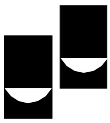
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Corte II
B-3255/2009
{T 0/2}

Decisione incidentale del 4 agosto 2009

Composizione

Giudici Francesco Brentani (Presidente del collegio), Vera Marantelli e Maria Amgwerd;
Cancelliere Daniele Cattaneo;

Parti

Consorzio A. _____, composto da
1. X. _____
2. Y. _____
3. W. _____
4. Z. _____
tutti patrocinati dall'Avv. Flavio Canonica, Corso Elvezia 7, CP 5414, 6901 Lugano, c/o Studio legale e notarile, Pelli Schweikert & Associati, c.p. 6261, 6901 Lugano,
ricorrenti,

contro

Consorzio B. _____, composto da
1. O. _____
2. P. _____
3. Q. _____
patrocinato dall'avvocato Massimo Nicora, via B. Luini 18, casella Postale 640, 6601 Locarno,
aggiudicatario,

Ufficio federale delle strade USTRA Filiale di Bellinzona,
Settore supporto, via C. Pellandini 2, 6500 Bellinzona,

patrocinato dall'avvocato Romina Biaggi,
studio legale avv. Luigi Mattei, via Dogana 2, casella postale 2747, 6500 Bellinzona,
autorità aggiudicatrice;

Oggetto

acquisti pubblici (N2 EP21) protezioni foniche Bissone, opere da metalcostruttore.

ritenuto in fatto,

che con pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) N. _____ del M. _____, l'Ufficio federale delle strade (in seguito: l'autorità aggiudicatrice, il committente) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare l'esecuzione della soprastruttura dei ripari fonici a Bissone, opere da metalcostruttore;

che, in particolare, il progetto ha come oggetto le semicoperture a monte e i rivestimenti del muro a Bissone sud, della pensilina, del portale, di parte del muretto paraurti e dell'elemento finale; il rivestimento del muro lungo l'uscita per Bissone; le semicoperture lungo la fascia mediana e i rivestimenti del muretto paraurti e dell'elemento finale; i ripari a modulo angolare a valle della carreggiata nordsud;

che, il bando prevede, tra l'altro, che le persone chiave, segnatamente il direttore tecnico, il capo officina e il capo montatore, vantino quale referenza l'esecuzione di almeno un'opera di carpenteria metallica relativa a delle protezioni foniche autostradali per un importo effettivo di almeno 1'000'000 di franchi;

che nel termine prestabilito dal bando sono pervenute al committente l'offerta del consorzio Consorzio A. _____, composto da 1. X. _____, 2. Y. _____, 3. W. _____, 4. Z. _____ (in seguito: ricorrenti o consorzio ricorrente) e l'offerta del consorzio B. _____ composto da: 1. O. _____, 2. P. _____, 3. Q. _____(in seguito: aggiudicatario o consorzio aggiudicatario);

che il consorzio ricorrente ha specificato l'idoneità delle persone chiave indicando le referenze del direttore tecnico, ing. C. _____, del capo officina, S. _____ e H. _____, come pure del capo montatore F. _____;

che per il direttore tecnico, quale referenza, è stata indicata dai ricorrenti la progettazione di pannelli acustici e l'assistenza tecnica sul cantiere per l'installazione di protezioni foniche sui viadotti Ponte Gardena-Waidbruk e Colma-Kollmann progressiva km 60+775 e 61+662 (Autobrennero); rispettivamente per il capo officina della H. Wetter AG è stata indicata la costruzione della carpenteria metallica per lo stadio del Letzigrund di Zurigo;

che con scritto del 3 marzo 2009 l'autorità aggiudicatrice ha, tra le altre cose, chiesto al consorzio ricorrente di voler inoltrare entro 5 giorni la referenza per le persone chiave indicate nell'offerta, specificando: il nominativo della persona chiave; l'oggetto della referenza con breve descrizione della parte dell'opera concernente le protezioni foniche autostradali eseguite dalla persona chiave; l'anno di esecuzione; l'importo della commessa con l'indicazione dell'importo riferito alla carpenteria metallica separata da quella dei pannelli fonici nonché la persona di contatto (cfr. punto 9);

che con scritto del 10 marzo 2009 (cfr. documento J allegato al ricorso del 19 maggio 2009) i ricorrenti hanno dato seguito alla richiesta del committente, specificando il nominativo del direttore tecnico nella persona dell'ing. C. _____ ed indicando come oggetto di referenza la progettazione delle strutture metalliche portanti e dei pannelli in policarbonato trasparente fonoisolanti-fonoassorbenti con funzionamento a risonatore di Helmholtz relativi alla protezioni foniche sui viadotti Ponte Gardena-Waidbruk e Colma-Kollmann progressiva km 60+775 e 61+662 autostrada A22 del Brennero, assistenza tecnica sul cantiere, effettuata nel periodo tra marzo 2008 e febbraio 2009, per un importo della commessa equivalente a fr. 904'000 (IVA esclusa) per la carpenteria metallica; a fr. 420'000 (IVA esclusa) per i pannelli, per un totale di fr. 1'324'000 (IVA esclusa) e per un importo totale di fr. 3'150'000 (IVA esclusa) riferito alla protezione fonica completa di opere di sottostruttura; come pure specificando il nominativo del capo officina, il signor S. _____, il quale oltre allo stadio del Letzigrund, vanta la costruzione in corso della carpenteria metallica della protezione fonica lungo l'autostrada A14 Adriatica nel tratto Ancona-Sud – Porto S. Elpidio lotto 6A dal km 229+973 al km 265+100; per un importo di fr. 1'350'000;

