

BVGer BVGE 2008/60 vom 17. Juli 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-17, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2008_60

FR: TAF BVGE 2008/60 du 17 juillet 2008

IT: TAF BVGE 2008/60 del 17 luglio 2008

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 2

Oggetto di lite nella presente fattispecie è soltanto la questione a sapere se la disposizione contenuta alla cifra 4.5 del bando « La lingua contrattuale è il tedesco » è lecita o meno.

E. 3

In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del TAF è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lett. a e b PA). Non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub). Il TAF esamina liberamente la violazione del diritto federale, esso si impone tuttavia un certo riserbo nel quadro dell'esame dell'apprezzamento delle prestazioni in base ai criteri di aggiudicazione (cfr. in materia di potere cognitivo del TAF la decisione incidentale B-3544/2008 del 2 luglio 2008 consid. 5 con rinvii). Nella motivazione del ricorso si spiega che il bando prevede la possibilità per i concorrenti di scegliere se inoltrare la loro offerta in tedesco o in italiano, però che la lingua contrattuale dovrà forzatamente essere il tedesco. Secondo la ricorrente tale disposizione viola il principio della parità di trattamento, in particolare il divieto di discriminazione nei confronti dei concorrenti di madrelingua italiana. Essendo invocata una violazione del diritto federale, il TAF esamina la censura mossa dalla ricorrente con pieno potere di cognizione.

E. 4.1

Come già indicato precedentemente, il bando di concorso costituisce una decisione suscettibile d'essere impugnata tramite ricorso. L'impugnazione è possibile nei confronti di quelle disposizioni del bando che appaiono di per sé illecite e il cui significato rispettivamente la cui portata sono senz'altro riconoscibili per gli interessati; questo vale di regola ad esempio per quelle disposizioni concernenti il tipo di procedura, i termini di inoltro per l'offerta, l'ammissibilità di un consorzio di offerenti, di offerte parziali, di varianti, di formazione di lotti oppure la lingua o le lingue della procedura (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. marg. 820 con rinvii alla giurisprudenza della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici). Dai principi sviluppati dalla prassi si può ragionevolmente desumere che di regola sono impugnabili quelle disposizioni che per legge devono essere contenute nel bando di concorso.

E. 4.2

Essendo la committente assoggettata alla legislazione federale in materia di acquisti pubblici, ciò significa che il bando di concorso e la documentazione del bando per le commesse nel quadro della Nuova ferrovia transalpina devono soddisfare le esigenze poste nella LAPub (PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurigo 1996, n. marg. 303).

