

BVGer BVGE 2007/33 vom 31. Juli 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-07-31, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2007_33

FR: TAF BVGE 2007/33 du 31 juillet 2007

IT: TAF BVGE 2007/33 del 31 luglio 2007

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 1.1

Con l'entrata in vigore dell'accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (accordo bilaterale Svizzera-CE, RS 0.172.052.68), il 1° giugno 2002 gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cpv. 2 lett. d e cpv. 3 dell'accordo bilaterale Svizzera-CE e allegato II B). Nel settore ferroviario (costruzione ed esercizio di infrastrutture ferroviarie) sono direttamente soggette alla legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub, RS 172.056.1) le Ferrovie federali svizzere (FFS) come pure le imprese operanti nei settori della costruzione o dell'esercizio di impianti ferroviari, in cui le FFS detengono la maggioranza, o altri operatori ferroviari sotto l'influenza predominante della Confederazione. Fanno eccezione tutte le attività di queste imprese che non sono in rapporto diretto con il settore dei trasporti (art. 2a cpv. 2 lett. b dell'ordinanza federale dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub, RS 172.056.11]; decisione incidentale del TAF nella causa B-93/2007 dell'8 giugno 2007 consid. 4.1 con rinvii). Il pacchetto azionario della committente, società fondata il 12 maggio 1998, è detenuto al 100 % dalle FFS. La committente rientra pertanto nel novero delle autorità assoggettate alla legge sugli acquisti pubblici in ossequio al combinato degli art. 2 cpv. 2 LAPub, art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub. Inoltre i costruttori della Nuova ferrovia transalpina (NFTA) sono nel contempo subordinati alla LAPub sulla base dell'art. 13 cpv. 1 del decreto sul transito alpino del 4 ottobre 1991 (RS 742.104) e dell'art. 4 dell'ordinanza sul transito alpino del 28 febbraio 2001 (OTrAI, RS 742.104.1). Giusta l'art. 4 OTrAI l'aggiudicazione da parte di costruttori di commesse di forniture, di servizi e di costruzioni nell'ambito del decreto sul transito alpino è retta, analogamente ai rispettivi acquisti delle FFS, dalla normativa federale sugli acquisti pubblici. Ne consegue anche che la Alp Transit San Gottardo SA rappresenta un'autorità aggiudicatrice soggetta alla LAPub (cfr. decisione della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] del 9 ottobre 2002 nella causa 2002-008, pubblicata in Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione GAAC 67.6 consid. 4c, decisione della CRAP del 21 novembre 2005 nella causa 2005-016, consid. 1a; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo 2003, nota marg. 25).

E. 1.2

L'art. 2a cpv. 2 OAPub assoggetta le FFS e le imprese, di cui esse detengono la maggioranza alla LAPub, ma non in modo più esteso rispetto ad altre committenti della Confederazione. Questo significa che il campo di applicazione è segnatamente limitato alle

prestazioni edili ai sensi dell'allegato 1 annesso 4 dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici GATT/WTO (AAPub, RS 0.632.231.422) rispettivamente dell'allegato 2 all'art. 3 cpv. 2 OAPub (cfr. per quanto concerne le prestazioni di servizio la decisione incidentale DTAF 2007/13 consid. 1.1.2 con rinvii). A questo riguardo è determinante la classificazione centrale dei prodotti (CCP) delle Nazioni Unite (decisione della CRAP del 30 novembre 2004 nella causa 2002-008, pubblicata in GAAC 67.6 consid. 4c, decisione della CRAP del 9 novembre 2005 nella causa 2004-012, pubblicata in GAAC 69.32, consid. 1c/bb con rinvii).