che con scritto del 30 aprile 2009, il committente ha comunicato al consorzio ricorrente che la sua offerta non è stata considerata poiché la referenza della persona chiave “direttore tecnico” e la referenza della persona chiave “capo officina” non soddisfano i criteri di idoneità del bando di concorso;

che in particolare la referenza del direttore tecnico, considerata la sola carpenteria metallica, non raggiungerebbe il milione di franchi stabilito dal bando e quella del capo officina non concernerebbe un'opera di carpenteria metallica relativa a delle protezioni foniche autostradali;

che con pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) N. _____ del M. _____ la commessa è stata aggiudicata per l'importo di fr. 27'862'020,40 (IVA Inclusa) all'aggiudicataria;

che con ricorso di data 19 maggio 2009 i ricorrenti sono insorti contro detta decisione dinanzi a questo Tribunale amministrativo federale, postulando, in ordine, la concessione al gravame dell'effetto sospensivo;

che essi osservano, avantutto, come il direttore tecnico vanta quale esperienza l'esecuzione di un progetto che soddisfa le esigenze richieste nel bando circa l'oggetto di referenza posto che, a loro dire, per determinare se l'importo minimo di un milione di franchi è raggiunto, l'oggetto di referenza deve includere la carpenteria metallica portante, la carpenteria metallica dei pannelli ed i materiali fonoisolanti-fonoassorbenti, o comunque, in subordine, dovrebbe per lo meno comprendere la carpenteria metallica portante e la carpenteria metallica dei pannelli;

che nel caso concreto l'importo complessivo dell'opera di referenza del direttore tecnico ammonta a fr. 1'324'000; che l'importo totale dei pannelli ammonta a fr. 420'000, di cui fr. 120'000 sono relativi alla carpenteria metallica, cosicché sommando la carpenteria portante con la carpenteria dei pannelli si arriverebbe a fr. 1'024'000, di conseguenza l'importo di un milione sarebbe raggiunto;

che pur volendo escludere le due precedenti eventualità, a mente dei ricorrenti, il direttore tecnico soddisferebbe comunque i requisiti di idoneità circa l'oggetto di referenza, dal momento che per raggiungere l'importo limite richiesto si dovrebbe tenere altresì conto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), e precisamente di quella italiana del 20%, visto che l'opera di referenza è stata realizzata in Italia e quindi l'importo limite sarebbe raggiunto;

che essi aggiungono poi come la referenza fornita per il capo officina rapportata alla costruzione dello stadio del Letzigrund meglio di ogni altra si addice a qualificare l'idoneità tecnica della persona chiave, posto che la complessità esecutiva dello stadio supera in difficoltà quella riferita all'opera in narrativa;

che comunque, nel caso in cui questa referenza non potesse essere considerata sufficiente, lo sarebbe certamente quella relativa all'autostrada A14 Adriatica trasmessa dai ricorrenti tempestivamente nel ter-

mine di 5 giorni impartito dall'autorità aggiudicatrice e previsto nelle disposizioni particolari di gara (cfr. estratto CPN 102 allegato al ricorso del 19 maggio 2009 come documento L);

che in altre parole anche la referenza inerente al capo officina sarebbe in questo modo sufficientemente documentata e soddisferebbe le esigenze poste dal bando circa l'idoneità della persona chiave;

che con decisione del 22 maggio 2009 il Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisionale, l'effetto sospensivo vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione finché non sarà decisa la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo;

che con risposta di data 5 giugno 2009 il committente si oppone all'accoglimento del ricorso ed al conferimento dell'effetto sospensivo contestando la tesi dei ricorrenti in primo luogo perché, per quanto riguarda la referenza del direttore tecnico, è la carpenteria metallica, intesa come struttura portante, ad esclusione quindi dei pannelli e della carpenteria dei pannelli, che deve raggiungere l'importo di un milione di franchi e che questa condizione in casu non sarebbe soddisfatta;

che secondariamente, per il committente, oltre a non corrispondere al vero che esisterebbe una prassi diffusa ad includere l'IVA nei prezzi degli offerenti, tale prassi equivarrebbe addirittura a discriminare i concorrenti svizzeri nei confronti di quelli italiani;

che per quanto riguarda invece il capo officina, la referenza presentata relativa allo stadio del Letzigrund, non essendo riferita ad un'opera di carpenteria metallica relativa a delle protezioni foniche autostradali, deve essere scartata;

che la referenza relativa invece alla protezione fonica lungo l'autostrada A14 Adriatica nel tratto Ancona-Sud – Porto S. Elpidio lotto 6A dal km 229+973 al km 265+100 per un importo di fr. 1'350'000 inoltrata a seguito dello scritto del 3 marzo 2009 dell'autorità aggiudicatrice non ha potuto da questa essere presa in considerazione in quanto, a suo dire, se gli offerenti possono essere invitati a fornire precisazioni in merito alla loro offerta, tuttavia essi, come nel caso di specie, non possono introdurre nuove informazioni, modificando il contenuto dell'offerta;

che le CPN 102 – disposizioni particolari (pos. 252.110b) a cui i ricorrenti fanno riferimento, secondo il committente, non sarebbero applicabili alla presente fattispecie in quanto esse prevedrebbero unicamente la possibilità di inoltrare eventuale documentazione mancante entro un termine di cinque giorni ma non darebbero di certo la facoltà agli offerenti di modificare il contenuto dell'offerta introducendo nuove qualifiche di esperienza delle persone chiave;

