

BVGer BVGE 2018 IV/11 vom 1. November 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-11-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2018_IV_11

FR: TAF BVGE 2018 IV/11 du 1 novembre 2018

IT: TAF BVGE 2018 IV/11 del 1 novembre 2018

Regeste

Acquisti pubblici

Erwägungen

E. 1

Requisiti relativi alla motivazione sommaria della decisione di aggiudicazione secondo l'art. 23 cpv. 1 LAPub. Ricapitolazione della giurisprudenza (consid. 2.3).

E. 2

Genere di informazioni che rientrano nell'obbligo di comunicare dell'autorità aggiudicatrice secondo l'art. 23 cpv. 2 LAPub (consid. 2.4.3).

E. 2.1

Le ricorrenti censurano dapprima una violazione del diritto di essere sentito, nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice avrebbe loro negato, anche in sede di debriefing, l'accesso ad informazioni determinanti, segnatamente l'indicazione del loro rango in classifica e la tabella di valutazione con le note per tutte le offerte inoltrate. A mente delle ricorrenti, il diniego all'accesso a queste ultime due informazioni non sarebbe protetto dall'art. 23 cpv. 2 LAPub e costituirebbe una violazione del diritto di essere sentito. L'autorità aggiudicatrice non condivide il modo di vedere delle ricorrenti, sottolineando in sostanza di aver comunicato loro tutte le informazioni necessarie nel pieno rispetto dell'art. 23 cpv. 2 LAPub, dapprima mediante la pubblicazione della delibera e poi durante il debriefing del 22 marzo 2018.

E. 2.2.1

A titolo preliminare val la pena evidenziare che, sulla base dell'art. 26 cpv. 2 LAPub, gli art. 26 a 28 PA concernenti il diritto d'esame degli atti non trovano applicazione nella procedura di acquisti pubblici federale (cfr. sentenza del TAF B-5190/2011 del 19 ottobre 2011 pag. 3). L'art. 26 cpv. 2 LAPub ha quindi valenza fino alla scadenza del termine per inoltrare ricorso dopo che è stata resa la decisione di aggiudicazione. Solo nell'ambito della procedura di ricorso si applicano i disposti concernenti il diritto di essere sentito e le relative deroghe ai sensi dell'art. 26 segg. PA (sentenza del TAF B-5213/2014 del 2 ottobre 2014 consid. 3.3; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ed. 2013, n. 1185 e 1363). Tuttavia, l'autorità aggiudicatrice è comunque autorizzata, ma non imperativamente tenuta, a trasmettere per estratto alcuni documenti a supporto delle informazioni che deve fornire in base all'art. 23 cpv. 2 LAPub, dovendo tener conto, secondo l'art. 23 cpv. 3 LAPub, del carattere riservato dei dati degli offerenti (cfr. decisione incidentale del TAF B-5504/2015 del 29 ottobre 2015 consid. 5.4.1 seg.). Non dev'essere concesso l'esame dei documenti che contengono segreti d'affare e altri dati di potenziali

concorrenti.