E. 1.3

Come è possibile evincere dalla messa in concorso pubblicata in FUSC n. 190 del 30 settembre 2005, la presente commessa ha come oggetto il contratto d'appalto per le opere di genio civile e di elettromeccanica (impianto di trattamento delle acque a Mezzovico e a Vigana, lotto 812). Essa fa parte dei lavori per il progetto della Galleria di base del Monte Ceneri e quindi è in relazione diretta con l'esercizio delle ferrovie e con l'infrastruttura utilizzata per il traffico delle persone e delle merci. Nella decisione impugnata la committente ha indicato che il lotto 812 è attribuito al numero 4535100 del vocabolario comune (Common Procurement Vocabulary). Questo numero corrisponde alla voce « Mechanical Engineering Installation Works ». La questione a sapere se esso si addice al meglio ai lavori della presente commessa può rimanere aperta, poiché le prestazioni descritte rientrano in ogni caso nel gruppo 516 delle categorie giusta la classificazione dei prodotti provvisoria delle nazioni unite (« Installation work »). Secondo l'allegato 1 annesso 5 all'AAPub (GPA), il gruppo 516 rientra nella sfera di applicazione del GPA e anche in quella della LAPub (cfr. art. 5 cpv. 1; art. 3 e all. 2 all'OAPub). Il margine di prezzo della commessa oscilla da Fr. 22'227'297.- a Fr. 42'548'280.95 (cfr. FUSC n. 4 dell'8 gennaio 2007). Di conseguenza sono chiaramente superati i valori soglia imposti dall'ordinanza sull'adeguamento degli acquisti pubblici per il 2007 (art. 1 lett. c dell'ordinanza del DFE del 30 novembre 2006 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2007 [RU 2006 5611]; in relazione con l'art. 6 LAPub).

E. 1.4.1

Contro le decisioni del committente aventi come oggetto l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al TAF (art. 29 lett. a in relazione con l'art. 27 cpv. 1 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). Il TAF statuisce sulle richieste di accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). La procedura dinanzi il TAF è retta dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF, RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF). .. (...)

E. 1.5

Con ricorso del 26 gennaio 2007 il Consorzio X. è stato indicato quale ricorrente. Detto consorzio è composto dalla A., B. e C. Nelle loro osservazioni sia l'autorità aggiudicatrice sia la controparte hanno contestato che l'impugnativa era formulata solo in nome del consorzio e chiedono per questo motivo di dichiarare il ricorso irricevibile.

E. 1.5.1

Gli offerenti esclusi sono senz'altro legittimati a ricorrere ai sensi dell'art. 48 PA. Conformemente alla giurisprudenza della CRAP, anche un singolo socio di un consorzio di offerenti può interporre ricorso. La legittimazione a ricorrere viene invece a mancare, se

uno o più soci sono usciti deliberatamente dal consorzio e non sono più interessati ad un'aggiudicazione (decisioni della CRAP del 12 dicembre 2003 nella causa 2003-029, pubblicata in GAAC 68.65 consid. 2b e dell'8 gennaio 2004 nella causa 2003-024, pubblicata in GAAC 68.66 consid. 1e/bb; cfr. per tutto DTF 131 I 153 consid. 5.6 pag. 161). Il TAF riprende questa prassi, segnalando che essa nel risultato non si scosta in modo fondamentale dalla giurisprudenza di altri tribunali (cfr. per tutto la decisione incidentale DTAF 2007/13 consid. 1.4; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 104/2003, pag. 1 segg., in particolare pag. 16).

E. 1.5.2

Nel caso di specie B. e C. hanno dichiarato su richiesta del giudice istruttore non solo di essere disposte in caso di accoglimento del ricorso ad adempiere il mandato conformemente al bando di concorso ed all'offerta inoltrata in nome e per conto del consorzio offerente, ma anche confermato che parte ricorrente è l'intero consorzio di cui sono socie, rappresentato dalla capofila A. e da B. e C. Di conseguenza tutti i membri del consorzio non considerato per l'aggiudicazione sono da ritenere quali ricorrenti. Per mancanza di personalità giuridica ciò non ne è il caso per il consorzio stesso.

E. 1.6

I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti. Il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta. Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti, in particolare il ricorso e le conclusioni sono sufficientemente motivati ai sensi dell'art. 52 PA. Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni procedurali della ricorrente. Oggetto della presente decisione incidentale sono unicamente le questioni dell'effetto sospensivo e del diritto alla consultazione degli atti.

E. 2

A differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub prevede che il ricorso contro le decisioni del committente non ha per legge effetto sospensivo. Il TAF può, su richiesta, accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). Nel caso in esame il ricorso contiene una conclusione corrispondente.