che in altre parole, secondo l'autorità aggiudicatrice, essa non avrebbe chiesto agli offerenti la produzione di nuova documentazione ma semplicemente di fornire delle specificazioni in merito alle indicazioni fornite dagli offerenti;

che quindi, ritenuto che la referenza del direttore tecnico non raggiunge l'importo minimo imposto dal bando e che quella del capo officina non si riferisce ad un'opera autostradale rispettivamente quella che si riferirebbe ad un'opera autostradale non può essere presa in considerazione in quanto non è stata consegnata assieme all'offerta, il consorzio ricorrente deve essere escluso per carenza di idoneità;

che in data 5 giugno 2009 il consorzio aggiudicatario, da parte sua, ha inoltrato una sua presa di posizione chiedente il diniego della domanda di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso e il cui contenuto verrà trattato, se del caso, nei considerandi che seguono;

che con ordinanza del 18 giugno 2009 è stata trasmessa ai ricorrenti la risposta del 5 giugno 2009 dell'autorità aggiudicatrice con l'elenco degli atti così come la risposta di stessa data dell'aggiudicatario impartendo ai ricorrenti un breve termine per richiedere eventuali atti, rispettivamente all'aggiudicatario per eventualmente formulare sue opposizioni alla trasmissione ai ricorrenti dei documenti da 1 a 4 allegati alla sua risposta del 5 giugno 2009;

che con scritto del 22 giugno 2009 (istanza esame atti) i ricorrenti hanno chiesto la facoltà di esaminare gli atti di cui alla documentazione 1: Ustra 1.3; 1.12; 1.13; 1.14; 1.15; 1.17; 1.20; documentazione 3: consorzio B. _____ 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 3.5; i documenti prodotti dal consorzio B. _____ con la risposta del 5 giugno 2009: doc. 2, 3, 4 nonché tutte le comunicazioni interne (lettere, e-mail e notizie agli atti) suscettibili di dare maggiore contezza in merito alla valutazione delle referenze inoltrate dai ricorrenti e dell'aggiudicatario;

che con ordinanza del 25 giugno 2009 questo Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che, considerate le allegazioni ricorsuali e la risposta dell'autorità aggiudicatrice, la decisione sulla concessione dell'effetto sospensivo al gravame possa essere presa senza ulteriore scambio di scritti, rispettivamente prima del proseguimento dello scambio di scritti sulla questione dell'esame degli atti;

che senza essere stati esortati dalla scrivente autorità, in data 1° luglio 2009 i ricorrenti hanno spontaneamente trasmesso alla stessa delle osservazioni;

che con ordinanza del 2 luglio 2009 tali osservazioni dei ricorrenti sono state portate a conoscenza dell'autorità aggiudicatrice ed dell'aggiudicatario;

che con la stessa ordinanza il Tribunale amministrativo federale ha domandato all'autorità aggiudicatrice di voler indicare, da una parte, quali sono dal suo punto di vista, responsabilità, competenza e compiti del direttore tecnico nello svolgimento dell'appalto in narrativa e dall'altra parte è stata invitata a voler indicare, sulla base di così come risulta dal bando, perché si può partire in modo «palese» dal presupposto che ci si riferisce alla «sola carpenteria metallica» intesa come «struttura portante» e che essa «non può quindi essere allargata all'intera sovrastruttura della protezione fonica, e nemmeno alla carpenteria dei pannelli»;

che con scritto di risposta del 7 luglio 2009 l'autorità aggiudicatrice ha specificato le questioni sottopostegli osservando, tra l'altro, in merito alle mansioni del direttore tecnico, che è fondamentale che questa funzione sia rivestita da una persona che abbia già operato in un ambito autostradale di una certa importanza posto che la coordinazione dei lavori in una simile situazione di cantiere comporta una particolare organizzazione del lavoro che va dalla preparazione dei pezzi fino alla fase di montaggio, molto diverse da una carpenteria tradizionale; che in particolare, tutte queste operazioni devono adattarsi alla complessa situazione di conduzione del traffico, senza arrecarvi disturbo o pericolo;

che poi, per quel che concerne il contenuto della commessa, il committente ritiene che il punto 3.8 del bando deve essere letto alla luce del punto 2.5 relativo alla descrizione dettagliata del progetto, laddove nelle quantità principali dei materiali verrebbe distinto tra carpenteria

metallica ed il resto del materiale riferito ai pannelli, il che starebbe proprio a dimostrare che mediante il termine “carpenteria metallica” non si sarebbe inteso minimamente inglobare la sovrastruttura e la carpenteria dei pannelli;

che con ordinanza del 9 luglio 2009 il Tribunale amministrativo federale ha dato occasione ai ricorrenti ed all'aggiudicatario di esprimersi sulle risposte presentate dall'autorità aggiudicatrice il 7 luglio 2009;

che con scritto del 13 luglio 2009 i ricorrenti si sono espressi sulle risposte dell'autorità aggiudicatrice del 7 luglio 2009 riconfermandosi nella richiesta di concessione dell'effetto sospensivo e ribadendo da una parte che un criterio di idoneità dovrebbe essere formulato in modo chiaro ed inequivocabile e che per la sua interpretazione non si dovrebbe far ricorso ad elementi aggiuntivi deducibili per via induttiva da altri punti del bando sottolineando dall'altra che il direttore tecnico riassumerebbe in sé tutta l'esperienza e le conoscenze in materia di sicurezza stradale richieste dal committente;

che infine ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della presente decisione incidentale;

e considerato in diritto:

