Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Corte II
B-8563/2010

Sentenza del 15 febbraio 2011

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Hans Urech, Maria Amgwerd,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio A._____, composto da:
1. **X._____,**
2. **Y._____**,
3. **Z._____**,
tutti patrocinati dall'avv. Filippo Solari, via G. B. Pioda 5, casella postale 6385, 6901 Lugano,
ricorrenti,

contro

Ufficio delle strade USTRA, Mühlestrasse 2, 3003 Berna,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi,
Studio legale avv. Luigi Mattei, Via Dogana 2,
6500 Bellinzona
autorità aggiudicatrice

Oggetto

Procedura pubblica dell'8 luglio 2010 / Progetto 070077 "N2 EP 19 Melide-Gentilino, Lotto 40, demolizione soletta intermedia".

Fatti:

A.

A.a Con pubblicazione sul SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; N. di notificazione 513395) dell'8 luglio 2010 l'Ufficio federale delle strade USTRA (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto un pubblico concorso di una commessa edile secondo la procedura libera avente come oggetto l'esecuzione della demolizione della soletta intermedia all'interno della Galleria Melide-Grancia, denominato "N2 EP19 Galleria Melide-Grancia, Lotto 40, demolizione soletta intermedia". Conformemente al punto 2.5 del bando di concorso, il progetto consiste nella demolizione intermedia delle canne N-S e S-N con la tecnica del taglio per mezzo di lame diamantate e nella suddivisione dell'intera soletta, che si sviluppa per l'intera lunghezza della galleria, in piccole porzioni tali da poter essere rimosse per intero e trasportate all'esterno delle canne. La superficie di taglio totale corrisponde circa a 3912 m^2, mentre il peso totale dei blocchi da rimuovere circa 14200 t. Le opere del presente appalto (Lotto 40) concernono unicamente la demolizione della soletta intermedia e dei sette divisori verticali per entrambe le canne, compresa la demolizione della soletta alveolare nella canna nord-sud (punto 2.6 del bando). Il bando prevedeva espressamente l'ammissibilità di varianti tecniche, ma non di varianti finanziarie, precisando che le eventuali varianti tecniche devono rispettare le condizioni quadro contenute nei documenti del bando (punto 2.8 del bando). Offerte parziali non erano ammesse (punto 2.9 del bando).

A.b Nel termine prestabilito dal bando per presentare le offerte (20 settembre 2010, cfr. punto 3.10 del bando), all'autorità aggiudicatrice sono pervenute tre offerte da parte di tre offerenti. Tra di esse si trovano l'offerta del Consorzio A._____, composto da X._____, Y._____ e Z._____ (di seguito: ricorrenti o consorzio ricorrente), per fr. 4'510'905.85 (variante fr. 3'156'540.-) e l'offerta del Consorzio Risanamento Galleria Melide-Grancia per fr. 4'757'322.80.

A.c Con decisione del 17 novembre 2010, sottoscritta dai responsabili USTRA il 17 e 18 novembre 2010, l'autorità aggiudicatrice ha formalmente aggiudicato la commessa in narrativa al Consorzio B._____ al prezzo di fr. 4'757'322.78, IVA inclusa. La decisione di aggiudicazione è stata parimenti pubblicata sul SIMAP del 22 novembre 2010 (N. di notificazione 563875). Alla cifra 3.3 della medesima emerge che, in base al rapporto di valutazione, il consorzio menzionato ha presentato l'offerta più favorevole dal profilo economico, avendo ottenuto il punteggio più alto nella valutazione dei criteri di aggiudicazione.

Con scritto del 22 novembre 2010 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato ai ricorrenti che la loro offerta è stata esclusa dalla procedura. A motivo dell'esclusione il committente ha addotto che il consorzio non avrebbe superato l'esame formale poiché alcune posizioni del capitolato, pur essendo parte integrante dell'elenco prezzi, sono state escluse dall'importo totale dei lavori e offerte come opzionali. Allo stesso modo l'autorità aggiudicatrice ha comunicato di aver assegnato l'aggiudicazione al Consorzio B._____ (di seguito: aggiudicataria o consorzio aggiudicatario) al prezzo di fr. 4'757'322.80 (IVA inclusa).

B.

B.a Contro la decisione del 22 novembre 2010 i ricorrenti, patrocinati dall'avv. Filippo Solari, sono insorti con ricorso del 13 dicembre 2010 (data d'entrata 14 dicembre 2010) dinanzi allo scrivente Tribunale amministrativo federale (TAF), chiedendo il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, nonché l'accoglimento del ricorso e di conseguenza l'annullamento della decisione impugnata ed il rinvio della pratica all'autorità aggiudicatrice affinché proceda ad una nuova aggiudicazione includendo fra le offerte valide anche quella dei ricorrenti, protestate spese e ripetibili.

B.b In primo luogo i ricorrenti intravedono un'irregolarità formale nella circostanza che, a loro avviso, la comunicazione dell'autorità aggiudicatrice a loro indirizzata non adempirebbe i requisiti di una decisione amministrativa, omettendo di indicare i rimedi giuridici. I ricorrenti criticano che l'autorità aggiudicatrice non abbia loro notificato una decisione individuale, malgrado sia stato loro possibile fare capo alla pubblicazione sul SIMAP.

B.c In secondo luogo i ricorrenti non concordano con la motivazione dell'autorità aggiudicatrice secondo cui la loro offerta non avrebbe compreso nel prezzo posizioni essenziali e richieste dal capitolato d'oneri. Essi indicano che le posizioni per le quali non era indicato un prezzo appaiono al n. 132 620.000 "trasporto intermedio dei pezzi asportati dal posto di lavoro al deposito di cantiere o nella benna messa a disposizione da parte del committente", nonché alle relative sottoposizioni. I ricorrenti rimandano a tale riguardo al capitolo 4 della loro offerta "concetto di gestione della qualità" dove è precisato che il trasporto degli elementi deve avvenire direttamente al centro di riciclaggio e non essere accatastato temporaneamente nell'area messa a disposizione dal committente, per poi essere di nuovo caricato e trasportato. A mente dei ricorrenti la posizione che il committente ritiene omessa era semplicemente compresa in quella successiva di trasporto al deposito finale. Essi sottolineano che, invece di organizzare un primo trasporto fino al deposito intermedio per scaricare il materiale ed in seguito nuovamente ricaricarlo per il trasporto al deposito finale, i mezzi carichi raggiungevano direttamente la destinazione ultima senza eseguire un'operazione di scarico superflua. I ricorrenti fanno presente che il deposito finale sarebbe stato quello di una delle tre consorziate, la quale avrebbe potuto disporne senza caricare il traffico in una zona già congestionata. Essi sono dell'avviso che l'opzione offerta era chiaramente più efficace di quella prevista dal capitolato ed in termini qualitativi consentiva di ottenere benefici sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, delle modalità d'esecuzione e dei costi ambientali. A detta dei ricorrenti, la motivazione dell'autorità aggiudicatrice in riferimento all'esclusione della loro offerta è errata per due ragioni. Da una parte, le posizioni non sono state conteggiate perché risultavano superflue nel concetto dei ricorrenti. Dall'altra non corrisponde al vero né che le posizioni sono state escluse dall'importo totale dei lavori, se l'autorità aggiudicatrice con tale allegazione vuole intendere che il prezzo offerto non corrisponde all'importo totale dei lavori, né che tali posizioni sono state offerte a titolo d'opzione. Per i ricorrenti è dunque chiaro che l'autorità aggiudicatrice non ha tenuto conto di questi argomenti e che l'esclusione della loro offerta viola l'art. 19 cpv. 3 LAPub, essendo basata su motivi inconsistenti e non essendo in presenza di lacune formali rilevanti. Essi concludono che considerato che giusta l'art. 19 cpv. 3 LAPub le offerte devono essere escluse di fronte a lacune formali rilevanti, allora l'esclusione avrebbe dovuto essere loro comunicata prima dell'aggiudicazione.