E. 2.2.2

Di principio le decisioni di cui all'art. 29 LAPub devono essere motivate e notificate conformemente alle disposizioni previste all'art. 23 cpv. 1 e 2 LAPub. Tali disposti rappresentano una cosiddetta *lex specialis* nei confronti degli art. 35 cpv. 1 e 3, nonché dell'art. 36 PA (sentenza del TAF B-3526/2013 del 20 marzo 2014 consid. 3.2; Galli et al., op. cit., n. 1243 segg.). L'art. 23 cpv. 1 LAPub consente una motivazione sommaria delle decisioni di cui all'art. 29 LAPub (decisione incidentale del TAF B-1383/2011 del 23 maggio 2011 consid. 4.1). Le informazioni necessarie per la pubblicazione dell'aggiudicazione sono elencate all'art. 28 OAPub (RS 172.056.11). Tuttavia, l'art. 23 cpv. 2 LAPub statuisce per il committente l'obbligo di comunicare agli offerenti non considerati per la delibera determinate ulteriori informazioni, ma unicamente a condizione che ne abbiano fatto previamente richiesta. L'obbligo di comunicare imposto al committente all'art. 23 cpv. 2 LAPub non significa che egli abbia a fornire le informazioni necessariamente sotto forma documentale così come è il caso per l'esame degli atti quale componente del diritto di essere sentito (decisione incidentale B- 5504/2015 consid. 5.4.2). Le informazioni di cui all'art. 23 cpv. 2 LAPub si riferiscono alla procedura d'aggiudicazione seguita, al nome dell'offerente scelto, al prezzo dell'offerta scelta o ai prezzi inferiori e maggiori delle offerte considerate, ai motivi essenziali dell'eliminazione, nonché alle caratteristiche essenziali e ai vantaggi dell'offerta scelta (art. 23 cpv. 2 lett. a-e LAPub). Conformemente alla prassi, per comunicare le informazioni secondo l'art. 23 cpv. 2 LAPub si suole fare appello a riunioni informative, chiamate anche " debriefing ", le quali hanno luogo subito dopo l'aggiudicazione in presenza di rappresentanti del committente e degli offerenti non considerati (Galli et al., op. cit., n. 1244 in fine). Le spiegazioni in sede di " debriefing " avvengono perlopiù in forma orale (cfr. sentenza B-5213/2014 consid. 3.2) e per legge non sussiste l'obbligo di stendere un verbale. Sono escluse dall'obbligo di comunicare del committente le informazioni contrarie al diritto federale o lesive di interessi pubblici o che, se divulgate, potrebbero violare interessi economici legittimi degli offerenti o la concorrenza leale tra gli stessi (cfr. art. 23 cpv. 3 LAPub). Le esigenze poste alla motivazione sono adempiute ad esempio quando la medesima contiene una spiegazione sufficiente per la scelta dell'aggiudicatario sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati (cfr. decisione incidentale del TAF B-6136/2007 del 30 gennaio 2008 consid. 7.4; [...]). Mediante le informazioni previste all'art. 23 cpv. 2 LAPub gli offerenti non considerati devono essere messi nella condizione di tutelare a pieno il proprio diritto a ricorrere (sentenza B-3526/2013 consid. 3.2). Eventuali violazioni dell'obbligo di motivazione quale componente del diritto di essere sentito potrebbero del resto essere sanate nella procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice, in tale sede, fa fronte al suo obbligo di motivare le decisioni ed il ricorrente ha l'opportunità di prendere posizione sui motivi adottati (sentenza del TAF B-8563/2010 del 15 febbraio 2011 consid. 2.2.1 con ulteriori riferimenti).

E. 2.3

Nel caso in esame, al punto 1.3 rispettivamente 1.1 della decisione di aggiudicazione pubblicata nel SIMAP l'autorità aggiudicatrice ha indicato il tipo di procedura adottato, nonché il nome ufficiale e l'indirizzo del committente, mentre ai punti 1.4, 2.1 e 2.3 ha reso noto le informazioni sul tipo e sull'entità della commessa. Al punto 3.2 dell'aggiudicazione sono riportate le informazioni relative al consorzio aggiudicatario, con particolare menzione

