetto sospensivo. Ciò fa, da parte sua, apparire necessarie eventuali disposizioni da parte del giudice istruttore conformemente all'art. 39 della legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF; RS 173.32). 2. 2.1 L'autorità aggiudicatrice sostiene che la domanda della ricorrente volta ad ottenere l'effetto sospensivo non sia sufficientemente motivata e pertanto volta all'insuccesso. 2.1.1 La motivazione del presente ricorso può apparire breve in merito alla ponderazione degli interessi. Va tuttavia rilevato che nell'esposizione della motivazione dell'interesse dei ricorrenti al mantenimento della possibilità di aggiudicazione non va richiesta una motivazione dettagliata. Poiché la ricorrente nella ponderazione degli interessi non fa valere motivi particolari (come ad esempio la messa in pericolo di posti di lavoro in caso in cui l'interessato non ottiene l'incarico), il loro interesse privato coincide con l'interesse pubblico a che la gara d'appalto funzioni tra gli offerenti e con ciò con un'efficiente protezione giuridica (cfr. in particolare la decisione della CRAP del 16 novembre 2001, pubblicata in GAAC 66.37, consid. 2c). 2.1.2 L'autorità aggiudicatrice rimprovera inoltre alla ricorrente una carenza di motivazione in punto alla critica circa la

valutazione di cui ai criteri 2 e 3 per non avere sollevato espressamente una violazione della legge. Da qui, secondo il committente, si presume che venga solo addotto il motivo dell'inadeguatezza della decisione impugnata. Tuttavia nell'ambito della procedura di ricorso ai sensi dell'art. 31 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1) questo motivo non può essere addotto. Il rimprovero è giustificato nella misura in cui la ricorrente non solleva espressamente che nella valutazione da parte dell'autorità aggiudicatrice vi sia stato un eccesso o abuso del potere di apprezzamento e con ciò una violazione della legge (cfr. art. 49 lett. a PA). Decisivo è tuttavia che nel ricorso viene sollevato che l'attribuzione dei punti, nella misura in cui delle deduzioni siano giustificate, è eccessivamente bassa rispettivamente penalizzante (cfr. ricorso pag. 4). In quanto le affermazioni relative vengono motivate con argomentazioni tecniche, le censure appaiono prima facie chiaramente e sufficientemente sollevate e motivate.

2.1.3 In riassunto quindi, le critiche al ricorso sollevate dall'autorità aggiudicatrice non sono a se stesse sufficienti a farne apparire vano il presente ricorso.

2.2 L'autorità aggiudicatrice fa valere inoltre che l'inutilità del ricorso risulta dalla circostanza che le ricorrenti contestano unicamente le diverse valutazioni delle offerte inoltrate dalle offerenti partecipanti alla procedura d'appalto. Giusta l'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso, non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza. In relazione alla valutazione delle offerte e dei loro prezzi la committente dispone di un potere d'apprezzamento considerevole (cfr. p. es. la decisione della CRAP nella procedura CRAP 2005-002 del 30 maggio 2005, pubblicata nella GAAC 69.105, consid. non pubblicato 4d/aa). Nondimeno la valutazione delle offerte deve essere effettuata in ogni caso in modo sostenibile, altrimenti alla committente potrebbe essere rimproverato un eccesso o un abuso del potere d'apprezzamento (cfr. p. es. Matthias Hauser, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, pubblicato nella *Pratique Juridique Actuelle* (PJA) 2001, pag. 1405 ss., pag. 1420). Concernente la valutazione dei prezzi, il Tribunale federale recentemente ha precisato, che in questo contesto non è dato uno spazio d'apprezzamento bensì una latitudine di giudizio. Quest'ultimo di principio sottostà ad un controllo giuridico dei tribunali amministrativi cantonali, di solito effettuato con un certo riserbo (sentenza 2P.230/2006 del 5 marzo 2007, consid. 3.2).