B.d Inoltre i ricorrenti lamentano che l'autorità aggiudicatrice abbia completamente trascurato di considerare la variante dell'offerta, in quanto al punto 2.8 del bando di concorso era consentita la presentazione di varianti tecniche e perciò non comprendono la ragione per la quale la decisione d'aggiudicazione taccia in modo assoluto a tale riguardo. Essi fanno valere una violazione dell'art. 35 cpv. 1 PA, dato che secondo loro l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto motivare come mai non era stata considerata o doveva essere esclusa una variante conforme al bando di concorso.

B.e Quo alla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, i ricorrenti ritengono che non si può affermare che il ricorso sia da considerare certamente infondato. A loro dire già solo l'evidente errore in cui è incorsa l'autorità aggiudicatrice nel recepire i contenuti dell'offerta, nonché l'assenza di un accenno alla variante nella motivazione della stessa autorità permettono di considerare almeno incerto l'esito della procedura.

C.

Con decisione del 14 dicembre 2010 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisionale, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicatario.

D.

D.a Con risposta del 3 gennaio 2010 l'autorità aggiudicatrice propone in via preliminare e in via principale che sia accertata la crescita in giudicato della decisione di aggiudicazione del 22 novembre 2010 dell'USTRA con la quale veniva aggiudicata la commessa "N2 EP 19 Melide-Gentilino, Lotto 40, demolizione soletta intermedia" al consorzio aggiudicatario, e che si dichiari priva d'oggetto la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, protestate tasse, spese e ripetibili. In via cautelare e via subordinata il committente chiede che sia negata ai ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti, così come la facoltà di replicare e che sia respinta l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, protestate tasse, spese e ripetibili. Nel merito ed in tutti i casi l'autorità aggiudicatrice postula che venga negata ai ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti e che il ricorso venga integralmente respinto, protestate tasse, spese e ripetibili.

D.b A titolo preliminare il committente osserva come i ricorrenti si siano limitati ad impugnare la decisione del 22 novembre 2010 che li ha esclusi dalla commessa in oggetto, omettendo invece di impugnare in maniera espressa ed esplicita anche la decisione di aggiudicazione al consorzio aggiudicatario. Considerato che, secondo consolidata giurisprudenza, per essere abilitati a contestare la decisione di delibera i concorrenti esclusi devono preventivamente impugnare con successo la decisione che li estromette dalla gara, il committente ne deriva che la decisione di aggiudicazione non impugnata né dai ricorrenti né da altri concorrenti è cresciuta in giudicato. Di conseguenza l'autorità aggiudicatrice ritiene che la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo non ha ragione di essere, in quanto neppure in caso di

successo del presente gravame i ricorrenti potrebbero comunque impugnare la decisione di aggiudicazione, dato che avrebbero dovuto farlo espressamente con il presente gravame.

Secondo l'avviso del committente é pacifico che lo scritto del 22 novembre 2010 contenente la comunicazione dell'esclusione dal concorso dei ricorrenti possa essere considerato una decisione impugnabile ai sensi combinati dell'art. 29 lett. d LAPub e art. 5 PA.

L'autorità aggiudicatrice fa osservare che l'art. 23 LAPub costituisce una lex specialis in rapporto agli art. 35 e 36 PA, sottolineando che secondo l'art. 23 LAPub il committente notifica le decisioni motivate sommariamente e, su richiesta, è tenuto a comunicare le informazioni di cui all'art. 23 cpv. 1 lett. a-e LAPub. A detta dell'autorità aggiudicatrice i ricorrenti non avrebbero mai interpellato l'autorità aggiudicatrice per chiedere delucidazioni sui motivi della loro esclusione. Tuttavia, la motivazione alla base della decisione impugnata avrebbe permesso ai ricorrenti di comprendere le ragioni della loro esclusione e di impugnare tale decisione. Nella denegata ipotesi che si ammettesse una carenza di motivazione, il committente è del parere che la stessa verrebbe comunque sanata nell'ambito della presente procedura.

D.c L'autorità aggiudicatrice indica che nel caso in esame i ricorrenti non hanno compilato diverse posizioni essenziali del capitolato, mettendo il relativo importo tra parentesi, senza però conteggiarlo nella somma finale. Ciò riguarderebbe le posizioni 132.221.124, 132.311.111, 132.311.127, 132.311.136, 132.321.101, 132.321.102, 132.321.107, 132.321.191, 132.321.193, 132.611.401, 132.691.001, 132.711.901 e 132.719.101. Per questo motivo il committente conclude che l'offerta base dei ricorrenti deve essere ritenuta come parziale, mentre la possibilità di inoltrare offerte parziali era espressamente esclusa al punto 2.9 del bando. Per il committente l'offerta base dei ricorrenti corrisponde ad una variante ai sensi dell'art. 22a cpv. 2 OAPub, nella misura in cui è proposta una soluzione diversa rispetto a quanto previsto nel bando di concorso. L'autorità aggiudicatrice spiega che siccome i ricorrenti non avevano presentato alcuna offerta base valida, la variante inerente l'esecuzione del lavoro con cesoie idrauliche non ha potuto a giusta ragione essere presa in considerazione.

D.d Il committente aggiunge a titolo abbondanziale che l'offerta dei ricorrenti non adempiva neppure ai requisiti di idoneità di cui all'art. 9 LAPub. A suo avviso, le referenze del personale chiave come richiesto dalla documentazione di gara non adempiono evidentemente alle esigenze del bando, nella misura in cui né il Direttore tecnico, né il Capo cantiere avrebbero svolto negli ultimi dieci anni progetti paragonabili al compito previsto nel presente appalto. I ricorrenti non avrebbero esperienza in demolizioni di strutture portanti in calcestruzzo armato in ambito di gallerie stradali o ferroviarie in esercizio, ma solo di montaggio e smontaggio di lastre laterali di rivestimento, che non possono certo essere paragonate ad un elemento portante in calcestruzzo armato quale la soletta intermedia di una galleria.

D.e Il committente fa notare che le considerazioni sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo hanno carattere meramente abbondanziale, nella denegata ipotesi che non si dovesse ritenere cresciuta in giudicato la decisione di aggiudicazione.

A mente del committente da un esame prima facie della situazione giuridica materiale, emerge chiaramente che l'esclusione dei ricorrenti è stata effettuata a giusto titolo, non avendo gli stessi presentato un'offerta valida e non adempiendo ai criteri di idoneità prescritti e voluti dal bando di concorso ed accettati dai medesimi ricorrenti. Il committente conclude che il ricorso è quindi manifestamente infondato. Nella denegata ipotesi che il Tribunale sia di altro avviso, ella osserva che nel caso di specie l'interesse pubblico ad un'esecuzione immediata della commessa è manifestamente preponderante, essendo l'inizio dei lavori previsto per il 28 febbraio 2011 e considerata la necessità di coordinazione con altri lotti aggiudicati nell'ambito del medesimo oggetto. Per il committente attendere l'esito della procedura di merito avrebbe come conseguenza di ritardare la fine dei lavori, aumentando i rischi per le persone che lavorano sul cantiere e degli utenti dell'autostrada, in quanto l'obiettivo dei lavori in oggetto consisterebbe di adeguare la galleria alle norme di sicurezza vigenti, in particolare in caso d'incendio. Il committente conclude che la rapidità d'intervento è in sostanza un fattore prioritario, dovendo intervenire su un tratto autostradale molto trafficato e dunque un aspetto preponderante sull'interesse privato dei ricorrenti, i quali si limiterebbero a sostenere in modo generico un interesse a non rendere illusorio gli effetti del ricorso, commettendo in questo modo una carenza di motivazione.