E. 2.1

Complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti)

E. 2.2

Progettazione impianto (capacità di adattamento alle variazioni di portate)

E. 2.3

Giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni d'immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1)

E. 2.3.1

Nella decisione incidentale DTAF 2007/13 consid. 2.2, il TAF ha lasciato aperta la questione se in futuro nell'ambito della ponderazione degli interessi devono anche essere considerate le possibilità di successo del ricorso preponderantemente negative o positive,

come lo esige la dottrina (Xaver Baumberger, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zurigo 2006, S. 191; cfr. per tutto anche Baurecht 2/2005 pag. 78 seg. con nota di Hubert Stöckli). In senso esplicativo si constata dapprima che una possibilità di successo del ricorso preponderantemente negativa a scapito del ricorrente non è ugualmente chiara come lo implica la constatazione che il ricorso è manifestamente infondato (d'altro parere Martin Beyeler nella sua nota in: Baurecht 2/2007, pag. 87 segg. in particolare il punto 2a pag. 88).

E. 2.3.2

Conformemente alla prassi del Tribunale federale (TF), la considerazione delle possibilità di esito (positivo o negativo) nella causa principale presuppone di regola che esse siano chiare, a favore o a scapito del ricorrente (DTF 129 II 289 consid. 3, DTF 117 V 191 consid. 2b). Nel caso di imprecisazioni di fatto o di diritto si impone un certo riserbo, poiché le relative basi per la decisione sono accertate solamente nella causa principale (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2006, pag. 208 seg. consid. 3.1). Questa giurisprudenza ha sotto gli occhi la materia del processo come essa si presenta dopo il deposito del ricorso o al più tardi dopo l'inoltro della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice se concedere l'effetto sospensivo o meno. Se invece - come nel caso in esame - si decide sull'effetto sospensivo dopo lo svolgimento di un'udienza di istruzione e dopo che è stato dato in questa sede l'ordine di allestire una perizia breve, è possibile rinunciare - conformemente ai relativi suggerimenti della dottrina - al riserbo previsto nella fase iniziale della procedura. Premesso che i fatti accertati lo consentano, nell'ambito della ponderazione degli interessi possono dunque essere prese in considerazione anche le possibilità di esito preponderantemente positive o negative. La prassi della CRAP è quindi da precisare in questo senso.

E. 2.3.3

In ogni caso, nell'ambito della ponderazione degli interessi sono da includere gli interessi del ricorrente, gli interessi pubblici del committente ed eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Base dell'esame deve essere - anche in considerazione degli obiettivi dell'art. XX § 2 e 7 lett. a dell'accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.) - la concessione di una tutela giudiziaria e l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13 consid. 2.2; decisione incidentale della CRAP del 22 agosto 2006 nella causa 2006-011 consid. 2c; André Moser, *Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen [Überblick]*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 2000, pag. 685 con rinvii; André Moser in: *MOSER/ÜBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen [Prozessieren]*, Basilea e Francoforte sul Meno 1998, nota marg. 3.21; cfr. per tutto anche Baurecht 2005/2, S22, pag. 78 seg. con osservazioni di Hubert Stöckli).

E. 2.5

70 %

E. 3

Organizzazione (costruzione ed esercizio) 15 %

E. 3.0

33 % 3 Organizzazione (costruzione ed esercizio) 15 %

E. 3.1

Disponibilità manodopera e inventario (esercizio dell'impianto)

E. 3.2

Organigramma del personale di cantiere e d'esercizio

E. 3.2.1

L'aggiudicataria ha ottenuto complessivamente le seguenti valutazioni: Criterio di aggiudicazione Nota Ponderazione 1 Prezzo

E. 3.2.2

L'offerta delle ricorrenti è stata valutata nel complesso nel modo seguente: Criterio di aggiudicazione Nota Ponderazione 1 Prezzo

E. 3.3

Adeguate organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto

E. 3.3.1

Come già constatato dal giudice istruttore con decisione del 18 maggio 2007 (consid. 2.2.1), dal rapporto « Valutazione delle offerte » dell'autorità aggiudicatrice del 15 novembre 2006 (cfr. all. 3, pag. 13, appendice L, pag. 2 seg.) 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 %. La ponderazione dei criteri e dei sottocriteri illustrata sopra non viene contestata dalle ricorrenti. Dalla proposta della direzione all'attenzione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 6 dicembre 2006 (all. 10, pag. 2) emerge in modo notevole che l'autorità aggiudicatrice avrebbe preferito una ponderazione più alta del criterio di aggiudicazione n. 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 n. 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 eccedendo nel 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. D'altra parte l'autorità aggiudicatrice potrebbe essere tentata a impostare la valutazione del prezzo così che la curva dei prezzi risulta troppo piatta in favore della controparte.