E. 4.3

Ogni commessa che viene aggiudicata nell'ambito di una procedura libera o selettiva deve essere messa a pubblico concorso singolarmente (art. 18 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 14 cpv. 1 e art. 15 cpv. 1 LAPub). Per quanto attiene al contenuto all'art. 9 cpv. 2 LAPub è previsto di rendere noti nel bando (al più tardi nella relativa documentazione) i criteri e le prove d'idoneità. Giusta l'art. 20 cpv. 1 lett. a LAPub possono essere condotte trattative se ne è fatta menzione nel bando. L'art. 16 cpv. 1 dell'ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (OAPub, RS 172.056.11) rimanda per quel che riguarda le indicazioni del bando all'allegato 4 OAPub. L'allegato 4 OAPub contiene le indicazioni minime per il bando pubblico di una commessa nell'ambito della procedura libera o selettiva. In materia di lingua l'allegato 4 OAPub prevede che il bando debba almeno indicare la lingua o le lingue delle domande o delle offerte (cifra 6 b allegato 4 OAPub). L'allegato 5 OAPub si esprime sulle indicazioni minime per la documentazione del bando consegnata nell'ambito della procedura libera o selettiva, richiedendo tra l'altro almeno che vengano indicate la lingua o le lingue delle offerte (cifra 3 allegato 5 OAPub). Nel bando il committente può tuttavia limitare o escludere la possibilità della formazione di consorzi (art. 21 cpv. 1 OAPub). Se, per una corretta esecuzione della commessa, è necessaria una determinata forma giuridica per la formazione di consorzi, il committente può esigere che questa sia costituita prima dell'aggiudicazione (art. 21 cpv. 2 OAPub). Nel bando, il committente esige di principio un'offerta globale per le prestazioni che intende acquisire (art. 22 cpv. 1 OAPub). Egli può tuttavia limitare o escludere in esso la possibilità dell'inoltro di varianti (art. 22 cpv. 2 OAPub). Nel caso di offerte parziali, il committente può rinunciare ad un'offerta globale, indicando ciò nel bando (art. 22 cpv. 2 OAPub). Il committente deve indicare nel bando le eccezioni dal principio che gli offerenti non hanno diritto ad un'indennità per l'elaborazione dell'offerta (art. 23 OAPub). Nell'ambito dell'aggiudicazione, il committente può suddividere la commessa in commesse parziali oppure aggiudicarla integralmente a più offerenti. Questa intenzione dev'essere indicata nel bando (art. 27 cpv. 1 OAPub). In riferimento alla forma linguistica del bando l'art. 24 cpv. 3 LAPub statuisce che per commesse edili e relative forniture nonché servizi nell'ambito di progetti di costruzione, il bando di concorso e l'aggiudicazione avvengono almeno nella lingua ufficiale del luogo della costruzione, mentre per altre forniture e servizi in almeno due lingue ufficiali. Se una commessa prevista non è pubblicata in lingua francese, al bando dev'essere allegato un riassunto in lingua francese, inglese o spagnola (art. 24 cpv. 4 LAPub). Il contenuto di tale riassunto si evince dall'art. 16 cpv. 2 OAPub.

E. 4.4

Di principio il bando (o la documentazione del bando) deve (devono) contenere una descrizione chiara e completa della prestazione richiesta. Quest'ultima forma la base diretta per il contratto da stipulare con l'offerente che ha ottenuto l'aggiudicazione (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. marg. 224 segg.). Salvo che per le disposizioni di carattere imperativo previste dalla LAPub e dall'OAPub in materia di requisiti per il contenuto del bando (cfr. consid. 4.3), al committente è di principio conferita una grande

libertà nel quadro dell'allestimento del bando e della relativa documentazione. Né la LAPub né l'OAPub esigono dal committente che egli renda noto nel bando la lingua del contratto. In particolare, la lista delle indicazioni minime giusta l'allegato 4 OAPub non regola che il committente debba rendere noto le condizioni contrattuali in maniera completa nel bando (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op. cit., n. marg. 280). Dal momento che la lingua del contratto non deve quindi essere oggetto del bando, diventa lecito chiedersi se l'impugnazione di una disposizione del bando che per legge non vi deve essere obbligatoriamente regolata è di per sé possibile. Tenuto conto che nella fase che segue l'aggiudicazione della commessa è il diritto privato che trova applicazione nell'ambito della conclusione del contratto e degli effetti di quest'ultima (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. n. marg. 828 e 701; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Quid après l'adjudication? Les effets du droit (public) des marchés publics sur la conclusion et l'exécution du contrat (de droit privé)* - in BR 2004 Sonderheft, pag. 62 seg. con rinvii), si può ritenere che il committente gode di una certa libertà nell'impostazione del contratto. Benché le disposizioni relative alla lingua non richiedano di comunicare espressamente la lingua contrattuale nel bando e benché quest'ultima possa essere a prima vista oggetto di un conflitto di diritto privato, una regolamentazione esplicita della lingua del contratto nel bando può avere effetti sulla situazione di fatto e di diritto degli interessati nella fase di inoltro delle offerte, come dimostreranno i considerandi che seguono. Di principio non possono essere tollerate quelle disposizioni del bando che potrebbero essere atte a discriminare i singoli potenziali offerenti già nella fase tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. marg. 239 seg.).