D.f Il committente ritiene che nel presente caso non è necessario ordinare un ulteriore scambio di scritti e concedere ai ricorrenti la facoltà di replicare.

E.
Con ordinanza del 7 gennaio 2011 lo scrivente Tribunale ha dato occasione ai ricorrenti di esprimersi in particolare sulle tematiche relative ai criteri di idoneità e sulle allegazioni dell'autorità aggiudicatrice su cui non avevano ancora potuto prendere posizione in base agli atti finora in loro possesso, trasmettendo in copia il rapporto di valutazione interno da pagina 1 a 11 (compresi i relativi allegati n. 1, 2 e 3) conformemente alle modalità richieste dell'autorità aggiudicatrice nelle sue osservazioni.

F.
Con scritto dei ricorrenti denominato "replica" del 14 gennaio 2010 i ricorrenti confermano le conclusioni ricorsuali e sostengono che l'esclusione della loro offerta non era legittima e viola il diritto federale.

F.a A complemento della motivazione i ricorrenti adducono che vi è una discrepanza tra la motivazione comunicata nella decisione impugnata e quella sostenuta dal committente nelle osservazioni. A loro dire, le posizioni specificate dall'autorità aggiudicatrice nelle osservazioni non sono identiche a quelle che i ricorrenti avevano potuto individuare in base alla decisione impugnata. Quest'ultima spiegazione dell'autorità aggiudicatrice divergerebbe da quella originale secondo cui determinati lavori erano considerati offerti soltanto in opzione. I ricorrenti ribadiscono che la loro offerta era completa secondo il dispositivo fornito dal committente e non parziale. Per variante essi non intendono l'offerta principale, ma la loro seconda proposta, alternativa e ridotta e rimproverano al committente di non aver spiegato nella decisione impugnata i motivi per cui tale opzione non sia stata esaminata. I ricorrenti contestano la motivazione del

committente contenuta nelle osservazioni, in quanto parte secondo loro dal presupposto di fatto errato che essi abbiano volutamente omesso talune posizioni, mentre in realtà tale omissione é da attribuire al software fornito dal committente per compilare l'offerta, il quale avrebbe obbligato i ricorrenti a redigere l'offerta in quel modo, in quanto era impossibile modificare le cifre, togliere le parentesi e rendere addizionabili le somme.

F.b I ricorrenti lamentano che i criteri di idoneità non sono stati menzionati nella decisione impugnata, il che dimostrerebbe come tale argomento non sia determinante. A loro avviso, le obiezioni sollevate dal committente circa la mancanza di idoneità del direttore tecnico e del capo cantiere sono immotivate.

F.c Infine i ricorrenti criticano la limitata consultazione degli atti, la quale non permetterebbe loro una completa disamina della documentazione e di avere una panoramica esauriente della fattispecie.

G.
Senza che fosse esplicitamente invitata a farlo, con scritto del 4 febbraio 2011 l'autorità aggiudicatrice ha preso puntualmente posizione sullo scritto dei ricorrenti del 14 gennaio 2011.

H.
Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della presente decisione incidentale.

Diritto:

1.

1.1. 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; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

1.2. Dapprima occorre esaminare se la presente commessa rientra nel campo d'applicazione della LAPub e se lo scrivente Tribunale è competente per statuire sulla presente vertenza. Allegazioni corrispondenti da parte dell'autorità inferiore, sia sull'applicazione della LAPub che sul valore soglia della commessa, sono scarse o mancano, per cui lo scrivente Tribunale si trova di fronte alla scelta di fare chiarimenti supplementari, che richiedono a loro volta un ulteriore dispendio di tempo, oppure di verificare l'applicabilità della LAPub sulla base di evidenti supposizioni.

La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT; RS 0.632.231.422; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). L'USTRA è un Ufficio dell'amministrazione generale della Confederazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub (cfr. anche art. 10 dell'ordinanza del 6 dicembre 1999 sull'organizzazione del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni, Org-DATEC; RS 172.217.1) e figura espressamente nella lista degli enti appaltanti depositata dalla Svizzera di cui all'annesso 1 dell'appendice I GATT.

Conformemente all'art. 5 cpv. 1 lett. c la LAPub è tra l'altro applicabile a procedure di aggiudicazione concernenti commesse edili, ossia il contratto tra il committente e un offerente riguardo l'esecuzione di lavori edilizi o del genio civile conformemente al numero 51 della classificazione centrale dei prodotti (elenco CPC) che figura nell'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT. La lista delle prestazioni edili menzionate all'allegato 1 appendice 5 dell'Accordo GATT è stata ripresa nell'allegato 2 dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 (OAPub; RS 172.056.11; cfr. art. 1 cpv. 1 lett. a e art. 5 cpv. 1 lett. c LAPub, nonché art. 3 cpv. 3 OAPub). Detta lista si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti ("Central Product Classification", CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991). Occorre fare riferimento alla classificazione CPC per verificare la portata di ogni tipo di prestazione edile assoggettata (decisione incidentale del TAF del 29 giugno 2009 B-2562/2009, consid. 1.2 con ulteriori rinvii). Nel caso di specie la commessa litigiosa concerne l'esecuzione della demolizione della soletta intermedia delle canne N-S e S-N nella galleria Melide-Grancia, presumibilmente facendo ricorso alla tecnica del taglio per mezzo di lame diamantate. L'intervento prevede di suddividere l'intera soletta in piccole porzioni tali da poter essere rimosse per intero e trasportate all'esterno delle canne (cfr. per tutto punto 2.5 e 2.6 del bando pubblicato nel SIMAP dell'8 luglio 2010, N. di notificazione 513395). Tale prestazione rientra senz'altro nei lavori di demolizione ("demolition work") previsti alla classe 5112 del gruppo 511 "Preparazione dei luoghi e dei cantieri di costruzione" CPC e trova il corrispondente nella classificazione secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV) alle categorie 45111100 "Lavori di demolizione", come indicato nel bando al punto 2.4. Determinante è tuttavia la classificazione CPC (cfr. BVGE 2007/33 consid. 1.3; decisione incidentale del TAF del 29 giugno 2009 B-2562/2009 consid. 1.2; GAAC 69.32, consid. 1c/bb, con ulteriori rinvii).

Il valore soglia per le opere edili deve raggiungere in principio 10,07 milioni di franchi, IVA esclusa (art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub), tuttavia per il secondo semestre dell'anno 2010 e per l'anno 2011 tale valore è stato adeguato a 8,7 milioni di franchi . Se, per la realizzazione di un'opera edile, il committente aggiudica diverse commesse edili, è determinante il loro valore complessivo (art. 7 cpv. 2 LAPub). Se nell'ambito della realizzazione di un'opera edile il committente aggiudica diverse commesse edili il cui valore complessivo raggiunge il valore soglia determinante, esso non è tenuto ad aggiudicare le commesse secondo le disposizioni della legge se: (a.) il valore di ogni singola commessa non raggiunge 2 milioni di franchi; e (b.) il valore totale di tali commesse non eccede il 20 per cento del valore complessivo dell'opera edile (art. 14 OAPub). La commessa edile in esame è stata aggiudicata per un valore di fr. 4'757'322.80, rimane tuttavia in stretta relazione con la commessa "N2 EP 19, Melide-Gentilino, Galleria Melide-Grancia, Lotto 50, risanamento calcestruzzo e iniezioni idorgel" aggiudicata il 22 novembre 2010 sempre al consorzio aggiudicatario per un valore di fr. 12'179'512.45. Ne si può ragionevolmente dedurre che l'opera

edile in oggetto è composta da due commesse ed ha un valore complessivo di fr. 16'936'835.25, per cui sono adempiuti i requisiti posti al valore soglia giusta l'art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub i. c. d. c. art. 7 cpv. 2 LAPub e art. 14 OAPub.