2.2.1 Dal rapporto "Valutazione delle offerte" dell'autorità aggiudicatrice del 15 novembre 2006 (cfr. doc. 3, pag. 13, appendice L, pag. 2 s.) emerge che nella ponderazione dell'offerta il prezzo conta il 30 %, la soluzione tecnica proposta il 25%, l'organizzazione (costruzione ed esercizio) 15%, la garanzia dei termini 15% e il management della qualità specifica dell'oggetto 15%. All'interno di tutti i criteri di valutazione all'infuori del criterio del prezzo sussistono inoltre dei sottocriteri. Per quanto attiene al criterio "Soluzione tecnica proposta", ognuno dei tre sottocriteri - complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, misure contro i guasti), progettazione impianto (capacità di adattamento alle portate variabili) e giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni di immissione) - ha un peso equivalente ad un terzo. Il criterio organizzazione comprende tre sottocriteri: la disponibilità di manodopera e inventario (esercizio dell'impianto) conta il 70%, l'organigramma del personale di cantiere e d'esercizio conta il 10%, l'adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto conta il 10% e il sistema di sicurezza sul lavoro il 10%. Anche il criterio della garanzia dei termini si compone di tre sottocriteri: la plausibilità del programma di lavoro ha un peso del 50%, il rispetto dei termini iniziali e finali del 30% e la regolamentazione delle interfacce del 20%. Il criterio "Management della qualità specifica dell'oggetto" presenta due sottocriteri: il management della sicurezza conta il 60%, mentre il management dell'esecuzione conta il 40%.

2.2.2 Conformemente alla proposta della direzione

all'attenzione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 6 dicembre 2006 (allegato 10, pag. 6) risulta che tra l'offerta rettificata delle ricorrenti (dedotti ribasso e sconto, IVA esclusa) per un valore di Fr. 21'749'812.55 e quella della controparte ammontante ad un valore di Fr. 26'354'470.00 vi è una differenza di prezzo di circa 4.6 Milioni di franchi. Altre due offerte presentano importi rettificati pari a Fr. 28'800'955.00 e Fr. 39'680'375.95. Il metodo di valutazione del prezzo è stato fissato in modo che l'offerta dal prezzo più vantaggioso ha ottenuto il numero massimo di punti (5 punti), mentre l'offerta più cara ha ottenuto 0 punti. L'offerta reputata più cara corrispondeva alla variante di un'offerente, ammontante ad un importo di Fr. 42'548'280.95. I valori intermedi sono stati determinati in modo lineare (cfr. allegato 10, pag. 3). A causa dell'elevato importo della variante più cara le offerte delle ricorrenti e della controparte si sono trovate relativamente vicine nella graduatoria della valutazione del prezzo (cfr. verbale di discussione sui motivi di mancata aggiudicazione = allegato 5, pag. 2 Punto 4.1). Sulla base della formula (offerta più cara - offerta da valutare) x 5 ./ (offerta più cara - offerta più vantaggiosa) risulta il punteggio della controparte. Ciò significa concretamente che il prezzo dell'offerta dell'aggiudicataria è stato valutato con 3.9 punti ($16'193'810.95 \times 5 [= 80'969'054.75] / 20'798'468.4 = 3.89$). L'aggiudicataria ha ottenuto complessivamente le seguenti valutazioni (cfr. anche il rapporto "Valutazione delle offerte" del 15 novembre 2006, = allegato 3, pag. 17).

Criterio di aggiudicazione	Nota	Ponderazione
1 Prezzo	3.9	(arrotondato) 30 %
2 Soluzione tecnica proposta	2.1	25 %
2.1 Complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti)	5.0	34 %
2.2 Progettazione impianto (capacità di adattamento alle variazioni di portate)	5.0	33 %
2.3 Giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni d'immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1)	5.0	33 %
3 Organizzazione (costruzione ed esercizio)	15 %	
3.1 Disponibilità mandodopera e inventario (esercizio dell'impianto)	5.0	70 %
3.2 Organigramma del personale di cantiere e d'esercizio	5.0	10 %
3.3 Adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto	5.0	10 %
3.4 Sistema di sicurezza sul lavoro	3.0	10 %
4 Garanzia dei termini	15 %	
4.1 Plausibilità del programma di lavoro	5.0	50 %
4.2 Rispetto dei termini iniziali e finali	5.0	30 %
4.3 Regolamentazione delle interfacce	5.0	