E. 3.3.2

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 del 5 luglio 2001 nella causa 2001-003, pubblicata in GAAC 65.94 consid. 2b). 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. Galli/Moser/Lang, v. q. v., nota marg. 421; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, pubblicato in AJP 2001 pag. 1405 segg., pag. 1420). - (...)

E. 3.4

Sistema di sicurezza sul lavoro

E. 3.5

Decisivo per il procedimento è nel presente caso l'esame della domanda se l'autorità aggiudicatrice nell'ambito della valutazione delle offerte delle ricorrenti e della controparte ha ecceduto nel suo potere d'apprezzamento nella valutazione dei criteri di aggiudicazione 2 (soluzione tecnica proposta) e 3 (organizzazione). Il TAF deve esaminare questa domanda prima facie nel quadro della presente decisione incidentale.

E. 3.5.1

Con decisione del giudice istruttore del 18 maggio 2007 è stato constatato che per l'accertamento dei fatti sono necessarie conoscenze tecniche. Conformemente a ciò è stato designato con il Dr. Manfred Tschui un perito con particolari nozioni tecniche nel campo del trattamento di acque. L'autorità aggiudicatrice afferma secondo il senso che l'allestimento di una perizia non sarebbe stato necessario in quanto essa ha consultato nel quadro della presente commessa uno studio di ingegneria specializzato, il quale l'ha sostenuta nella valutazione delle offerte. Il rimprovero concernente l'inutilità della perizia non è in nessun modo giustificato, dopo che è stato accertato che non solo è documentata la contraddizione tra la ponderazione dei criteri interna (preferenziale) e quella pubblicata (cfr. consid. 3.3.1 sopra), ma anche che sia le ricorrenti sia la controparte hanno messo in dubbio le valutazioni dell'ingegnere convocato dalla committente con argomenti che non possono essere invalidati senza ricorrere a nozioni tecniche. A ciò si aggiunge che nel quadro di un appalto funzionale la confrontabilità delle offerte è resa difficile già per la natura di questo genere di commesse (PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Friburgo 1999, nota marg. 8.1), per cui alle nozioni tecniche viene attribuita un'importanza elevata. A questo riguardo l'ingegnere F. che ha funto da consulente alla committente è stato interrogato come teste nel quadro dell'udienza di

istruzione del 26 e 27 giugno 2007.

E. 3.5.2

In primo luogo bisogna constatare a questo proposito che il rapporto peritale rappresenta per il giudice un aiuto nell'ambito della decisione ch'egli deve prendere. Le conoscenze della corte sono completate dalle nozioni scientifiche particolari dell'esperto. La valutazione della prova e la risposta alle questioni giuridiche che si pongono devono però sempre rimanere il compito del giudice. Nell'ambito delle questioni tecniche il parere dell'esperto è invece decisivo, nella misura in cui esso non appaia manifestamente contraddittorio o si fondi su constatazioni di fatto errate. In principio il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione dell'esperto, segnatamente riguardo a questioni tecniche (DTF 128 I 81 segg. consid. 2 pag. 86, DTF 118 Ia 144 segg. consid. 1c pag. 145 segg., entrambe con rinvii). Questo vale segnatamente anche quando, come nel caso in esame, si è svolta un'udienza di istruzione, tra l'altro allo scopo di evitare malintesi in relazione ai fatti determinanti.

E. 3.5.3

Le ricorrenti rimproverano all'autorità aggiudicatrice in generale di aver valutato in modo peggiore la loro offerta benché la funzionalità di quest'ultima sia sempre rimasta incontestata. Secondo il senso esse fanno quindi valere che, nella misura in cui entrambe le offerte si attengono alle condizioni nel quadro dell'appalto funzionale, non si giustificano differenze nella valutazione. In questo modo le ricorrenti fraintendono da una parte il concetto dell'appalto funzionale e dall'altra la distinzione tra specificazioni tecniche e criteri di aggiudicazione. Innanzitutto occorre constatare che l'appalto funzionale appare in principio conforme al diritto in materia di acquisti pubblici nonostante le sue particolarità, fintanto che esso serve veramente - come nel caso in esame - a cercare soluzioni innovative sul mercato (Galli/Moser/Lang, v. q. v., nota marg. 216 con rinvii). Secondo il modo di vedere delle ricorrenti l'appalto funzionale dovrebbe comportare che in tale ambito, anche per rispondere alla domanda se le specificazioni tecniche sono soddisfatte, solamente il prezzo è decisivo nel quadro della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le cose non stanno proprio così. Anche nell'ambito di un appalto funzionale occorre di regola confrontare tra l'altro le soluzioni tecniche offerte riguardo alla loro qualità. È esatto che in quest'occasione si pone sempre di più il problema della comparabilità delle offerte (GAUCH/STÖCKLI, Thesen, v. q. v., nota marg. 11.6). - (...) 4.