Infine non è ravvisabile alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub. Ne consegue che la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub ed il Tribunale amministrativo federale è competente a statuire sul presente ricorso.

1.3. Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994, LAPub; RS 172.056.1).

1.3.1. I ricorrenti specificano di essere insorti contro la decisione d'aggiudicazione pubblicata sul SIMAP, in quanto, a loro avviso, la comunicazione del 22 novembre 2010 concernente la loro esclusione dalla procedura non adempie i requisiti di una decisione amministrativa poiché non indica i rimedi giuridici ed inoltre non sarebbero dati i presupposti per una pubblicazione giusta l'art. 36 lett. c PA.

1.3.2. A tale riguardo va rilevato che la decisione di aggiudicazione pubblicata sul SIMAP del 22 novembre 2010 adempie i requisiti posti al concetto di decisione di cui all'art. 5 PA in relazione all'art. 29 lett. a LAPub.

In riferimento allo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 22 novembre 2010, esso contiene la comunicazione che il consorzio ricorrente veniva escluso dalla procedura di valutazione, una breve motivazione dell'esclusione dalla procedura (il mancato superamento dell'esame formale in quanto alcune posizioni del capitolato erano state escluse dall'importo totale dei lavori ed offerte come opzionali, nonostante fossero parte integrante dell'elenco prezzi) e nel contempo la comunicazione che l'aggiudicazione era stata assegnata al consorzio aggiudicatario al prezzo di fr. 4'757'322.80 (IVA esclusa). Benché nello scritto non sia inclusa l'indicazione del rimedio giuridico, dal contenuto dei rimanenti elementi in essa menzionati si può ragionevolmente concludere che si tratta di una decisione impugnabile ai sensi dell'art. 29 lett. d LAPub in combinato disposto con l'art. 5 PA (cfr. anche GAAC 67.109, consid. 2c).

1.3.3. Visto quanto precede, impugnabili nel presente caso sono sia la decisione di aggiudicazione pubblicata sul SIMAP sia la decisione di esclusione dalla procedura.

1.4. La legittimazione a ricorrere di offerenti esclusi dall'aggiudicazione risulta dall'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13 consid. 1.4).

1.4.1. Nel caso in esame il committente rimanda alla prassi del Tribunale amministrativo del Cantone Ticino, secondo cui la legittimazione attiva ad impugnare le decisioni di aggiudicazione di commesse pubbliche sarebbe riconosciuta soltanto ai concorrenti che possono conseguire l'aggiudicazione e che per essere abilitati a contestare la decisione di delibera i concorrenti dovrebbero preventivamente impugnare con successo la decisione che li estromette dalla gara. In riferimento al caso di specie il committente osserva come i ricorrenti si limitino solo ad impugnare la decisione del 22 novembre 2010 che li ha esclusi dalla procedura, omettendo di impugnare espressamente anche la decisione di aggiudicazione. Da tale circostanza egli conclude che la decisione di aggiudicazione è cresciuta in giudicato e che la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo non ha ragione d'essere, in quanto neppure in caso di successo del presente gravame i ricorrenti potrebbero comunque impugnare la decisione di aggiudicazione.

1.4.2. Secondo la prassi della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (di seguito CRAP), l'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione poteva aver luogo tramite decisione separata oppure in modo implicito attraverso l'assegnazione dell'aggiudicazione (cfr. decisioni CRAP 8/96 consid. 3a, CRAP 13/97 consid. 2c; CRAP 12/99 consid. 3 citate in: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007, N 268, nota a pié di pagina 551). Nel caso di specie occorre rimarcare che la comunicazione dell'esclusione dalla procedura e contemporaneamente dell'assegnazione dell'aggiudicazione, come pure la pubblicazione della decisione di aggiudicazione sono avvenute alla stessa data, ossia il 22 novembre 2010. Se è vero che secondo la prassi la legittimazione ad impugnare le decisioni di aggiudicazione è riconosciuta solo ai concorrenti esclusi che hanno impugnato previamente e con successo la decisione che li estromette dalla gara, è pure anche vero che, giusta l'art. 29 LAPub in combinato disposto con l'art. 10 cpv. 1 e 2 LAPub e l'art. 11 LAPub, il committente esclude determinati offerenti dalla procedura se non sono adempiuti i criteri d'idoneità prima di decidere sull'aggiudicazione.

Visti i motivi enunciati dall'autorità aggiudicatrice per escludere i ricorrenti dalla procedura di aggiudicazione (lacune nell'allestimento dell'offerta, offerta parziale e / o variante inammissibile, mancato

superamento dell'esame dei criteri d'idoneità), nonché lo svolgimento della procedura di aggiudicazione come descritto nelle osservazioni (cifra III/5) è lecito chiedersi perché l'autorità aggiudicatrice non abbia proceduto in questo modo.

Con l'argomento secondo cui i ricorrenti sarebbero insorti solo contro la decisione di esclusione e non contro la decisione di aggiudicazione, per cui quest'ultima sarebbe cresciuta in giudicato, il committente misconosce che nella comunicazione dell'esclusione dal concorso per motivi formali era allo stesso tempo contenuta la comunicazione dell'aggiudicazione. Ne consegue che il presente ricorso è indirizzato non solo contro la decisione di esclusione, ma anche contro la decisione di aggiudicazione. Ciò è del resto evincibile anche dalle conclusioni ricorsuali con le quali i ricorrenti, richiedendo il rinvio della causa all'autorità aggiudicatrice affinché la stessa proceda ad una nuova aggiudicazione includendo anche la loro offerta, formulano almeno implicitamente un'istanza di annullamento dell'aggiudicazione. Dichiarare la crescita in giudicato della decisione di aggiudicazione per mancata impugnazione come vorrebbe il committente costituirebbe un formalismo eccessivo ed ingiustificato.

In riassunto è accertato che i ricorrenti, esclusi formalmente dalla gara in contemporanea alla pubblicazione dell'aggiudicazione e quali destinatari della decisione di esclusione in cui è parimenti comunicata l'aggiudicazione della commessa, nonché della decisione di aggiudicazione pubblicata nel SIMAP, sono legittimati a ricorrere contro le medesime (cfr. decisione incidentale del TAF B-504/2009 del 3 marzo 2009 consid. 1.4 con ulteriori rinvii). Visto quanto precede, si deve partire dal presupposto che nel caso di specie siano impugnate sia la decisione di esclusione sia la decisione di aggiudicazione.

> **1.5.** Giusta l'art. 23 LAPub il committente notifica le decisioni di cui all'art. 29 LAPub secondo i dettami dell'art. 24 cpv. 1 LAPub o mediante recapito. Giusta l'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La decisione di aggiudicazione del committente è stata pubblicata sul SIMAP del 22 novembre 2010 ed anche la comunicazione dell'esclusione dalla gara e dell'assegnazione dell'aggiudicazione è avvenuta lo stesso giorno della pubblicazione sul SIMAP, cosicché il termine per l'inoltro del ricorso ha iniziato a decorrere il 23 novembre 2010, venendo a scadere il 13 dicembre 2010. Il presente gravame è stato presentato il 13 dicembre 2010 ed è di conseguenza tempestivo.