E. 4.5

Visto quanto precede va di seguito esaminato se la disposizione impugnata che prevede il tedesco come lingua contrattuale viola il principio della garanzia della parità di trattamento (art. 1 cpv. 2 e art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub). Il principio della parità di trattamento significa nel diritto degli appalti pubblici che a nessun offerente possono essere imposti pregiudizi, che non valgono per altri offerenti e che a nessun offerente possono essere concessi privilegi che sono negati agli altri offerenti. La legislazione svizzera in materia di appalti pubblici esige non solo la parità di trattamento tra offerenti stranieri e offerenti nazionali e tra offerenti stranieri tra loro, ma anche la parità di trattamento degli offerenti nazionali tra di loro (non-discriminazione) (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op. cit., n. marg. 193 seg.).

E. 4.5.1

Per quanto attiene alla parte collegata alla lingua, il bando di concorso è stato pubblicato integralmente in tedesco e in italiano, mentre per la versione francese è stato pubblicato un breve riassunto, il che è conforme all'art. 24 cpv. 3 e 4 LAPub. Per il resto, il bando di concorso prevede l'inoltro di offerte nelle lingue italiano o tedesco e la facoltà di porre domande relative alla documentazione di appalto nelle lingue tedesco e italiano, alle quali il committente risponde in tedesco o in italiano (cifra 4.5). Inoltre la documentazione del bando è disponibile sia in italiano che in tedesco e i sopralluoghi (uno tecnico e uno geologico) a detta della committente sono stati anch'essi esperiti nelle due lingue. Le disposizioni concernenti la lingua previste dalla committente fino alla fase dell'aggiudicazione osservano pienamente le condizioni poste al contenuto minimo del bando di concorso giusta la LAPub e l'OAPub (cfr. consid. 4.3), anzi esse vanno addirittura oltre i requisiti minimi richiesti.

E. 4.5.2

Pertanto, proprio perché fino alla fase dell'aggiudicazione della commessa la committente ha optato a favore di una procedura bilingue, sorprende e dimostra una certa incoerenza che per la lingua del contratto si sia scelto soltanto la lingua tedesca. Dalla lettera della committente dell'11 marzo 2008 alla SSIC TI si evince che tutti i contratti finora stipulati e concernenti il Ceneri sono già stati messi in appalto e aggiudicati in italiano e hanno il foro a Bellinzona. Se si considera inoltre che la documentazione del bando comprende il progetto di contratto non solo in tedesco ma anche in lingua italiana, è ravvisabile che la stesura del contratto in italiano non rappresenta più un dispendio notevole per la committente. Alla luce di queste circostanze sorge il dubbio che la scelta del tedesco come lingua contrattuale non sia altro che una conseguenza scaturita dalla scelta del foro di Lucerna per decidere su eventuali controversie derivanti dal contratto.