E. 3.9

x 30 117 2 Soluzione tecnica proposta

E. 4

Garanzia dei termini 15 %

E. 4.0

40 % Sulla base della ponderazione dei criteri e dei sottocriteri l'aggiudicataria ha ottenuto il seguente punteggio: 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

E. 4.1

Poiché correzioni della valutazione sono in parte probabili (cfr. consid. 3.6.4) e in parte non escluse anche nel quadro di un controllo giuridico, si conferma che il presente ricorso non può essere considerato manifestamente infondato (cfr. consid. 3.1). Perciò la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo va giudicata sulla base della ponderazione degli interessi in gioco. In questo ambito gli interessi delle ricorrenti che coincidono con l'interesse pubblico ad un'efficiente protezione giuridica devono essere definiti importanti. Se viene stipulato il contratto con il consorzio a cui è stata aggiudicata la commessa, al TAF non è più possibile annullare l'aggiudicazione, bensì esso può soltanto constatare in che misura la decisione impugnata viola il diritto federale (cfr. p. es. decisione incidentale della CRAP del 21 novembre 2005 nella causa 2005-016 consid. 2c/bb).

E. 4.2

Sulla base delle argomentazioni al considerando 3, in merito alle possibilità di successo delle ricorrenti può essere constatato quanto segue. In considerazione dello stato degli atti ad inizio procedura, il giudice istruttore poteva a giusto titolo sospettare che l'autorità aggiudicatrice avesse con una certa probabilità abusato del suo potere di apprezzamento nel quadro della valutazione dell'offerta. Sulla base dell'udienza di istruzione e dell'interrogazione dell'ingegnere consultato dall'autorità aggiudicatrice nonché dopo la consegna del referto peritale breve non si può più rimproverare alla committente - dopo un esame prima rispettivamente seconda facie - di aver ecceduto nel proprio potere di apprezzamento. Fintanto che le ricorrenti nella loro presa di posizione del 26 luglio 2007 fanno valere in maniera generale che non vi possono essere deduzioni per scelte migliori o peggiori, non può essere dato loro seguito in considerazione delle argomentazioni riportate al considerando 3.5.4. Un indizio in relazione alle possibilità di successo del ricorso risulta sulla base del punteggio di entrambe le parti (punteggio che va adattato parzialmente sulla base delle argomentazioni riportate al consid. 3).

E. 4.3

Per quanto attiene alla valutazione della controparte, non risultano modifiche per gli aspetti tecnici rispettivamente i criteri di aggiudicazione 2 e 3. Le ricorrenti hanno rimproverato alla controparte in un primo tempo che la loro offerta non prevede un dosaggio di sostanze chimiche dipendente dal volume come aveva del resto anche criticato l'ingegnere convocato dalla committente, concludendo che questa mancanza avrebbe dovuto comportare una valutazione peggiore della loro offerta (è noto che la controparte è stata invece valutata con il massimo dei punti). Nel frattempo è risultato che in riferimento a questa critica vi è stato un malinteso. Siccome l'autorità aggiudicatrice non ha trasmesso all'ingegnere le domande supplementari e chiarificatorie poste agli offerenti e nemmeno le relative risposte, costui era partito da una situazione dei fatti errata. Tuttavia già sulla base dei dati contenuti nell'offerta della controparte era possibile evincere che il dosaggio di sostanze chimiche dipende dal volume. Intanto le ricorrenti non contestano più che nell'offerta della controparte era previsto un dosaggio di sostanze chimiche dipendente dal volume. In relazione alla valutazione del criterio prezzo potrebbe risultare eventualmente una modifica nel senso di una riduzione di 6 punti (cfr. consid. 3.4). In questo modo la controparte otterrebbe sulla base di un esame sommario probabilmente 452 punti in confronto ai 458 punti effettivamente ottenuti. Per le ricorrenti la situazione di partenza si presenta sulla base dell'istruzione effettuata finora nel modo seguente: Se la deduzione di punti a causa della mancanza del filtro a sabbia fosse di solo 0.5 punti invece dei 1.0 punti effettivi, risulterebbe come conseguenza una valutazione migliore delle ricorrenti di 4.25 punti