del nominativo e dell'indirizzo della ditta capofila e del prezzo dell'offerta. Al punto 3.3 dell'aggiudicazione si legge che l'offerta del consorzio aggiudicatario ha presentato il punteggio maggiore. Infine, al punto 4.2 dell'aggiudicazione è indicata la data di aggiudicazione. Una parte delle informazioni secondo la decisione di aggiudicazione corrisponde alla comunicazione separata scritta del 7 febbraio (recte: marzo) 2018, la quale, per il resto, rinvia alla pubblicazione nel SIMAP. Dai fatti suesposti è possibile, da un lato, constatare che le indicazioni fornite nella decisione di aggiudicazione ai punti 1.3, 1.1, 1.4, 2.1, 2.3, 3.2 e 4.2 sono conformi alla qualità delle informazioni secondo quanto prescritto dall'art. 28 OAPub. D'altro lato, per quanto attiene al punto 3.3 dell'aggiudicazione, ossia la motivazione, ripetuta anche nella comunicazione separata, si impongono le seguenti considerazioni. Giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub il committente notifica le decisioni, motivate sommariamente, di cui all'art. 29 secondo i dettami dell'art. 24 cpv. 1 o mediante recapito. Il Tribunale federale ha avuto modo di ritenere che l'espressione secondo cui l'aggiudicazione è stata disposta nei confronti dell'offerta più favorevole dal profilo economico (" der Zuschlag erfolgte an das wirtschaftlich günstigste Angebot ") costituisce una pura frase retorica non conforme ai requisiti posti ad una motivazione sommaria (cfr. la sentenza del TF 2D_40/2008 del 19 maggio 2008 consid. 2.4). Detta concezione è condivisa anche dalla dottrina dominante (cfr. anche Galli et al., op. cit., n. 1243). Allo stesso modo, il Tribunale amministrativo federale ha riconosciuto che la sola indicazione " preimplicazione illecita " (" unzulässige Vorbefassung "), senza che l'autorità aggiudicatrice si sia pronunciata sugli eventuali mezzi adeguati da adottare per compensare il vantaggio concorrenziale giusta l'art. 21a OAPub, non è in grado di soddisfare le aspettative legate ad una motivazione sommaria (sentenza del TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 2.5). Sulla scorta della prassi summenzionata si deve convenire con le ricorrenti che la formulazione secondo cui l'offerta del consorzio aggiudicatario ha presentato il punteggio maggiore non rispetta i requisiti posti alla motivazione sommaria di cui all'art. 23 cpv. 1 LAPub. Tuttavia, tenuto conto di una possibile sanatoria dinanzi all'autorità di ricorso, la violazione di siffatto disposto non può giustificare un rinvio della causa all'autorità aggiudicatrice, in quanto ciò costituirebbe una formalità eccessiva che provocherebbe inutili ritardi inconciliabili con l'imperativo di celerità in materia di acquisti pubblici (cfr. le sentenze B-3013/2012 consid. 2.5; B-8563/2010 consid. 2.2.1 con ulteriori riferimenti; cfr. anche i consid. 2.5 [...]).

E. 2.4.1

In seguito, tra le ricorrenti e l'autorità aggiudicatrice ha avuto luogo, in data 22 marzo 2018, un debriefing, che non è stato verbalizzato. Nel loro gravame le ricorrenti producono con il Doc. F la loro versione di come si sono svolti i fatti nell'ambito di tale incontro chiarificatore. L'autorità aggiudicatrice tiene a precisare che il Doc. F non è altro che un riassunto di parte delle ricorrenti, ma non un verbale ufficiale, criticandone la correttezza dei contenuti laddove non corrispondano alle proprie esposizioni in sede di presa di posizione e del relativo complemento.

E. 2.4.2

Per l'autorità aggiudicatrice rimane incontestato che alle ricorrenti sia stato consegnato, in occasione del debriefing, un estratto della tabella di apertura delle offerte con i dati anonimizzati degli offerenti, ad eccezione dei dati delle ricorrenti, e contenente gli importi offerti senza andare nel dettaglio. L'estratto della tabella di apertura delle offerte in forma anonima corrisponde del resto all'allegato al ricorso denominato Doc. C. Allo stesso modo, la committente conferma l'esposizione dei fatti delle ricorrenti riguardo alla comunicazione