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

che la presente commessa soggiace alla Legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (LAPub; RS 172.056.1) ed il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sul presente ricorso;

che contro le decisioni del committente aventi come oggetto l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a in relazione con l'art. 27 cpv. 1 LAPub);

che il Tribunale amministrativo federale statuisce sulle richieste volte al conferimento dell'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub);

che la procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF);

che il Tribunale amministrativo federale rispettivamente, giusta l'art. 39 cpv. 1 LTAF, il giudice dell'istruzione deve statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo (cfr. messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001; FF 2001 3764 ss., pag. 3945);

che dai materiali non risulta che l'art. 39 cpv. 1 LTAF in qualità di lex specialis nei confronti dell'art. 55 cpv. 3 PA voglia escludere l'alternativa di una decisione da parte di un collegio giudicante (cfr. DTAF 2007/13 consid. 1.3.2 non pubblicato) e tanto meno si suppone che la decisione sull'effetto sospensivo con un collegio di tre giudici abbia come conseguenza un pregiudizio per chi è soggetto al diritto (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-7393/2008 del 14 gennaio 2009 con rimandi);

che considerata la notevole importanza della decisione concernente il conferimento dell'effetto sospensivo nell'ambito degli acquisti pubblici, in particolare quando è impugnata una decisione di aggiudicazione (art. 22 cpv. 1 LAPub; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER /ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Vol. 1, Zurigo/Basilea/Ginevra 2007, pag. 413; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Friborgo 2002, pag. 131), parte della dottrina e prassi riconoscono all'intero collegio giudicante la competenza di statuire su tale aspetto (DTAF 2007/13, consid. 1.3.2 non pubblicato, decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-743/2007 del 31 luglio 2007, consid. 1.4.2; cfr. MARTIN BEYELER in Baurecht 2/2007, pag. 86);

che dalle allegazioni suesposte si conclude che anche nel caso in esame è il collegio giudicante che ha da statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo;

che in materia di acquisti pubblici gli offerenti esclusi dall'aggiudicazione ovvero in casu i membri del consorzio ricorrente sono destinatari della decisione di aggiudicazione impugnata e ne sono direttamente toccati, per cui risulta pacifica la legittimazione a ricorrere contro la

stessa ai sensi dell'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13, consid. 1.4);

che i requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti, in particolare il ricorso e le conclusioni sono sufficientemente motivati (art. 52 PA); e che tutti gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti, in particolare l'anticipo delle spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) ed il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA);

che occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni processuali dei ricorrenti;

che 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 e che il Tribunale amministrativo federale può, su richiesta, accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub);

che il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso per legge l'effetto sospensivo al ricorso, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra ch'egli era consapevole della portata di questa disposizione nel diritto in materia di acquisti pubblici e che ha ritenuto necessario un esame individuale di suddetta questione, ma non significa ch'egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (DTAF 2007/13 consid. 2.1, decisione incidentale del 3 marzo 2009 B-504/2009, consid. 2.2 con rinvii a prassi e dottrina recente);

che oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo;

che la LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo;

che possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA;

che conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutività immediata sono più gravi di quelli che possono essere addotti per la soluzione opposta (DTF 129 II 288, consid. 3 con rinvii, DTF 117 V 191, consid. 2B con rinvii; Ulrich Häfelin/ Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines

Verwaltungsrecht, 5ª ed., Zurigo 2006, n. 1802 segg.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume II, 2ª ed., Berna 2002, pag. 680 segg.);

che nel caso in cui viene presentata una domanda volta a concedere l'effetto sospensivo al ricorso occorre, dapprima e sulla base degli atti a disposizione, esaminare, conformemente ad una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale, se il ricorso sia da considerare manifestamente infondato;

che nel caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve già essere respinta;

che qualora siano riconosciute possibilità di successo o permangano dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo sulla base della ponderazione di interessi;

che alla luce delle allegazioni suesposte e sulla base di una valutazione prima facie va dapprima accertata la situazione giuridica materiale;

che in materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere d'apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 litt. a e b PA) e che non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub);

che nel caso concreto il bando di concorso prevede che il direttore tecnico, il capo officina e il capo montatore devono vantare la referenza dell'esecuzione di almeno un'opera di carpenteria metallica relativa a delle protezioni foniche autostradali per un importo effettivo di almeno 1'000'000 di franchi;

che per il committente, il consorzio ricorrente non soddisferebbe i criteri di idoneità per adempiere i compiti della commessa in gara: la referenza della persona chiave “direttore tecnico” e la referenza della persona chiave “capo officina” non soddisfano quanto richiesto dal bando del concorso in merito ai criteri d'idoneità;

che, in altre parole, la questione litigiosa che attiene al direttore tecnico concernente la referenza relativa ai lavori di carpenteria è da intendere così come dal testo del bando; mentre che per quel che concerne il capo officina è invece litigiosa l'esclusione della referenza del pro-

getto autostrada A14 Adriatica nel tratto Ancona-Sud – Porto S. Elpidio lotto 6A dal km 229+973 al km 265+100 per un importo di fr. 1'350'000;