(ponderati) (cfr. consid. 3.6.1 per il sottocriterio 2.1; per la valutazione complessiva del criterio 2.1: 3.5 punti). Lo stesso risulta per forza dalla circostanza che la deduzione forfettaria effettuata dalla committente con la motivazione che l'esigenza di eliminazione del 98 % delle particelle solide non può venire garantita con sufficiente affidabilità si è rivelata insostenibile alla luce della legislazione in materia di acquisti pubblici (consid. 3.6.4 per il sottocriterio 2.3; valutazione complessiva del sottocriterio 2.1: 3.5 punti). In relazione al sottocriterio 3.1 (disponibilità manodopera) si pone la domanda a sapere se non bisogna eventualmente partire dal presupposto di una valutazione di 3 anziché di 2.5 punti, per cui il punteggio aumenterebbe di 5.25 punti (cfr. consid. 3.6.7). Il punteggio totale aumenterebbe di 13.75 punti, raggiungendo un punteggio di 450.25 punti invece dei 436.5 assegnati. Ciò significa riguardo al risultato finale che la graduatoria con ogni probabilità non cambia anche nel caso in cui la valutazione debba essere corretta di più di 4.25 punti (ai sensi del consid. 3.6.3). Ne consegue che il presente gravame ha piuttosto probabilità di esito sfavorevole considerato che l'autorità aggiudicatrice dispone di un importante margine di apprezzamento riguardo alla valutazione delle offerte (cfr. consid. 3.3.2) e che nel caso di specie anche posizioni insicure sono state giudicate piuttosto a favore che a scapito delle ricorrenti (cfr. consid. 3.6.1. e 3.6.7). Lo stesso risultato emerge dalle allegazioni chiare se pur per loro natura incomplete dell'esperto nel referto peritale breve. Già il referto peritale da solo parla in favore di togliere l'effetto sospensivo (cfr. consid. 2.3.2). Le ricorrenti citano a questo proposito la decisione d'istruzione del 18 maggio 2007, secondo la quale a quell'epoca poteva essere lasciata aperta la questione se non bastava già di per sé il fatto che una media delle note di 4 punti nel quadro dei criteri di aggiudicazione 2 e 3 aiutasse loro a raggiungere 460 punti in totale per negare le probabilità d'esito favorevole al ricorso (presa di posizione del 22 luglio 2007 in merito alle osservazioni complementari della committente del 12 luglio 2007 concernenti gli interessi pubblici in opposizione al conferimento dell'effetto sospensivo). Dalla decisione citata le ricorrenti adesso non possono dedurre più nulla in loro favore. Questo da una parte perché il ricorso in esame anche oggi non è da valutare nel senso che mancano in modo chiaro probabilità di successo favorevole (cfr. consid. 4.1). La constatazione del giudice istruttore menzionata non significa secondo le allegazioni al considerando 2.3.2 che nelle probabilità di esito preponderantemente negativo del ricorso - nel caso di un punteggio base provvisorio di 450.25 dopo la consegna del referto peritale breve - non possa essere intravisto nessun argomento nel quadro della ponderazione degli interessi.

E. 4.4

Per quanto attiene all'urgenza della procedura e i costi che derivano da ritardi procedurali come sottolineato dall'autorità aggiudicatrice, le ricorrenti sostengono che l'autorità aggiudicatrice è in primo luogo responsabile dei ritardi a causa dello slittamento dei tempi di trattamento delle offerte (pubblicazione della messa a concorso su FUSC n. 190 del 30 settembre 2005, inoltre dell'offerta delle ricorrenti in data 10 marzo 2006 e pubblicazione della delibera impugnata su FUSC n. 4 dell'8 gennaio 2007). Secondo le ricorrenti l'autorità aggiudicatrice ha fissato dei termini irresponsabilmente ambiziosi in relazione alla pianificazione dell'inizio dei lavori. L'autorità aggiudicatrice ribatte che l'assenza di trattamento di acque di galleria significa praticamente un fermo dei lavori al Ceneri. La committente fa osservare che il lotto 812 presenta inevitabili interdipendenze tecniche e temporali con i lotti principali della Galleria di base del Ceneri, segnatamente il lotto 851 (Opere sotterranee Finestra di Sigirino e Caverna Operativa), il lotto 813 (Gestione del materiale Galleria di base del Ceneri), il lotto 853 (Opere sotterranee Vigana), il lotto 814