che la loro offerta era stata ritenuta di buona qualità, avendo raggiunto un punteggio di 423 su un massimo di 500 punti e che solo un'offerta presentante un alto grado di innovazione avrebbe potuto giustificare il voto massimo al criterio di aggiudicazione " analisi dell'incarico ". Inoltre non è messo in discussione che l'autorità aggiudicatrice non ha indicato alle ricorrenti il rango di classifica. Parimenti confermata è la comunicazione della committente secondo cui nessun concorrente avrebbe ottenuto il punteggio massimo al criterio di aggiudicazione " analisi dell'incarico ". La committente respinge infine le osservazioni riportate dalle ricorrenti nel loro riassunto del debriefing laddove lasciano sottintendere che sarebbero stati formulati in tutto sette sottocriteri nell'ambito della valutazione dei criteri di aggiudicazione relativi alle persone chiave. In base al Doc. F allegato al ricorso si può concludere che le ricorrenti, durante il debriefing, siano venute a conoscenza delle note ottenute dalla loro offerta. Infine, le allegazioni delle ricorrenti e della committente nel rispettivo ricorso e nella presa di posizione lasciano concludere che in occasione del debriefing sono stati discussi i motivi che avevano portato ad attribuire la nota massima alla persona chiave delle ricorrenti proposta per il progettista tecnico RCV rispetto a quella da loro indicata per il progettista tecnico comparto architettura.

E. 2.4.3

È evidente che il documento inoltrato dalle ricorrenti denominato Doc. F non può avere la stessa valenza di un verbale ufficiale del debriefing. Considerato che vi sono diversi punti in cui la committente non concorda con la versione dei fatti esposta dalle ricorrenti nell'allegato menzionato, risulta pressoché impossibile ricostruire con certezza e nel dettaglio il contenuto e lo svolgimento dell'incontro. Si può comunque dare atto alla committente di essersi resa disponibile per lo svolgimento di un incontro chiarificatore. Non sussistendo per legge un obbligo di verbalizzazione del debriefing, la committente non è in ogni caso incorsa in una violazione del diritto. Certo è indiscutibile che la raccolta di informazioni sotto forma di un verbale del debriefing oppure di una risposta scritta di un committente alle domande di un offerente non considerato per l'aggiudicazione possa offrire una trasparenza e sicurezza del diritto maggiori rispetto alle informazioni fornite solo sotto forma di una discussione orale. Le ricorrenti si dolgono di una violazione dell'art. 23 cpv. 2 LAPub e del loro diritto di essere sentite nella misura in cui la committente, a loro dire, si sia rifiutata di produrre, in sede di debriefing, la documentazione circa il loro rango in classifica e la valutazione dettagliata con i punti e le note per tutti gli offerenti. Avendo richiesto esplicitamente un colloquio (debriefing) alla committente, le ricorrenti hanno segnalato di non accontentarsi della motivazione sommaria contenuta nella decisione di aggiudicazione e nella comunicazione scritta del 7 febbraio (recte: marzo) 2018, bensì di esigere dalla committente informazioni più dettagliate in conformità con l'art. 23 cpv. 2 LAPub, più precisamente per quanto attiene ai motivi essenziali dell'eliminazione (art. 23 cpv. 2 lett. d LAPub) e alle caratteristiche essenziali e ai vantaggi dell'offerta scelta (art. 23 cpv. 2 lett. e LAPub). Nell'ambito di entrambe le disposizioni menzionate va rilevato che la legge si è servita di una formulazione relativamente indeterminata. A fronte della circostanza che un ricorrente, nell'ambito delle condizioni di ammissibilità del proprio gravame, deve rendere verosimile che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1; nonché la sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3), è opportuno, in applicazione dell'art. 23 cpv. 2 lett. d ed e LAPub, ch'egli venga a conoscenza del proprio rango nella graduatoria, così come delle note e del punteggio ottenuto dalla propria offerta e da quella dell'aggiudicataria, in modo da farsi un'idea dei vantaggi dell'offerta scelta e dei motivi per