che in sostanza si tratta quindi di esaminare da una parte se la referenza proposta per il direttore tecnico riferita alla carpenteria metallica così come si potrebbe desumere dal testo del bando raggiunge il valore minimo richiesto e dall'altra parte se la referenza del capo officina relativa all'autostrada A14 Adriatica possa essere ammessa;

che l'autorità aggiudicatrice nel determinare i criteri di idoneità, nella scelta dei mezzi di prova da inoltrare nonché nella valutazione dei criteri gode di un ampio potere d'apprezzamento nel quale l'autorità di ricorso interviene soltanto nel caso di eccesso o abuso del potere di apprezzamento (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-7393/2008 del 14 gennaio 2009, consid. 3.2.2.2 con ulteriori rinvii);

che il committente ha ritenuto che l'oggetto di referenza del direttore tecnico non raggiunge la soglia di almeno un milione di franchi, in quanto il valore della sola carpenteria metallica dell'oggetto presentato come referenza è di soli 904'000 franchi;

che per il committente non vi sono dubbi che il testo del bando sia da intendersi riferito alla sola carpenteria portante e non possa estendersi all'intera sovrastruttura della protezione fonica né alla carpenteria dei pannelli;

che i ricorrenti da parte loro ritengono che per determinare se l'importo minimo di un milione di franchi è raggiunto, l'oggetto di referenza deve invece includere la carpenteria metallica portante, la carpenteria metallica dei pannelli ed i materiali fonoisolanti-fonoassorbenti, o comunque, in subordine, dovrebbe per lo meno comprendere la carpenteria metallica portante e la carpenteria metallica dei pannelli;

che va premesso che dal testo del bando di concorso risulta pacifico che deve trattarsi di “un'opera di carpenteria metallica”; che questa deve concernere “protezioni foniche autostradali”; che l'importo “effettivo” deve essere di “almeno” 1'000'000 di franchi;

che il testo stesso del bando di concorso non esige esplicitamente che per raggiungere il valore degli oggetti di referenza sia presa in consi-

derazione soltanto la carpenteria portante e che l'affermazione contraria, considerato il testo del bando di concorso, potrebbe essere verificata soltanto mediante un'interpretazione del relativo criterio di idoneità secondo il principio dell'affidamento (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER /ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Vol. 1, Zurigo/Basilea/Ginevra 2007, pag. 232, n. 534) e tenendo conto eventualmente delle conoscenze speciali nell'ambito delle costruzioni di opere di carpenteria metallica per protezioni foniche autostradali;

che l'interpretazione del testo del bando secondo il principio dell'affidamento, costituisce per sè una questione di diritto che deve essere esaminata con pieno potere di cognizione;

che nella sua formulazione il testo del bando non lascia dubbi che le condizioni devono intendersi soddisfatte da parte di tutte e tre le persone chiave cumulativamente; ovvero, che se anche solo una delle tre persone chiave non presenta una referenza che corrisponde a quanto richiesto, allora viene meno il rispetto di uno dei criteri di idoneità;

che innanzitutto le competenze del direttore tecnico, così come descritte dall'autorità aggiudicatrice, lasciano intravvedere un'ampia competenza progettuale, che va dall'organizzazione alla coordinazione dei lavori; dalla preparazione fino al montaggio dei pezzi e che tutte queste operazioni devono adattarsi alla complessa situazione del traffico senza arrecarvi disturbo o pericolo;

che da questo punto di vista non è irrealistico pensare che anche la referenza richiesta sia volta a dimostrare che la persona chiave sia stata in grado di gestire tutte le fasi di un progetto come quello in narrativa e non solo la parte relativa alla carpenteria metallica;

che considerato poi il testo del bando non si può desumere senza ombra di dubbio che la referenza si riferisse palesemente alla sola carpenteria portante ad esclusione quindi della soprastruttura e della carpenteria dei pannelli e dei pannelli stessi;

che non si può mettere in dubbio come la carpenteria metallica, intesa come struttura portante, costituisca certamente la parte più importante dell'opera;

che con la risposta sulla questione, in che misura sia corretto chiedere per le tre persone chiave con verosimili differenti funzioni all'interno del progetto, delle referenze di stesso valore senza invece differenziare in base alle loro specifiche mansioni, si rischia di intervenire a torto nell'ampio potere d'apprezzamento di cui gode l'autorità aggiudicatrice nella scelta e valutazione dei criteri di idoneità;

che la formulazione del testo del bando nei termini proposti dai ricorrenti nel loro scritto del 13 luglio 2009, e meglio: “il direttore tecnico, il capo officina ed il capo montatore devono avere la referenza dell'esecuzione di una protezione fonica autostradale, nella quale l'importo delle sole strutture metalliche portanti ammonti almeno ad un milione di franchi”, anche se avrebbe per lo meno avuto il pregio della chiarezza su cosa si richiedeva come referenza, prima facie non dimostra se e come il potere d'apprezzamento sia stato eseguito in modo eccessivo o abusivo;

che d'altra parte l'autorità aggiudicatrice non dimostra in modo convincente, se e in che misura per gli offerenti, partendo dal testo del bando - in buona fede - doveva essere chiaro che il limite di un milione può essere raggiunto soltanto rispettivamente unicamente con la carpenteria portante;

che comunque dalle allegazioni ricorsuali non viene sostanziato in che misura si può senz'altro concludere che la carpenteria metallica dei pannelli sia senza dubbio un tutt'uno con la carpenteria metallica portante;