E. 20

% 5 Management della qualità 15 %

5.1 Q della sicurezza	5.0	60 %
5.2 Q dell'esecuzione e dell'esercizio	4.0	40 %

Sulla base della ponderazione dei criteri e dei sottocriteri l'aggiudicataria ha ottenuto il seguente punteggio (cfr. Antrag an den Ausschuss Technik des Verwaltungsrates vom 6. Dezember 2006 (= allegato 10, in lingua tedesca), pag. 9):

Criteri di aggiudicazione Nota (La media delle note è calcolata sulla base della ponderazione percentuale parziale dei sottocriteri, successivamente moltiplicata con la ponderazione dei criteri di aggiudicazione)

Punteggio	1	Prezzo	3.9	x	30	=	117
2	Soluzione tecnica proposta	5	x	25	=	125	
3	Organizzazione (costruzione ed esercizio)	4.8	x	15	=	72	
4	Garanzia dei termini	5	x	15	=	75	
5	Management della qualità	4.6	x	15	=	69	
Punteggio totale						458	

2.2.3 L'offerta delle ricorrenti è stata valutata nel complesso nel modo seguente (cfr. rapporto "Valutazione delle offerte" del 15 novembre 2006, = allegato 3, pag. 24):

Criterio di aggiudicazione	Nota	Ponderazione
1 Prezzo	5.0	30 %
2 Soluzione tecnica proposta		

E. 25

% 2.1 Complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti)	3.0	34 %
2.2 Progettazione impianto (capacità di adattamento alle variazioni di portate)	5.0	33 %
2.3 Giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni d'immissione,		

equivalenza con il concetto IIIB-1) 3.0 33 % 3 Organizzazione (costruzione ed esercizio) 15 % 3.1 Disponibilità mandopopera e inventario (esercizio dell'impianto) 2.5 70 % 3.2 Organigramma del personale di cantiere e d'esercizio 3.5 10 % 3.3 Adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto 4.0 10 % 3.4 Sistema di sicurezza sul lavoro 5.0 10 % 4 Garanzia ei termini 15 % 4.1 Plausibilità del programma di lavoro 5.0 50 % 4.2 Rispetto dei termini iniziali e finali 5.0