la mancata considerazione della propria offerta. In mancanza di predette indicazioni può diventare impresa ardua per il ricorrente giustificare il suo diritto a ricorrere contro l'aggiudicazione. Per questi motivi, si può concludere che le comunicazioni relative al rango in classifica, alle note e al punteggio dell'offerta non considerata e a quella dell'aggiudicataria sono suscettibili di rientrare nella nozione del genere di informazioni di cui all'art. 23 cpv. 2 lett. d ed e LAPub. Nel caso di specie è incontestato che le ricorrenti, in sede di debriefing, hanno appreso la somma totale dei punti (423 su 500) e le note ottenute dalla propria offerta. Se è vero che in questo punto la committente ha agito nel rispetto dell'art. 23 cpv. 2 lett. d LAPub, lo stesso però non si può dire riguardo al rifiuto della committente di comunicare il rango in classifica delle ricorrenti. In effetti, ritenuto che erano state inoltrate dieci offerte, un'indicazione precisa sulla posizione raggiunta nella graduatoria poteva mettere le ricorrenti non solo nella condizione di riflettere se insorgere contro la decisione di aggiudicazione o rinunciare ad impugnare quest'ultima, ma anche nella condizione di poter valutare le probabilità effettive di ottenere la commessa e meglio giustificare il proprio diritto a ricorrere. Nella mancata comunicazione del rango in classifica è perciò ravvisabile una violazione dell'art. 23 cpv. 2 lett. d LAPub. Inoltre, non risulta dall'incarto che la committente abbia fornito informazioni in relazione alle caratteristiche essenziali, nonché ai vantaggi dell'offerta scelta. Malgrado nella sua presa di posizione del 9 maggio 2018 la committente pretenda, citando il testo dell'art. 23 cpv. 2 LAPub, di aver comunicato tutte le informazioni richieste da detto disposto (n. 25), quando si tratta di concretizzare la tipologia delle informazioni date, ella prende unicamente atto che in occasione del debriefing ha consegnato alle ricorrenti il verbale anonimo di apertura delle offerte con i dati riguardanti gli importi delle offerte, deducendo di aver così ossequiato l'art. 23 cpv. 2 lett. c LAPub (n. 41 segg.). Anche nel successivo atto di duplice del 4 luglio 2018, la committente rimane silente riguardo alla questione di sapere in che modo abbia informato le ricorrenti in conformità con i dettami dell'art. 23 cpv. 2 lett. e LAPub. È pacifico che il solo verbale anonimo di apertura delle offerte rimesso alle ricorrenti nell'ambito del debriefing (Doc. C allegato al ricorso), non porta, per sua stessa natura, alcun chiarimento in questo senso, ma unicamente nella misura in cui le ricorrenti, tramite detto verbale, sono venute a conoscenza della gamma dei prezzi di tutte le offerte conformemente a quanto è previsto all'art. 23 cpv. 2 lett. c LAPub. Dal momento che la committente ha segnalato la propria disponibilità a trasmettere un documento della procedura di aggiudicazione malgrado per legge non sia tenuta a farlo, ella avrebbe dovuto, per coerenza, comunicare alle ricorrenti almeno in quali punti e per quali motivi l'offerta dell'aggiudicataria era risultata essere la migliore. Non emergendo dagli atti alcun indizio che siffatte spiegazioni siano state date, si può concludere che la committente è venuta meno all'obbligo di informare sancito dall'art. 23 cpv. 2 lett. e LAPub. Malgrado la constatata violazione dell'art. 23 cpv. 2 lett. d ed e LAPub, tenuto conto dell'imperativo di celerità in materia di acquisti pubblici e della possibilità di sanatoria nella procedura di ricorso, non si giustifica di rinviare l'incarto all'autorità aggiudicatrice (cfr. le decisioni incidentali del TAF B-3644/2017 del 23 agosto 2017 consid. 5.3; B-5504/2015 consid. 5.3.3; cfr. anche i consid. 2.5 [...]). A fronte dei considerandi che precedono, il quesito di sapere se è data un'ulteriore violazione dell'art. 23 cpv. 2 LAPub per la mancata comunicazione della valutazione con i punti e le note di tutte le altre offerte, al di là di quella non considerata e quella dell'aggiudicataria, può rimanere indeciso.