E. 4.5.3

Come già accennato precedentemente (cfr. consid. 4.4) la lingua del contratto non rientra nei requisiti minimi posti al contenuto del bando di concorso. Dal momento che questo criterio è però stato inserito dalla committente nel bando di concorso, essa deve sopportare le critiche sollevate contro questa scelta e vertenti su una presunta discriminazione dei partecipanti al concorso. Per esaminare l'aspetto della violazione della parità di trattamento possono senz'altro essere consultati per analogia i principi relativi alla lingua della procedura di aggiudicazione. Giusta l'art. 24 cpv. 3 LAPub per commesse edili e relative forniture nonché servizi nell'ambito di progetti di costruzione, come si tratta nel caso di specie, il bando di concorso e l'aggiudicazione avvengono almeno nella lingua ufficiale del luogo della costruzione. Nel messaggio concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round (messaggio 2 GATT) del 19 settembre 1994 (FF 1994 923 segg., in particolare pag. 1163 e 1164) si precisa che la differenziazione della lingua di pubblicazione tra opere di costruzione, da una parte, e forniture e prestazioni di servizi, dall'altra, è giustificata dal fatto che per i progetti di costruzione la lingua ufficiale è legata al luogo della costruzione. Dato che la Confederazione esegue costruzioni in tutte le regioni linguistiche della Svizzera, l'alternanza linguistica della pubblicazione è garantita. L'obbligo di pubblicare le aggiudicazioni non dovrebbe servire unicamente all'informazione a livello internazionale bensì anche in tutte le regioni della Svizzera. La vecchia Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRM) ha già avuto modo di occuparsi nella sua prassi dell'art. 24 LAPub. Essa ha rilevato che l'art. 24 cpv. 3 e 4 LAPub ha come scopo quello di informare la cerchia maggiore possibile di potenziali candidati e persegue un obiettivo di trasparenza e di apertura di mercato (cfr. decisione del CRM 1999-011 del 9 dicembre 1999 consid. 3; in quel caso si trattava di una commessa per forniture e per prestazioni di servizi). Anche per BERNHARD WALDMANN, pur quanto la lingua del bando offra uno strumento ideale per canalizzare l'origine degli offerenti, laddove il diritto in materia di acquisti pubblici si esprime sulla lingua del bando, esso lo fa prevalentemente in vista dello scopo di raggiungere il maggior numero possibile di potenziali candidati (cfr. BERNHARD WALDMANN, *Die Sprache im öffentlichen Vergabeverfahren* in: *Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung* 2003, pag. 16 seg.; questo articolo rinvia esplicitamente alla decisione della CRM 1999-011 appena citata). Tuttavia ci si può porre la domanda se le interpretazioni addotte sopra possono essere riprese per la presente commessa edile che ha la particolarità di avere il luogo della costruzione nel Cantone Ticino e che riveste il

carattere di un progetto di dimensioni almeno nazionali. Nel contesto del caso in esame, la disposizione dell'art. 24 cpv. 3 LAPub è da considerare come esigenza minima, la quale ha un effetto informativo per i potenziali concorrenti residenti nella regione. Il privilegio linguistico che de facto ne deriva automaticamente per gli offerenti residenti nella regione è statuito esplicitamente nella legge e deve essere rispettato.

E. 4.5.4

Prevedere già a livello dell'inoltro delle offerte che il contratto sarà unicamente concluso in lingua tedesca, come nel caso in esame, appare criticabile sotto tre punti di vista. Dapprima per le ditte di madre lingua italiana risulta comprensibilmente contraddittorio e inconsistente se da una parte viene data loro la possibilità prima dell'aggiudicazione di presentare le loro offerte in italiano, porre domande chiarificatorie in italiano e richiedere la documentazione del bando in italiano, ma dall'altra si esclude l'italiano come lingua contrattuale. In secondo luogo, la regolamentazione del tedesco come lingua contrattuale già al grado di bando di concorso può allora rivelarsi restrittiva, nella misura in cui essa è atta a distogliere i potenziali offerenti che risiedono nel luogo della costruzione del progetto ad inoltrare le proprie offerte. Infine, la committente deve quindi assumere la critica che l'introduzione della disposizione querelata nel bando potrebbe servire in un certo modo quale mezzo per controllare l'origine dei potenziali concorrenti rispettivamente per influenzare l'associazione degli stessi ad un consorzio. Del resto è la stessa committente ad affermare che le ditte dell'area germanofona hanno più esperienza e mostrano più interesse per i lavori messi in concorso che le ditte del Cantone Ticino. Considerati questi aspetti, nonché la regolamentazione legale della lingua nel quadro della pubblicazione del bando e dell'aggiudicazione, l'abbandono della via del bilinguismo allo stadio della conclusione del contratto rispettivamente la relativa comunicazione nel bando comportano in casu uno svantaggio per i potenziali offerenti regionali rispetto alla situazione che si presenta per le ditte (svizzero-)tedesche. Ne consegue che la disposizione del bando che prevede come lingua contrattuale il tedesco - già allo stadio di procedura dell'inoltro delle offerte - ha un effetto discriminatorio nei confronti di potenziali offerenti di lingua italiana. Gli argomenti portati dalla committente non sono sufficienti a giustificare la lesione del principio della parità di trattamento. Infatti le circostanze che la committente abbia la sede a Lucerna, che il know-how-transfer nella gestione dei contratti di appalto sia spesso avvenuto in tedesco e che le normative SIA in materia di « lavori in sotterraneo » sono disponibili in gran parte solo in tedesco non le hanno comunque impedito finora di concludere un buon numero di contratti in italiano. Giova infine ricordare che per la presente commessa esiste già nella documentazione del bando un modello del contratto in versione italiana.