che su questo punto le risposte date dall'autorità aggiudicatrice sull'ovvietà della formulazione del bando dal quale si debba in modo assoluto e palese intendere che ci si riferisce alla carpenteria metallica della sola struttura portante non sono esaurienti e convincenti;

che considerati tutti questi aspetti, segnatamente la descrizione stessa nel bando del relativo criterio di idoneità nonché l'intera descrizione nel bando del progetto così come la circostanza che il bando esige lo stesso criterio sia per il capoufficio, il capomontatore ed il capotecnico, si può giungere alla conclusione che non è escluso considerare oltre alla carpenteria portante anche ulteriori elementi della costruzione metallica; anche se, da un punto di visto prettamente tecnico-professionale potrebbe risultare evidente considerare soltanto la struttura metallica portante;

che le allegazioni delle parti in questo contesto non sono esaurienti né convincenti;

che nell'ambito dell'esame prima facie è da decidere se il ricorso sia manifestamente infondato e che le previsioni sull'esito nel merito del processo possono essere considerate, come sopra menzionato, solamente se sono univoche;

che, in altre parole, non è manifestamente escluso ritenere che, per determinare se il valore minimo dell'oggetto di referenza sia raggiunto, non ci si debba limitare alla sola carpenteria metallica portante, indipendentemente dalla possibilità che il pubblico del relativo ramo tecnico professionale potrebbe giungere ad un risultato diverso;

che pure il motivo addotto dai ricorrenti secondo cui per la determinazione dell'importo bisognerebbe tenere in debito conto anche l'importo dell'IVA, non convince e lascia aperti dei dubbi sull'osservanza del principio di parità;

che a tal riguardo va osservato che giusta la LAPub una commessa pubblica viene messa in appalto unicamente se il valore stimato raggiunge un determinato valore soglia, IVA esclusa (art. 6 cpv. 1 LAPub);

che tale disposizione potrebbe costituire di per sé già un indizio da cui poter dedurre che l'importo dell'oggetto di referenza sia da considerare con l'IVA esclusa;

che considerare differenti percentuali di IVA a seconda del paese in cui è stata effettuata l'opera, porterebbe ad un risultato insoddisfacente da un punto di vista della garanzia della parità di trattamento degli offerenti (cfr. art. 1 cpv. 2 LAPub) rispettivamente da un punto di vista della parità di trattamento tra gli offerenti svizzeri ed esteri (art. 8 cpv. 1 litt. a LAPub);

che su questo punto quindi, da un esame prima facie, rimangono per lo meno dei dubbi se il ricorso sarebbe da ritenere manifestamente infondato;

che per quanto concerne l'idoneità tecnica del capo officina i ricorrenti hanno menzionato inizialmente la costruzione della carpenteria metallica dello stadio del Letzigrund volendo fare riferimento ad un'edificazione contraddistinta, secondo i ricorrenti, di indiscutibili difficoltà stati-

che e costruttive di grand lunga superiore alla difficoltà delle opere di protezione fonica;

che con scritto del 3 marzo 2009 l'autorità aggiudicatrice ha chiesto di voler inoltrare entro cinque giorni la referenza per le persone chiave indicate nell'offerta, specificando, tra l'altro, l'oggetto della referenza con breve descrizione dell'esecuzione della parte dell'opera concernente le protezioni foniche autostradali;

che per rimanere in ambito autostradale i ricorrenti hanno quindi indicato come oggetto della referenza la carpenteria metallica per la protezione fonica da installare lungo l'autostrada A14 Adriatica nel tratto Ancona-Sud – Porto S. Elpidio lotto 6A dal km 229+973 al km 265+100 per un importo di fr. 1'350'000;

che i motivi allegati dall'autorità aggiudicatrice per esigere che la referenza si riferisse esclusivamente ad opere di protezione fonica su autostrada corrispondono al testo del bando e sono stati sufficientemente esposti e sostanziati dall'autorità aggiudicatrice in quanto un cantiere autostradale richiede una certa specializzazione e le condizioni di lavoro sono restrittive;

che non attenendo ad un'opera di carpenteria metallica per protezioni foniche autostradali, la referenza presentata per il capo officina relativa allo stadio del Letzigrund è quindi stata esclusa da parte del committente;

che hanno pure scartato la referenza relativa all'autostrada A14 Adriatica nel tratto Ancona-Sud – Porto S. Elpidio lotto 6A dal km 229+973 al km 265+100 per un importo di fr. 1'350'000;

che per quest'ultimo oggetto l'autorità aggiudicatrice ha ritenuto trattarsi di un'illecita modifica dell'offerta;

che secondo lei, per principio, i criteri di idoneità devono essere soddisfatti al momento della scadenza del termine per l'inoltro delle offerte e che di conseguenza un'offerta nella quale mancano tutti o parte dei mezzi di prova inerenti i criteri di idoneità richiesti deve in principio essere esclusa, cosicché – sempre secondo l'autorità aggiudicatrice - un oggetto di referenza non può essere inoltrato nell'ambito di una richiesta volta a completare e precisare gli oggetti di referenza indicati precedentemente con l'offerta;

che nel caso specifico può restare aperta la questione a sapere se l'inoltro della referenza relativa all'autostrada A14 Adriatica costituisca una modifica dell'offerta;