(Deposito principale del materiale di risulta a Sigerino) e il lotto 852 (Opere sotterranee Galleria di base del Ceneri). Riguardo al lotto 851 nel frattempo è avvenuta la conclusione del contratto; i primi lavori sono stati fissati contrattualmente al 7 settembre 2007. Per ogni mese di ritardo nella messa in esercizio di questo lotto deriva un danno di Fr. 1'070'000.- al mese. In merito al lotto 813, in data 6 giugno 2007 è avvenuta la stipulazione del contratto. L'inizio dei lavori in zona deposito è fissata per il 24 luglio 2007. Un ritardo nella messa in esercizio implica costi supplementari mensili di Fr. 25'000.-. Per quanto attiene al lotto 853, ne è prevista la pubblicazione nel corso del mese di agosto. A prescindere dalle conseguenze finanziarie di un ritardo nel caso di Erstfeld, la committente parte a causa delle gravi e drammatiche conseguenze addirittura dal presupposto che l'interesse pubblico ad uno sblocco della situazione in questo caso è ancora più importante che nel caso di Erstfeld. In relazione alla durata della procedura d'appalto va dapprima constatato che un appalto funzionale richiede di regola un certo tempo per essere valutato a causa della complessità della commessa. Non si può quindi affermare che il rimprovero delle ricorrenti che la committente stessa è responsabile dei ritardi sia sostenibile. È esatto che soprattutto tipi complicati di commesse, compreso svolgimento della procedura d'appalto vera e propria e di un'eventuale procedura di ricorso sono da pianificare se possibile a lungo termine di modo che di principio non può sopraggiungere un'urgenza (cfr. decisione incidentale della CRAP del 17 febbraio 1997 nella causa 008/96, pubblicata in GAAC 61.24 consid. 2d). Fintanto che la pianificazione avrebbe dovuto avvenire in maniera più prudente anche nel caso in esame, questo argomento è di gran lunga compensato dalle probabilità di esito preponderantemente positivo rispettivamente in casu negativo del ricorso, dagli interessi pubblici allo sblocco rapido della situazione in vista degli scopi di politica dei trasporti perseguiti con la messa in funzione del tunnel del Monte Ceneri e dai danni incombenti causati da un ritardo. Ciò anche se si volesse dichiarare questi ultimi in parte insufficientemente specificati e se si volesse considerare solamente Fr. 670'000.- mensili per la messa a disposizione prolungata delle installazioni del lotto invece dei Fr. 1'095'000.- rivendicati. Lo stesso vale anche se l'interesse privato e nel contempo pubblico ad un'efficace tutela dei diritti nel campo degli acquisti pubblici viene soppesato a favore delle ricorrenti. Può invece rimanere aperta la questione a sapere se il presunto danno dovuto ai ritardi per la messa in esercizio deve essere messo in rapporto al guadagno delle ricorrenti derivante dall'ottenimento dell'aggiudicazione. Da quanto precede, la ponderazione degli interessi ha nel complesso come conseguenza che venga tolto l'effetto sospensivo. Poiché la committente accentua a giusto titolo la sensibilità della commessa nei confronti dell'ambiente, anche l'impianto di trattamento delle acque provvisorio proposto dalle ricorrenti e che comporta il rischio che non vengano rispettate le condizioni di immissione non può entrare in linea di conto.

E. 4.5

Visto quanto precede, emerge dalla ponderazione degli interessi in gioco, nella quale si è anche tenuto conto delle probabilità di esito preponderantemente positivo rispettivamente in casu negativo del ricorso, che non può essere conferito l'effetto sospensivo al ricorso.

E. 4.6

x 15 69 Punteggio totale 458

E. 4.8

x 15 72 4 Garanzia dei termini

E. 5

Management della qualità

E. 5.0

40 % Sulla base della ponderazione dei criteri e sottocriteri le ricorrenti hanno ottenuto il seguente punteggio: 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 (arrotondato) 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

E. 5.1

Q della sicurezza

E. 5.2

Q dell'esecuzione e dell'esercizio

E. 10

% 4 Garanzia dei termini

E. 15

%

E. 20

% 5 Management della qualità 15 %

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