E. 4.5.5

Dai considerandi suesposti emerge che le censure sollevate dalla ricorrente in relazione alla violazione della parità di trattamento si rivelano fondate. Per questo la decisione impugnata è da annullare parzialmente al punto 4.5 solo per quanto attiene alla disposizione « La lingua contrattuale è il tedesco ». In questo punto il ricorso va quindi accolto.

E. 4.5.6

La ricorrente chiede di modificare il punto 4.5 con la formula-zione « La lingua contrattuale è l'italiano ». A questa conclusione, che mira ad escludere il tedesco in modo concreto, non può tuttavia essere dato seguito per gli stessi o gli analoghi motivi per i quali si voleva escludere l'italiano. Potrebbero infatti nascere delle notevoli incongruenze se si

aggiudicasse l'appalto ad una ditta germanofona o romanda. Il TAF giunge alla conclusione che conviene unicamente annullare la disposizione « La lingua contrattuale è il tedesco ». Sulla base dei considerandi precedenti risulterebbe fuori luogo, se si desse spazio ad una regolamentazione concreta della lingua contrattuale nel bando di concorso, così come auspicato dalla ricorrente, tanto più che la conclusione stessa del contratto non sottostà più alla LAPub, ma dipende dalla sfera privata delle parti. Pur quanto possa apparire coerente attendersi anche per il contratto l'alternatività del tedesco e dell'italiano come previsto nella fase precedente l'aggiudicazione, si ritiene pertanto meglio indicato dare comunque la possibilità alla committente e al futuro aggiudicatario di mettersi d'accordo su un'altra lingua contrattuale. La disposizione « La lingua contrattuale è il tedesco » deve essere quindi cancellata senza sostituzione. Ne discende che il ricorso non può essere accolto in questo punto.

E. 4.5.7

In considerazione del risultato al quale si è giunti ci si può porre la domanda se la soppressione della disposizione « La lingua contrattuale è il tedesco » può avere degli effetti sul bando intero, nella misura in cui con il mutamento della situazione devono essere ordinati dei nuovi termini per l'inoltro delle offerte (giusta la cifra 3.9 del bando il termine per l'inoltro dell'offerta è il 19 settembre 2008). Il TAF conclude che non sono ravvisabili motivi per la fissazione di nuovi termini per l'inoltro delle offerte, in quanto le ricorrenti non hanno chiesto il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso e in secondo luogo esse non hanno dimostrato in modo concreto se rispettivamente a partire da quando e sotto quali condizioni esse si vedrebbero costrette di dover rinunciare ad una candidatura, nel caso in cui nel bando dovesse valere la disposizione che il tedesco rimane la lingua contrattuale.

E. 5

Dai considerandi suesposti si evince che la ricorrente non riesce ad imporsi completamente con le sue conclusioni. Il ricorso va quindi accolto solo parzialmente. La decisione impugnata va annullata solo per quanto attiene alla disposizione prevista al punto 4.5 « La lingua contrattuale è il tedesco ». Per il resto il ricorso va respinto. La committente è tenuta inoltre a pubblicare debitamente il risultato della presente decisione nel senso della modifica del bando che ne deriva.

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