E. 30

% 4.3 Regolamentazione delle interfacce 5.0 20 % 5 Management della qualità 15 % 5.1 Q della sicurezza 5.0 60 % 5.2 Q dell'esecuzione e dell'esercizio 5.0 40 % Sulla base della ponderazione dei criteri e sottocriteri le ricorrenti hanno ottenuto il seguente punteggio (cfr. Antrag an den Ausschuss Technik des Verwaltungsrates vom 6. Dezember 2006 (= allegato 10 in lingua tedesca), pag. 9): Criteri di aggiudicazione Nota (La media delle note è calcolata sulla base della ponderazione percentuale parziale dei sottocriteri, successivamente moltiplicata con la ponderazione dei criteri di aggiudicazione) Punteggio 1 Prezzo 5 x 30 150 2 Soluzione tecnica proposta 3.66 x 25 91.5 (gerundet) 3 Organizzazione (costruzione ed esercizio) 3 x 15 45 4 Garanzia dei termini 5 x 15 75 5 Management della qualità 5 x 15 75 Punteggio totale 436.5 2.2.4 A causa di un prezzo sostanzialmente più vantaggioso le ricorrenti hanno ottenuto malgrado la valutazione chiaramente peggiore dei criteri 3 e 4 un punteggio totale di 436.5 punti rispetto ai 458 punti della controparte. Il punteggio ottenuto dalle ricorrenti è inferiore a quello della controparte, ma non in modo notevole. Se l'offerta delle ricorrenti venisse valutata ogni volta in media con 4 punti nei criteri 2 e 3, essa raggiungerebbe un punteggio complessivo die 460 punti. La questione a sapere se questa circostanza da sola è già un indizio per affermare le probabilità di successo del ricorso, può essere lasciata aperta. È comunque notevole come dalla proposta della direzione all'attenzione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 6 dicembre 2006 (allegato 10, pag. 2) emerga che l'autorità aggiudicatrice avrebbe preferito una ponderazione più alta del criterio di aggiudicazione nr. 2 "Auslegung des Verfahrens" ("Soluzione tecnica proposta") (ponderazione del 30% invece dei 25 % approvati nelle condizioni di appalto). Conformemente a ciò, il criterio di aggiudicazione nr. 5 ("projektbezogenes Qualitätsmanagement" = "management della qualità specifica dell'oggetto") avrebbe dovuto quindi essere ponderato solo del 10%. La modifica del grado di ponderazione avrebbe avuto come conseguenza che alle proprietà tecniche valutate al criterio 2 sarebbe stata attribuita un'importanza maggiore rispetto al criterio di aggiudicazione del prezzo, anch'esso con un grado di ponderazione del 30 %. Tale effetto si sarebbe rafforzato grazie al fatto che il criterio 5 non ha più un effetto selettivo a causa della valutazione effettuata (Valutazioni medie tra 4.6 e 5 punti). Poiché le ponderazioni del 25% per il criterio 2 e del 15 % per il criterio 5 erano già state comunicate, i punteggi erano stati calcolati sulla base di queste ponderazioni. Tuttavia, da questa situazione di partenza emerge la possibilità che l'autorità aggiudicatrice è stata tentata a confrontare le due offerte tramite una valutazione più severa, eventualmente eccedente il suo potere di apprezzamento, come se il criterio 2 fosse stato ponderato secondo il modello a cui è stata data la preferenza giusta l'allegato 10. Per questo motivo il presente ricorso non può essere considerato privo di possibilità di successo. Ciò non impedisce che l'autorità aggiudicatrice nella valutazione si appoggi alle constatazioni di uno studio di ingegneria specializzato. 3. 3.1 Se per l'accertamento dei fatti sono necessarie conoscenze tecniche, il giudice si fa assistere da uno o più periti, i quali danno il proprio parere sulle questioni loro sottoposte (cfr. art. 12 e 19 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa

[PA; RS 172.021] i. r. c. art. 57 della legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1974 [PC; RS 273]). Un referto peritale ordinato dall'autorità di ricorso deve soddisfare particolari esigenze di legge. Le parti hanno segnatamente il diritto di presentare le loro obiezioni contro le persone che il giudice intende nominare come periti. Inoltre il giudice dà la possibilità alle parti di esprimersi sulle questioni sottoposte ai periti e di proporre modificazioni ed aggiunte ad esse (art. 57 e 58 PC). In più al perito è indicata la comminatoria ai sensi dell'art. 307 CP. 3.2 Nel presente caso l'autorità aggiudicatrice ha consultato uno studio di ingegneria specializzato il quale l'ha sostenuta nella valutazione delle offerte (cfr. presa di posizione del 9 novembre 2006 alle offerte per il trattamento delle acque nella galleria di base del Ceneri, appendice L all'allegato 3). Al workshop del 29 settembre 2006 dedicato alla valutazione delle offerte con presenti rappresentanti della committenza ha partecipato anche uno specialista nel trattamento delle acque dello Studio d'ingegneria consultato. Considerato che si tratta di una procedura d'appalto funzionale, nel qual contesto gli offerenti dovrebbero esporre l'equivalenza della loro soluzione con la proposta di soluzione della committente, gli aspetti tecnici e con ciò le relative conoscenze assumono particolare importanza. Inoltre ai fini di una risposta alle questioni che potrebbero porsi e per un giudizio della fattispecie con cognizione di causa, assumono altresì particolare importanza le conoscenze tecniche nell'ambito del trattamento delle acque ed eventualmente nell'ambito della costruzione della galleria. In sintesi fare appello a dei periti prima dell'emanazione di una decisione relativa all'effetto sospensivo appare pertanto indispensabile. 3.3 Per una questione di economia processuale questo Tribunale, contestualmente alla presente ordinanza, propone alle parti coinvolte uno o più periti. Come perito responsabile è previsto l'ingegnere H., specialista nel trattamento delle acque ed impiegato presso la Porr Umwelttechnik GmbH di Vienna. Dopo l'offerta della Porr Umwelttechnik GmbH l'ingegnere H. sarà coadiuvato dall'ingegnere W., anche lei specialista nel trattamento delle acque. Nella misura in cui dovessero porsi questioni relative alla costruzione della galleria è previsto il Dr. L., ingegnere nella costruzione di gallerie (Tunnelbauingenieur) ed impiegato presso la Porr Tunnelbau GmbH. In questo contesto alle parti viene reso noto che né la Porr Umwelttechnik GmbH né il perito responsabile hanno avuto coinvolgimenti precedenti. D'altro canto la Porr Tunnelbau GmbH è stata attiva da una parte come impresa costruttrice di una galleria del Lötschberg e d'altra parte ha partecipato quale società consorziata, senza successo, al concorso per la costruzione del lotto di galleria di Erstfeld (cfr. a questo proposito la procedura CRAP 2005-01, in particolare la decisione del 14 aprile 2005). Il Dr. L. nel frattempo conferma per iscritto di non essere stato coinvolto né nell'ambito dell'allestimento dell'offerta per la costruzione della galleria di Erstfeld né nella procedura di ricorso dinanzi alla Commissione di ricorso. Dunque non sussistono motivi contro una sua nomina come perito. 3.4. Contemporaneamente all'indicazione dei periti viene anche indicata quale sarà la procedura a seguirsi, affinché le parti al procedimento possano prendere posizione. Dopo la loro nomina i periti saranno resi innanzitutto attenti per iscritto sui loro obblighi. In seguito sarà indetta un'udienza durante la quale, oltre alle parti al procedimento, saranno sentiti anche lo Studio d'ingegneria consultato dall'autorità aggiudicatrice ed i periti. Ai periti verrà messa a disposizione la documentazione necessaria per la valutazione delle questioni tecniche che potrebbero porsi. Al più tardi con la convocazione dell'udienza verranno presentate le proposte di quesiti peritali formulate da questo Tribunale (garantendo il diritto di essere sentiti). Sulla base di quanto risulterà dall'udienza, segnatamente dalle risposte dei periti, verrà deciso sull'esito della richiesta di concessione dell'effetto sospensivo. Una

perizia scritta, se necessaria, sarà prevista solo dopo la decisione sul mantenimento dell'effetto sospensivo. il giudice istruttore ordina: 1. Ai sensi dell'art. 12 litt. e PA viene ordinato l'allestimento di una perizia tecnica per il confronto delle offerte inoltrate dai partecipanti sulle soluzioni tecniche relative al trattamento delle acque, all'occorrenza con il coinvolgimento di un perito esperto in costruzioni di gallerie. 2. In qualità di periti sono previsti: - Ingegnere (Diplomingenieur) H., c/o Porr Umwelttechnik GmbH, Vienna - Ingegnere (Diplomingenieurin) W., c/o Porr Umwelttechnik GmbH, Vienna - Ingegnere (Diplomingenieur) Dr. L., c/o Porr Tunnelbau GmbH, Vienna Alle parti vengono allegati alla presente decisione Curriculum e referenze delle summenzionate persone. 3. E' previsto di rendere attenti i periti sui loro obblighi, di trasmettere loro la documentazione rilevante per la valutazione degli aspetti tecnici e di formulare una lista provvisoria di quesiti peritali al più tardi con la convocazione dell'udienza (garantendo il diritto di essere sentiti delle parti). 4. Alle parti viene assegnato un termine fino al 29 maggio 2007 per sollevare eventuali eccezioni contro i periti, per formulare proprie proposte di nomina e per prendere posizione sulla proposta di svolgimento del procedimento di cui al punto 3. 5. Comunicazione: - al ricorrente (rappresentante legale; raccomandata, previo fax) - alla controparte (rappresentante legale; raccomandata, previo fax) - all'autorità aggiudicatrice (raccomandata, previo fax) Il Giudice istruttore: Marc Steiner

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