I requisiti relativi al contenuto e alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA). Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti, in particolare l'anticipo 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).

Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni processuali dei ricorrenti.

2.
Oggetto della presente decisione è la questione a sapere se l'autorità aggiudicatrice ha escluso a giusto titolo l'offerta dei ricorrenti dalla procedura di aggiudicazione. A titolo introduttivo occorre rammentare 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 di apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lett. a e b PA). Non può invece essere ammesso il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub).

2.1. Nella decisione impugnata del 22 novembre 2010 l'autorità inferiore adduce che il consorzio ricorrente non ha superato l'esame formale poiché alcune posizioni del capitolato, pur essendo parte integrante dell'elenco prezzi, sono state escluse dall'importo totale dei lavori e offerte come opzionali.

2.1.1. Nell'atto di ricorso i ricorrenti spiegano in sostanza che le posizioni per le quali non era indicato un prezzo appaiono al n. 132620.000 "trasporto intermedio dei pezzi asportati dal posto di lavoro al deposito di cantiere o nella benna messa a disposizione da parte del committente" e comprendono le sottoposizioni 132621.006, 132622.006, 132622.007. I ricorrenti sostengono che le posizioni non sono state conteggiate perché superflue secondo il loro concetto, in cui era previsto il trasporto del materiale demolito direttamente al deposito finale invece di organizzare un primo trasporto fino al deposito intermedio, rinunciando in questo modo ad un'operazione di scarico a loro avviso inutile. I ricorrenti sostengono che non è vero che le posizioni in oggetto sono state escluse dall'importo totale dei lavori, se in tal modo si vuole intendere che il prezzo offerto non corrisponde all'importo totale dei lavori, ribadendo che le medesime non sono state offerte a titolo d'opzione. Inoltre essi rimproverano al committente di non aver considerato la variante della loro offerta.

Nelle osservazioni al ricorso, il committente motiva l'esclusione dell'offerta indicando lacune nell'allestimento della medesima. A suo dire i ricorrenti non hanno compilato diverse posizioni essenziali del capitolato, mettendo il relativo importo tra parentesi e senza poi conteggiarlo nella somma finale (cfr. per i numeri precisi delle posizioni punto IV.2.1.2 delle osservazioni e allegato 2 al rapporto di evaluazione). L'autorità aggiudicatrice conclude che l'offerta base dei ricorrenti deve essere quindi ritenuta parziale, un aspetto espressamente escluso dal bando di concorso (punto 2.9). Secondo lei l'offerta base dei ricorrenti corrisponde ad una variante, in quanto è proposta una soluzione diversa rispetto a quanto previsto nel bando di concorso. Per motivare la mancata presa in considerazione della variante, l'autorità aggiudicatrice

rimanda all'opinione unanime in prassi e dottrina secondo cui un offerente deve presentare un'offerta base valida oltre alla variante, altrimenti tale variante non può essere considerata.

Nello scritto dei ricorrenti denominato replica essi completano la loro motivazione, spiegando che il software messo a disposizione dal committente per compilare l'offerta in forma elettronica avrebbe impedito loro di modificare le cifre, togliere le parentesi e rendere addizionabili le somme. Secondo loro non si tratta di offerta parziale, ma completa.

Di seguito va esaminato se l'esclusione dell'offerta a causa di vizi di forma può essere considerata giustificata.

> **2.1.2.** Conformemente all'art. 19 cpv. 1 LAPub gli offerenti devono presentare le loro domande di partecipazione e la loro offerta per scritto, in modo completo e tempestivo. Alla base di questa regola vi è l'idea che l'autorità aggiudicatrice deve poter procedere direttamente all'aggiudicazione della commessa in virtù delle offerte inoltrate (sentenza del Tribunale federale 2P.164/2002 del 27 novembre 2002, consid. 3.3). L'accettazione di un'offerta che non soddisfa le prescrizioni del bando e del capitolato d'oneri è problematica alla luce del principio della parità di trattamento degli offerenti e del principio della trasparenza (sentenza TAF del 24 febbraio 2010 B-4366/2009, consid. 7.3). Il committente esclude dalla procedura ulteriore le offerte e le domande di partecipazione con lacune formali rilevanti (art. 19 cpv. 3 LAPub). Si parla di lacuna formale rilevante allorquando un offerente non adempie o adempie solo in modo insufficiente una norma del bando o del capitolato d'oneri in relazione all'oggetto della commessa (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 275 e nota a piè di pagina 569).

Un'esclusione sulla scorta di motivi formali è prevista segnatamente per un'offerta incompleta o per una modifica delle condizioni d'offerta di propria iniziativa, anche se di seguito non può essere considerata l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. decisione incidentale TAF del 13 marzo 2007 B-1774/2006 consid. 3.2 con rinvii alla prassi). Secondo la prassi della CRAP il divieto di formalismo eccessivo ed il principio della proporzionalità possono esigere in talune circostanze che all'offerente sia data l'opportunità di rimediare ai vizi formali rimproveratigli (cfr. decisione CRAP del 23 dicembre 2005, pubblicata in GAAC 70.33, consid. 3b/cc).

Secondo la prassi, la circostanza che un offerente non abbia inserito nel formulario d'offerta determinate posizioni in relazione al prezzo della commessa non ha necessariamente come conseguenza l'invalidità della sua offerta. Quest'ultima è ritenuta valida se la posizione è di trascurabile importanza in rapporto alla commessa complessiva, non ha un influsso notevole sulla differenza con l'offerta più vicina e se – malgrado un importo di lieve entità – non si tratta di una posizione rilevante per l'adempimento della commessa (cfr. per tutto decisione U 01 109 del Tribunale amministrativo del Cantone Grigioni, citata in

GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 284). Se e in che misura questa prassi potrebbe essere d'aiuto nel caso di specie verrà dimostrato nei considerandi che seguono.

Secondo l'art. 22 OAPub rispettivamente art. 22a cpv. 1 OAPub gli offerenti possono decidere liberamente se inoltrare, oltre all'offerta globale, anche offerte parziali o con varianti. Eccezionalmente il committente può limitare o escludere questa possibilità nel bando. Dall'art. 22 cpv. 2 OAPub risulta per gli offerenti l'obbligo di inoltrare un'offerta globale che corrisponda alla proposta di soluzione ufficiale. Nel caso in cui un offerente inoltri una variante senza un'offerta di base che corrisponda alla soluzione ufficiale, la sua offerta è considerata non valida, ciò che comporta di principio l'esclusione della medesima dalla procedura di aggiudicazione (cfr. decisione CRAP del 22 gennaio 2001, pubblicata in GAAC 65.78 consid. 3a; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 472).

> **2.1.3.** Dalle allegazioni delle parti esposte nella decisione impugnata, nell'atto di ricorso e nel susseguente scambio di scritti emerge che le opinioni dei ricorrenti e del committente differiscono completamente. Da una parte, i ricorrenti sono fermamente convinti che la soluzione da loro proposta, vale a dire il trasporto diretto del materiale demolito al deposito senza prima organizzare un trasporto in un deposito intermedio, costituisca la vera e propria offerta principale. Dall'altra, il committente ritiene che non si possa parlare di offerta completa, ma parziale, in quanto il bando vieta espressamente l'inoltro di offerte parziali.