E. 2.5

Per completezza giova sottolineare che le ricorrenti hanno avuto occasione, prima che venisse presa la presente sentenza che pone fine al procedimento, di completare la motivazione del proprio gravame sulla base di una parte della documentazione della procedura di aggiudicazione che è stata messa a loro disposizione. In particolar modo, le ricorrenti sono venute a conoscenza della propria posizione nella graduatoria e hanno potuto visionare, in forma anonima, la tabella di valutazione con i punteggi e le note assegnate, come pure le osservazioni della committente sulla valutazione operata per tutte le offerte inoltrate. Dalle annotazioni è possibile evincere in quali punti dei criteri di aggiudicazione l'offerta delle ricorrenti ha ottenuto un risultato peggiore rispetto a quella del consorzio aggiudicatario. Ciò le ha poste nella condizione di afferrare il senso e la portata della decisione impugnata e quindi di difendersi adeguatamente con piena cognizione di causa. In summo, un'eventuale violazione dell'obbligo di motivare le decisioni quale componente del diritto di essere sentito potrebbe essere ritenuta sanata.

E. 3

La comunicazione delle informazioni complementari di cui all'art. 23 cpv. 2 LAPub è indicata affinché l'offerente non considerato sia messo nella condizione di giustificare il proprio diritto ad insorgere contro la decisione di aggiudicazione, conformemente alla prassi del Tribunale federale sulla legittimazione a ricorrere in materia di acquisti pubblici (consid. 2.4.3).

E. 4

Guérison possible de la violation de l'obligation de motivation et d'information en procédure de recours (consid. 2.5). In data 13 ottobre 2017 la Ferrovie federali svizzere FFS SA (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha pubblicato sul Sistema informativo sulle commesse pubbliche in Svizzera (SIMAP) il bando di concorso per una commessa di servizi, impostato secondo la procedura libera, relativo al progetto " Contratto quadro ORM Regione di Bellinzona: pianificatore generale e prestazioni specialistiche ". Entro il termine di chiusura per la presentazione delle offerte sono pervenute al committente dieci offerte, tra cui quella delle ricorrenti e del Consorzio Y. (di seguito: aggiudicataria). Mediante la decisione di aggiudicazione del 7 marzo 2018, pubblicata lo stesso giorno sul SIMAP, l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa in oggetto all'aggiudicataria con la motivazione che " [l]'offerta presenta il punteggio maggiore ". Con scritti individuali separati l'autorità aggiudicatrice ha informato i rimanenti concorrenti dell'avvenuta delibera in favore dell'aggiudicataria, indicando il nominativo della stessa, il prezzo dell'offerta considerata e il motivo dell'aggiudicazione (raggiungimento di un punteggio più alto), rimandando per il resto alla relativa pubblicazione sul SIMAP. In data 22 marzo 2018 ha avuto luogo un debriefing tra i rappresentanti del committente e del consorzio delle ricorrenti. Avverso la decisione di aggiudicazione del 7 marzo 2018 le ricorrenti sono insorte con ricorso del 27 marzo 2018 al Tribunale amministrativo federale. In via superprovvisoria e provvisoria, chiedono l'accoglimento della loro richiesta di concessione dell'effetto sospensivo, e, nel merito, l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della delibera e il rinvio degli atti al committente per nuova decisione. In ogni caso sono protestate tasse, spese e ripetibili. In sostanza, le ricorrenti fanno valere una violazione del loro diritto di essere sentite, lamentando che la committente abbia loro negato di accedere ad informazioni determinanti ai fini di ricorrere, in particolare all'indicazione del loro rango nella classifica e all'edizione della tabella di valutazione con le note per tutte le offerte inoltrate. A loro dire, il rifiuto dell'accesso a tali informazioni non sarebbe protetto dall'art.

23 cpv. 3 LAPub (RS 172.056.1). Secondo il senso, si dolgono di una motivazione carente della decisione di aggiudicazione, in quanto la frase ivi contenuta " [l]'offerta presenta il punteggio maggiore " non spiegherebbe nulla. A sostegno delle loro allegazioni le ricorrenti producono in particolare un riassunto del debriefing redatto dai loro rappresentanti (Doc. F). Il Tribunale amministrativo federale ha respinto il ricorso. Dai considerandi: 2.

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