che, visto il contenuto della richiesta dell'autorità aggiudicatrice ai ricorrenti a voler inoltrare la referenza della persona chiave specificando “l'oggetto della referenza con breve descrizione della parte dell'opera concernente le protezioni foniche autostradali eseguite dalla persona chiave”, lo scritto del 3 marzo 2009 lascia dubbi circa l'osservanza delle esigenze menzionate dall'autorità aggiudicatrice stessa;

che la presente fattispecie si differisce quindi essenzialmente da quella descritta dall'autorità aggiudicatrice, se non altro per il fatto che è proprio a seguito dello scritto del 3 marzo 2009 che i ricorrenti specificano la referenza del capo officina relativa a “protezioni foniche autostradali”;

che stando così le cose, pure su questo punto, da un esame prima facie, il Tribunale amministrativo federale riconosce che il ricorso non sarebbe privo di possibilità di successo e quindi non manifestamente infondato;

che per la terza persona chiave, il capo montatore, non è contestato che soddisfi le condizioni poste dal bando;

che se il ricorso non sembra sfociare a prima vista in un esito sfavorevole, per la richiesta dell'effetto sospensivo occorre procedere ad una ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco;

che conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo federale (cfr. DTAF 2008/7, consid. 3.2-3.4; DTAF 2007/13, consid. 2.2), nell'esame della ponderazione sono da includere gli interessi dei ricorrenti a mantenere la possibilità dell'aggiudicazione, mentre nel contempo sussiste un importante interesse pubblico a concedere una protezione giuridica efficiente (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 2.2);

che ad essi sono contrapposti gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice;

che nel messaggio del Consiglio federale concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uru-

guay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 [in seguito: Messaggio 2 GATT] è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165);

che allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7, consid. 3.3 con rinvii);

che conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa;

che anche tenuto conto degli obiettivi dell'art. XX par. 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.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2 con rinvii);

che le previsioni sull'esito del processo per quanto concerne il merito possono essere considerate solamente se univoche (cfr. sentenza del Tribunale federale 2A.438/2004 del 1° dicembre 2004, consid. 2.2, con ulteriori rinvii);

che da una parte, come dimostrato, esistono almeno dei dubbi se il ricorso sia da considerare manifestamente infondato, e che dall'altra parte non si potrebbe partire dalla situazione secondo cui le previsioni sull'esito siano da considerare univoche;

che è quindi alle luce di questi principi giurisprudenziali che va esaminato se i motivi a favore di un'esecutività immediata della decisione sono preponderanti rispetto a quelli a favore di una soluzione contraria;

che in casu l'autorità aggiudicatrice si oppone alla concessione dell'effetto sospensivo invocando l'urgenza che deriva da un interesse pub-

blico preponderante alla conclusione immediata del contratto ed ad un'esecuzione immediata della commessa;

che essa individua innanzitutto nell'esercizio e nella sicurezza autostradale la parte più difficoltosa del progetto e che per questo è stata pianificata la gestione del traffico in tre principali fasi che prevedono una fase 1: costruzione completa delle opere in corsia nord-sud tra aprile e fino all'inizio dell'inverno; una fase 2: costruzione completa delle opere sulla corsia sud-nord tra la primavera e l'estate 2010; una fase 3: costruzione completa della parte centrale e della pavimentazione fonoassorbente tra l'autunno 2010 e l'estate 2011;

che poi, qualora si dovesse concedere l'effetto sospensivo al gravame, non si potrebbe disporre delle opere di metalcostruzione ed il cantiere relativo alla fase 1 non potrebbe essere completato o comunque le fasi dovrebbero essere ripensate, senza escludere che si dovrebbe riproporre un nuovo cantiere;

che tutto il progetto sarebbe inoltre strettamente legato anche alla sicurezza autostradale visto anche il forte carico di traffico sul tratto di strada in questione;

che, sempre secondo il committente, occorrerebbe inoltre collocare il progetto in disamina nel quadro di una più ampia pianificazione dei lavori autostradali sul territorio e che un prolungamento dei tempi operativi a Bissone influirebbe negativamente sulla pianificazione dei cantieri previsti in altre zone;

che quand'anche difficili da quantificare, vi sarebbero anche delle conseguenze finanziarie sia dirette che indirette, che una mancata esecuzione immediata della presente commessa potrebbe generare, in particolare dovute a: nuove fasi di cantiere con relativa posa di segnaletica provvisoria; mancato rispetto del programma di lavori multidisciplinare con conseguente caduta dei tempi cardine vincolati dai malus; costi supplementari di gestione del cantiere; maggiori lavori di manutenzione per le stagioni invernali a seguito del prolungarsi dei tempi operativi; rivalse delle imprese già operanti sul cantiere per le nuove condizioni operative; aggiornamento dei contratti per le attività tecniche, di direzione lavori e di supporto al committente, in considerazione dei nuovi tempi tecnici; nuova coordinazione con le FFS per le opere a confine con la linea ferroviaria; nuova coordinazione per lo spostamento del tracciato di media tensione; nuova campagna di sensibilizzazione della

popolazione per permettere il consenso sui nuovi tempi operativi; potenziamento dei controlli ambientali per il maggior periodo operativo; estensione dei disagi sull'asse autostradale con effetto negativo sull'economia e sul turismo del cantone; dilatazione dei tempi di occupazione dell'unico posteggio a gestione comunale in entrata a Bissone, attualmente occupato dal cantiere, con evidenti danni per il comune, che ha una notevole impostazione turistica;