La questione a sapere se e in che misura l'offerta principale dei ricorrenti soddisfa pienamente le condizioni richieste secondo la soluzione ufficiale può essere decisa se nel bando e nel capitolato d'oneri sussistono speciali prescrizioni che si riferiscono concretamente alle modalità di trasporto e di deposito del materiale demolito, rispettivamente ad altre modalità di esecuzione dei lavori messi in concorso. L'autorità inferiore non si occupa a fondo della motivazione alla base del ricorso, ma si limita a criticare in toni prevalentemente generali le lacune formali nell'allestimento dell'offerta e a definire l'offerta principale un'offerta parziale rispettivamente una variante inammissibile, ragion per cui non sarebbe più stato possibile considerare la variante vera e propria inoltrata con l'offerta (esecuzione del lavoro con cesoie idrauliche). Nella sua motivazione il committente elenca soltanto le posizioni dell'offerta apparentemente non compilate dai ricorrenti nell'apposito formulario, senza tuttavia sostanziare se e in che misura la mancata inclusione di tali posizioni nel calcolo del prezzo dell'offerta porterebbe a considerare l'offerta principale un'offerta parziale o una variante inammissibile. Il committente non porta neanche allegazioni sulla portata delle posizioni omesse, né indica quali riflessioni gli avrebbero suggerito di rinunciare a dare ai ricorrenti la possibilità di riparare alle lacune formali contestate. Il committente non menziona nemmeno quali condizioni previste nel bando di concorso e/o nel capitolato d'oneri sarebbero suscettibili di sostenere i suoi argomenti, eccezion fatta per il punto 2.8 e il punto 2.9 del bando di concorso. Certo, attraverso il solo rinvio a detti punti del bando di concorso l'autorità aggiudicatrice conferma unicamente che erano escluse in modo esplicito le offerte parziali e le varianti finanziarie, ma tralascia di segnalare quali sono le prescrizioni del bando o del capitolato d'oneri che trattano concretamente le modalità di trasporto e di deposito del materiale demolito, nonché ulteriori modalità di esecuzione previste nella soluzione ufficiale.

Sulla base delle allegazioni nella decisione impugnata e nelle osservazioni al ricorso non si riesce a comprendere perché la soluzione proposta dai ricorrenti deve essere considerata un'offerta parziale rispettivamente una variante inammissibile e non un'offerta globale. A tale riguardo, nemmeno dalle osservazioni inoltrate il 4 febbraio 2011 dall'autorità aggiudicatrice emergono i chiarimenti che si sarebbero potuti attendere.

Non può essere compito dello scrivente Tribunale – non da ultimo anche in considerazione del volume degli atti inoltrati – di verificare sulla base di ogni singolo documento inoltrato e di andare a cercare in ogni singolo giustificativo se sussistono indizi per dimostrare i vizi di forma contestati, in particolare se la rinuncia del trasporto di materiale in un deposito intermedio sia sufficiente a considerare l'offerta principale dei ricorrenti un'offerta parziale inammissibile o una variante, rispettivamente se l'esecuzione dei lavori con cesoie idrauliche soddisfa i requisiti di una variante tecnica. Al fine di rendere attendibile la propria motivazione, il committente avrebbe dovuto segnalare in quali concreti passi del bando e/o del capitolato d'oneri sono contenute norme che descrivono al meglio il concetto di trasporto e di deposito del materiale demolito e di altre modalità di esecuzione, rispettivamente in cosa consiste il concetto di variante tecnica. Avendo omesso indicazioni corrispondenti, l'autorità aggiudicatrice deve sopportare le conseguenze di una carenza di motivazione, per cui l'esclusione dell'offerta a causa di presunte lacune nell'allestimento della medesima non può essere ritenuta plausibile.

2.2. Solo nell'ambito del presente procedimento su ricorso, il committente ha completato la propria motivazione in merito all'esclusione dell'offerta dei ricorrenti, adducendo che la loro offerta non adempiva neppure ai requisiti di idoneità giusta l'art. 9 LAPub.

2.2.1. 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 lex specialis nei confronti degli artt. 35 cpv. 1 e 3, nonché art. 36 PA (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 810 ss.). Decisioni che rientrano nella sfera di applicazione della LAPub possono dunque anche solo essere munite di una semplice motivazione sommaria. Conformemente alla prassi dello scrivente Tribunale, le esigenze poste all'obbligo di motivazione sommaria giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub non sono molto elevate. Esse sono adempiute ad esempio quando la motivazione contiene una spiegazione sufficiente per la scelta dell'aggiudicataria sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati (cfr. decisione incidentale TAF del 30 gennaio 2008 B-6136/2007, consid. 7.4; per la prassi della CRAP cfr. decisione CRAP 20/00 consid. 5b).

In ogni caso gli offerenti esclusi devono essere messi nella condizione di tutelare a pieno il proprio diritto a ricorrere. 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 ambito fa fronte al suo obbligo di motivare le decisioni ed il ricorrente ha l'opportunità di prendere posizione sui motivi addotti, considerato che lo scrivente Tribunale dispone di piena cognizione (cfr. decisioni CRAP 018/2005 consid. 4 e 003/2006a consid. 3b, citate in: MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008, p. 93; cfr. anche ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBL 2003 p. 1 ss., in particolare da p. 19; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basilea 2008, N. 3.112).

Nel caso di specie, sembra che l'esame dei criteri di idoneità e la decisione presa in base a tale esame non siano proprio stati eseguiti al momento opportuno. La circostanza che l'autorità aggiudicatrice abbia fornito una motivazione completa circa il mancato adempimento dei criteri di idoneità da parte dei ricorrenti solo nel quadro delle osservazioni al ricorso potrebbe essere un indizio per un diniego formale di giustizia, nel senso di un vizio di motivazione nella procedura dinanzi all'autorità aggiudicatrice, che tuttavia dovrebbe essere stato sanato nel procedimento dinanzi allo scrivente Tribunale, in quanto ai ricorrenti è stata data l'opportunità di prendere posizione sul complemento di motivazione. Un'estensione ed un eventuale rallentamento della procedura, nonché eventuali costi procedurali che ne derivano dovrebbero essere sopportati dall'autorità aggiudicatrice.

2.2.2. Nell'ambito di una procedura in materia di acquisti pubblici deve essere esaminata l'idoneità di ogni singolo concorrente riguardo all'esecuzione della commessa. L'idoneità è ammessa se è garantito che l'offerente interessato può adempiere il mandato in termini finanziari, economici e tecnici (cfr. art. 9 cpv. 1 LAPub; decisione CRAP 7/2004 del 22 settembre 2004 consid. 2b; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 347 ss.). L'idoneità mancante, rispettivamente il mancato adempimento dei criteri di idoneità porta all'esclusione dalla procedura giusta l'art. 11 lett. a LAPub (cfr. decisione CRAP dell'11 marzo 2005, pubblicata in GAAC 69.56; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., p. 143 con rinvii).

Non solo per quanto attiene alla scelta dei criteri di idoneità e delle prove attestanti l'adempimento di tali criteri, ma anche nell'ambito della valutazione dei criteri di idoneità, all'autorità aggiudicatrice è conferito un ampio potere di apprezzamento, nel quale il Tribunale amministrativo federale di principio interviene solo se vi è un abuso o un eccesso di tale potere (art. 31 LAPub; decisione CRAP 2006-11 del 22 agosto 2006 consid. 5b con rinvii; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 349). La valutazione se una referenza sia sufficiente a dimostrare che un'impresa sia anche in grado di assumere il mandato messo in concorso rientra quindi nel potere di apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice.

2.2.3. L'autorità aggiudicatrice parte dal presupposto che le referenze del personale chiave come richiesto dalla documentazione di gara non adempiono evidentemente alle esigenze del bando, nella misura in cui né il Direttore tecnico, né il Capo cantiere hanno svolto negli ultimi dieci anni progetti paragonabili al compito previsto nel presente appalto. Questa

conclusione è deducibile anche dal "checklist verifica dei criteri di idoneità" (allegato 3 al rapporto di valutazione), che è stato portato a conoscenza del consorzio ricorrente nel quadro del presente procedimento. Nelle sue osservazioni l'autorità aggiudicatrice ribadisce che i ricorrenti non hanno esperienza in demolizioni di strutture portanti in calcestruzzo armato in ambito di gallerie stradali o ferroviarie in esercizio, ma solo di montaggio e smontaggio di lastre laterali di rivestimento, che non possono certo essere paragonate ad un elemento portante in calcestruzzo armato quale la soletta intermedia di una galleria.

2.2.3.1 Nel loro scritto denominato "replica" del 14 gennaio 2011 i ricorrenti sostengono di non vedere dove e perché i lavori eseguiti dal direttore tecnico e dal capo cantiere, nonché dalle imprese stesse non fossero conformi alle referenze richieste, in quanto si tratta nel loro caso tra l'altro di opere di risanamento in gallerie autostradali di lunghezza superiore a 800 m, in parte durante le ore notturne o sull'arco di 24 ore secondo le esigenze del cliente per un importo superiore a fr. 500'000.- o fr. 200'000.-. I ricorrenti spiegano che anche la demolizione di strutture portanti per solette intermedie era certificata dalla subappaltante C._____. Infine essi lamentano la circostanza che l'autorità aggiudicatrice abbia deciso di non richiedere atti complementari in merito alle referenze inoltrate, come risulterebbe all'allegato 3 del documento 1.8.

2.2.3.2 Conformemente ai documenti inviati con l'offerta i ricorrenti comunicano che, nell'ambito del progetto "Galleria autostradale del San Gottardo – risanamento dopo incendio del 24.10.2001" (periodo 2001-2002), l'impresa X._____ e le persone chiave impiegate dalla medesima si sono occupate delle seguenti attività: fabbricazione e trasporto soletta intermedia, fabbricazione, trasporto e posa elementi prefabbricati in calcestruzzo lastre di rivestimento in beton bianco, posa con squadra di montaggio e propria attrezzatura vacum delle lastre di rivestimento; lunghezza della tratta autostradale circa 1 km. Per il progetto "Galleria autostradale del San Gottardo – risanamento portale Airolo (periodo 2007-2008) nell'offerta dei ricorrenti si leggono le seguenti prestazioni svolte: fabbricazione, trasporto e posa elementi prefabbricati in calcestruzzo lastre di rivestimento; posa ancoraggi (ca. pz. 3000), posa lastre di rivestimento con squadra di montaggio e propria attrezzatura vacum; lunghezza della tratta autostradale ca. 2 km. Per il progetto "Beckenried – Seedorf Bau- Galleria del Seelisberg – Smontaggio e montaggio lastre di rivestimento" (periodo 2009-2010) le attività descritte dai ricorrenti sono: lavoro effettuato in due-quattro tappe; 1° tappa

(ottobre 2009): smontaggio delle lastre di rivestimento della galleria Nord-Sud (pz. 2000), trasporto presso deposito a Erstfeld; 2° tappa (gennaio 2010) ripresa delle lastre da Erst-feld, trasporto in galleria e montaggio; 3° tappa (febbraio 2010) smontaggio delle lastre di rivestimento della galleria Sud-Nord (pz. 2000), trasporto presso deposito a Erstfeld; 4° tappa (maggio 2010) ripresa delle lastre da Erstfeld, trasporto in galleria e montaggio.

Le referenze presentate dall'impresa Y._____ rispettivamente dalle persone chiave da essa impiegate si riferiscono dapprima al progetto "ESR – Demolizione forni: parte elettromeccanica" (periodo 1996). Le attività svolte comunicate sono: smontaggio e smantellamento involucro esterno e carpenteria metallica; smontaggio delle parti metalliche a contatto diretto con la combustione; trattamento, decontaminazione, smaltimento con personale adeguatamente protetto e specializzato; smantellamento delle parti in muratura refrattaria e dei condotti fumari. Un secondo progetto riguarda "Comune di Locarno – Smantellamento delle infrastrutture dell'azienda del gas" (periodo 2000). Le attività svolte comunicate sono: smontaggio e smantellamento degli impianti di produzione del gas, serbatoio di benzina, gasometri (3000 m^3), filtro di depurazione, separatori d'idrocarburi e della condotte sopra e sottoterra. Per il progetto "Airlight – Sollevamento e montaggio attrezzature speciali per la produzione di energia con fonti alternative" le attività svolte sono le seguenti: consulenza per tutte le operazioni di sollevamento di persone, materiali ed attrezzature e movimentazioni. Sollevamento di attrezzature speciali con autogrù, noleggio di piattaforme di lavoro elevabili per il sollevamento di persone, movimentazioni speciali.

I ricorrenti citano infine una referenza dell'impresa C._____, una subappaltante per i lavori di demolizione della soletta intermedia per il lotto 40 e allegano la relativa lista delle referenze.

2.2.3.3 Determinante per il superamento dell'esame dell'idoneità nel caso di specie è la questione a sapere se le imprese del consorzio ricorrente e le persone chiave menzionate nell'offerta fanno figurare tra le loro esperienze la demolizione di strutture portanti in calcestruzzo armato nel settore delle gallerie stradali o ferroviarie in esercizio. Dalle descrizioni delle attività svolte in relazione ai diversi progetti elencati dai ricorrenti risulta che né le imprese, né le persone chiave da esse impiegate vantano esperienze analoghe e paragonabili al compito previsto dal bando di concorso. In primo luogo, le referenze della ditta X._____, pur muovendosi nel settore delle gallerie autostradali, sembrano vertere esclusivamente su lavori di posa, montaggio e smontaggio di elementi prefabbricati in calcestruzzo e lastre di rivestimento e non di demolizione di elementi portanti in calcestruzzo armato come richiesto per la demolizione della soletta intermedia. Inoltre, per quanto attiene alle referenze dell'impresa Y._____non sembra che le attività elencate siano state svolte nel settore di gallerie autostradali e ferroviarie e che riguardino lavori di demolizione di strutture portanti in calcestruzzo

armato. In ogni caso i ricorrenti non motivano in maniera sostanziata né in riferimento alle referenze della ditta X._____, né a quelle della ditta Y. _____, se ed in che misura l'autorità aggiudicatrice sia partita da falsi presupposti nel valutare la mancata idoneità degli oggetti di referenza indicati. I ricorrenti non portano nemmeno proposte circa la questione se e quali documenti di prova avrebbero ancora potuto essere richiesti in seguito. Alla luce di tali circostanze, per l'autorità aggiudicatrice non si rivelava più necessario richiedere ulteriori documenti, per cui le censure sollevate dai ricorrenti in questo contesto sono da considerare infondate.