che i ricorrenti da parte loro contestano: che in caso di ritardo sarebbe necessario adottare nuovamente il sistema con scambio di carreggiata; che la pianificazione dei lavori autostradali sul territorio ticinese genericamente addotta dall'autorità aggiudicatrice possa in qualche modo essere considerata nella ponderazione degli interessi; che i costi riconducibili alla mancata immediata esecuzione dei lavori sarebbero importanti; che i lunghi tempi occorsi per la definizione degli isolamenti fonici starebbero proprio a dimostrare che tale intervento atteso da anni non può essere ritenuto urgente; che in ogni caso l'asserita urgenza è esclusivamente imputabile alla pianificazione dell'autorità aggiudicatrice;

che in altre parole per la conclusione del contratto, secondo i ricorrenti, non vi sarebbe né urgenza legata alla gestione del traffico, né l'urgenza della posa di protezioni foniche, né vi sarebbero conseguenze finanziarie dovute ad un eventuale ritardo;

che in particolare, se da una parte, le contestazioni e le riserve formulate dai ricorrenti circa l'urgenza legata alla gestione del traffico e ad una coordinazione della pianificazione dei lavori con altri operatori, così come l'urgenza legata ai problemi di inquinamento fonico, nonché le presumibili conseguenze finanziarie, seppure esposte in modo sommario dal committente, non vengono sufficientemente sostanziate dai ricorrenti nella misura in cui non vengono esposti convincentemente dal loro punto di vista i motivi per i quali il loro interesse privato degno di protezione, sarebbe preponderante rispetto a quello del committente; d'altra parte non viene tanto meno esposto quali sarebbero i loro presunti interessi a vedersi concesso l'effetto sospensivo al gravame, limitandosi a sostenere l'interesse pubblico volto ad un uso parsimonioso dei fondi pubblici rispettivamente l'interesse pubblico teso alla corretta applicazione del diritto oggettivo, senza concretizzare l'importanza preponderante degli effetti che per loro avrebbe la concessione di una protezione giuridica primaria rispettivamente illimitata;

che nel caso specifico, quand'anche spetti all'autorità aggiudicatrice tenere conto in maniera ragionevole dell'ipotesi di un'impugnativa nella pianificazione dell'attribuzione delle commesse pubbliche e di non creare lei stessa delle situazioni di urgenza che renderebbero illusoria qualsiasi domanda di concessione dell'effetto sospensivo e che l'urgenza non può essere validamente addotta qualora risulti dalla sola pianificazione temporale scelta dal committente (GAAC 61.77, consid. 3d; GAAC 61.76, consid. 3e), vista la situazione particolare legata ad un ambiente di lavoro che comporta difficoltà e specificità proprie, dove la sicurezza dei lavoratori si intreccia direttamente con la sicurezza degli utenti dell'autostrada, in particolare le esigenze del traffico interno e turistico, le condizioni climatiche in rapporto alle stagioni, dove nel caso specifico va pure considerato il coordinamento fra diverse opere, l'interdipendenza tra funzionalità e sicurezza, rendono la rapidità dell'intervento a prima vista un fattore prioritario;

che sulla base delle considerazioni che precedono, da una esame prima facie, si può concludere che l'interesse pubblico ad un'esecuzione il più possibile rapida della decisione d'aggiudicazione, il cui procrastinarsi potrebbe comportare dei disagi a livello di funzionalità e sicurezza, è preponderante sull'interesse privato del ricorrente;

che di conseguenza la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta;

che la decisione incidentale sull'effetto sospensivo poggia in sostanza sul ricorso e sulle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice concernenti le conclusioni procedurali sull'effetto sospensivo;

che la valutazione delle motivazioni e delle censure portate nel gravame è stata possibile sulla base dei documenti che sono stati allegati al ricorso, le osservazioni dell'autorità aggiudicatrice e dell'aggiudicatario circa il contenuto dell'oggetto della commessa;

che la questione a sapere se e quali ulteriori atti si rivelano determinanti in vista della decisione nel merito della causa, rispettivamente quali altri atti che l'autorità aggiudicatrice ha definito confidenziali possono accedere all'esame degli atti dei ricorrenti, dovrà essere giudicata se del caso nell'ambito di ulteriori misure di istruzione nella causa principale;

che con questa decisione incidentale sull'effetto sospensivo, la decisione in via superprovvisionale del 22 maggio 2009 perde automaticamente i suoi effetti;

che le spese processuali derivanti dalla presente decisione verranno considerate con la decisione finale (art. 65 cpv. 1 PA);

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Un esemplare delle osservazioni dei ricorrenti di data 13 luglio 2009 è trasmesso all'autorità aggiudicatrice ed all'aggiudicatario per conoscenza.

2.
La domanda di esame di ulteriori atti verrà, se del caso, trattata nell'ambito della procedura principale, dopo la crescita in giudicato della cifra 3 di questa decisione incidentale.

3.
La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta.

4.
Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.

5.
Comunicazione a:

- ricorrenti (raccomandata con avviso di ricevimento)
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. FUSC N. _____ del M. _____; raccomandata con avviso di ricevimento, allegato come da cifra 1);
- aggiudicatario (raccomandata, allegato come da cifra 1).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il Presidente del collegio: Il Cancelliere:

Francesco Brentani Daniele Cattaneo

Rimedi giuridici:

La presente decisione incidentale può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale della decisione (art. 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]), se essa può causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 10 agosto 2009