Nei documenti d'offerta i ricorrenti hanno inoltrato anche una lista della ditta C._____, conformemente alla quale risulta che la medesima, in qualità di subappaltante, ha effettuato la posa delle mensole della soletta intermedia nel quadro del progetto "Galleria Selisberg". Anche in questo caso le prestazioni svolte non si riferiscono a lavori di demolizione, ma alla posa di strutture portanti in calcestruzzo armato, per cui non si imponeva più una richiesta di documentazione supplementare da parte dell'autorità aggiudicatrice. A titolo abbondanziale va rilevato che secondo la "Checklist verifica dei criteri di idoneità" gli offerenti avrebbero dovuto fornire la prova che il subappalto era stato affidato al massimo al 50% della prestazione e che in casu i ricorrenti non avevano fornito tale prova. L'adempimento di questa condizione era del resto previsto alla cifra 3.2.1 delle disposizioni sulla procedura di aggiudicazione di commesse edili. Tuttavia, sia nella documentazione inoltrata con l'offerta sia nei giustificativi allegati al ricorso i ricorrenti non hanno prodotto giustificativi suscettibili di affermare che i lavori di subappalto siano stati affidati al massimo nella misura del 50%.

Da quanto precede emerge che i ricorrenti, i quali con scritto denominato replica del 14 gennaio 2011 hanno avuto l'opportunità di esprimersi sul complemento di motivazione dell'autorità aggiudicatrice, non hanno addotto ragioni sostanziali che potrebbero fare apparire insostenibile o lesiva di diritto la valutazione dei criteri di idoneità sulla base degli oggetti di referenza da loro inoltrati. I ricorrenti non inoltrano ulteriori documenti, né fanno indicazioni concrete circa la questione se e in che misura l'inoltro di ulteriore documentazione a posteriori avrebbe potuto mutare qualcosa alle conclusioni a cui si è giunti finora.

Anche la critica generale circa la limitata consultazione degli atti è priva di consistenza, considerato come sulla base dei documenti messi a disposizione dei ricorrenti con ordinanza del 7 gennaio 2011 (rapporto di valutazione, p. 1-11, e relativi allegati) è stato loro possibile di rendersi conto dei motivi per i quali la loro offerta non superava l'esame di idoneità.

2.3. Infine i ricorrenti sostengono, al fine di avvalorare l'assoluta inconsistenza della valutazione eseguita dal committente, che nell'allegato 2 al doc. 1.8 punto 0.3 (Checklist verifica formale) emerge che i ricorrenti non avrebbero inoltrato l'atto di consorziamento, il quale invece figura secondo loro nell'offerta al n. 0.3 dei documenti dell'offerente.

Corrisponde al vero che l'autorità aggiudicatrice ha contrassegnato con un "no" nel formulario relativo alla checklist per la verifica formale la casella inerente alla domanda se era stato allegato l'atto di consorziamento, mentre l'atto richiesto risulta nella documentazione d'offerta. Da questa circostanza isolata i ricorrenti non possono però dedurre che l'offerta sia stata valutata in maniera inconsistente. In considerazione dei motivi di esclusione alla base della decisione impugnata e delle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice erano solo questi i motivi che dovevano essere esaminati. Vista la mancanza di rilevanza per l'esito della presente vertenza, il risultato di tale esame non induce quindi ad approfondire eventuali ulteriori motivi di esclusione possibilmente errati.

3.

In riassunto, nella misura in cui il committente sostiene che il consorzio ricorrente non avrebbe superato l'esame formale in quanto avrebbe inoltrato un'offerta parziale, la motivazione della decisione impugnata e della risposta al ricorso va considerata lacunosa e non suffragata da concrete indicazioni nel bando e/o nel capitolato d'oneri in cui sono contenute norme che descrivono il concetto di trasporto e di deposito del materiale demolito e di altre modalità di esecuzione, rispettivamente norme che descrivono il concetto di variante tecnica (cfr. consid. 2.1.3).

In secondo luogo è accertato che l'esclusione dell'offerta dei ricorrenti per il mancato superamento dell'esame dei criteri di idoneità è giuridicamente sostenibile e con tale modo di procedere l'autorità aggiudicatrice non ha abusato del proprio potere di apprezzamento (cfr. consid. 2.2.3.3).

Visto quanto precede, il ricorso si rivela infondato e per questo va respinto.

4.

In relazione al prelevamento delle spese procedurali e ad un'eventuale assegnazione di un'indennità a titolo di spese ripetibili, occorre considerare nel presente caso la particolarità che i ricorrenti hanno preso atto della motivazione supplementare della decisione impugnata soltanto nel corso del presente procedimento. La dottrina è dell'opinione che il ricorrente non abbia a subire alcun pregiudizio da una sanatoria a posteriori di una violazione del diritto di essere sentito, per cui non debbono essergli accollate le spese processuali, ma assegnata un'indennità per le spese sopportate (cfr. ROBERT WOLF, ZBL 2003 p. 1 ss., citato precedentemente, in particolare p. 28 s. e dottrina citata; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit. N. 3.114).

Conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo del Cantone Zurigo la sola circostanza che la decisione d'aggiudicazione impugnata non contenga una motivazione sufficiente non implica una deroga dal principio secondo cui le spese processuali vanno a carico della parte soccombente se, dopo una sanatoria a posteriori del diritto di essere sentito nel procedimento dinanzi all'autorità di ricorso, il ricorrente

non ha ritirato il ricorso sulla base della motivazione aggiuntiva (cfr. prassi del Tribunale amministrativo del Cantone Zurigo citata in: GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. N 955 s.).

Nel caso di specie, i ricorrenti non hanno ritirato il ricorso, ma preferito mantenere integralmente le conclusioni ricorsuali e, così facendo, si sono accollati il rischio di dover sopportare le spese di procedura in caso di soccombenza. Per questo motivo, visto l'esito della procedura, si giustifica addossare le spese processuali integralmente ai ricorrenti (art. 63 cpv. 1 PA; cfr. anche sentenza TAF del 3 settembre 2007 B-2327/2006 consid. 8.1).

Le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, TS-TAF, RS 173.320.2). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata a seconda del valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, tenuto conto che si è svolto un primo scambio di scritti, che se da una parte con la resa di una decisione finale si ha potuto fare a meno di rendere una decisione incidentale sull'effetto sospensivo, dall'altra va considerato il notevole dispendio per la redazione della decisione finale ed infine considerata la soccombenza dei ricorrenti, è giustificato fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 8'000.-. Tale importo è compensato con l'anticipo spese dello stesso importo. Visto quanto precede, una riduzione delle spese, pur quanto si sia potuto rinunciare ad una decisione incidentale sull'effetto sospensivo, è stata compensata tramite il dispendio elevato per la decisione nella causa principale.

Visto l'esito della procedura ai ricorrenti non spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 3 PA). L'autorità aggiudicatrice, in qualità di autorità federale e quale parte vincente non ha diritto né per legge né per prassi costante ad un'indennità a titolo di ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA; art. 7 cpv. 1 e cpv. 2 TS-TAF; cfr. GAAC 67.6 consid. 4c).

5.
La presente decisione rende priva d'oggetto la domanda dei ricorrenti volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Il ricorso è respinto.

2.
Le spese processuali di fr. 8'000.- sono poste a carico dei ricorrenti. Esse sono computate con l'anticipo spese dello stesso importo.

3.
La sentenza è notificata a:

– ricorrenti (Atto giudiziario);
– autorità aggiudicatrice (n. di rif. SIMAP del 22.11.2010; N di notificazione 563865; Atto giudiziario);
– consorzio aggiudicatario (Raccomandata).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio: Il cancelliere:

Francesco Brentani Corrado Bergomi

Data di spedizione: 16 febbraio 2011

Rimedi giuridici:

La presente decisione può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale delle decisioen (art. 100 cpv. 1 LTF), se il valore stimato della commessa raggiunge la soglia determinante secondo la legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici o secondo l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (art. 83 lett. f cifra 1 LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).