Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Corte II
B-743/2007
{T 0/2}

Decisione incidentale del 31 luglio 2007

Composizione: Giudici Marc Steiner (Presidente del collegio giudicante), Francesco Brentani e Maria Amgwerd;
Cancelliere Corrado Bergomi.

Consorzio X._____, composto da:
1. A._____,
2. B._____,
3. C._____**,**
patrocinate dall'Avv. Nicola Corti, corso Elvezia 16, casella postale 6574, 6901 Lugano
ricorrenti

contro

AlpTransit San Gottardo SA, Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
autorità aggiudicatrice,

e

Consorzio Y._____**,** composto da:
1. D.,
2. E.,
patrocinate da Claudio Cereghetti, studio legale e notarile, via Besso 37, casella postale 55, 6903 Lugano
controparte

concernente

acquisti pubblici (Lotto 812 – trattamento acque di galleria)

Ritenuto in fatto:

A.

A.a Con pubblicazione sul foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) no. 190 del 30 settembre 2005 Alp Transit San Gottardo SA (in seguito: committente, autorità aggiudicatrice) ha dato avvio alla gara, secondo le modalità previste dalla procedura libera, per l'aggiudicazione del "Lotto 812 - Trattamento di acque in galleria" nell'ambito dei lavori per il progetto della Galleria di base del Monte Ceneri.

A.b Dopo che si è svolto un sopralluogo facoltativo e che si è data risposta alle domande degli offerenti, entro il termine per l'inoltro delle offerte scadente il 10 febbraio 2006 sono pervenute quattro offerte. Tra di esse si trovano l'offerta del Consorzio X., composto da A., B. e C., l'offerta più vantaggiosa in termini di prezzo**,** come pure l'offerta del Consorzio Y., composto dalla D. e E.

A.c Con decisione del 21 dicembre 2006 l'autorità aggiudicatrice ha aggiudicato il Lotto 812 (trattamento acque di galleria) al "Consorzio Y.". Questa decisione è stata pubblicata su FUSC no. 4 dell'8 gennaio 2007.

B. Contro l'aggiudicazione del lotto 812 il Consorzio X., rappresentato dalla A., e patrocinato dall'avv. Nicola Corti, ha interposto ricorso in data 26 gennaio 2007 dinanzi al Tribunale amministrativo federale, postulando - protestate tasse, spese e ripetibili - l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della delibera impugnata e l'assegnazione delle opere messe a concorso su FUSC no. 190 del 30 settembre 2005 al Consorzio X.. Esso postula inoltre la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso e chiede da ultimo di visionare in particolare il rapporto di ponderazione e la valutazione della propria offerta nonché di quella della deliberata e di essere posto al beneficio del diritto di replica.

C. Il 30 gennaio 2007 il Giudice istruttore ha comunicato all'autorità aggiudicatrice che prima della decisione sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo è vietata qualsiasi misura di esecuzione (compresa la conclusione del contratto).

D. Con osservazioni del 13 febbraio 2007 l'autorità aggiudicatrice si oppone alla richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo. Essa produce gli atti preliminari e un elenco degli allegati che si riferiscono alla decisione impugnata. Ricorda inoltre che è ampiamente esclusa dalla consultazione degli atti non solo l'offerta concorrente, ma anche la valutazione tecnica delle offerte, nella misura in cui siano riconoscibili dati degni di protezione della concorrente.

E. In data 12 febbraio 2007 il Consorzio Y. (in seguito: controparte) postula l'irricevibilità del ricorso nonché dell'istanza volta al conferimento dell'effetto sospensivo, protestate tasse, spese e ripetibili. Chiede inoltre di avere accesso agli atti, in particolare di consultare tutto l'incarto e in

particolare l'offerta presentata dal Consorzio X. e la documentazione di valutazione allestita da AlpTransit, segnatamente il rapporto di valutazione delle offerte. Oltracciò essa postula l'accoglimento della domanda di escludere dalla consultazione degli atti del ricorrente almeno le parti tecniche dell'offerta del consorzio Y. concernenti la descrizione del concetto della neutralizzazione e della sedimentazione. La controparte dichiara da ultimo di non formulare osservazioni sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

F. Con decisione del 19 febbraio 2007 il Giudice istruttore ha trasmesso alla parte ricorrente tra l'altro i seguenti allegati alle osservazioni della committente: il rapporto "Valutazione delle offerte" dell'autorità aggiudicatrice del 15 novembre 2006 (allegato 3, senza le pagine 4 e da 15 a 23) così come le appendici A, B, C e L ("Stellungnahme Abwasserbehandlung Ceneri-Basistunnel" – Presa di posizione trattamento delle acque alla Galleria di base del Monte Ceneri – dell'ingegnere consultato dalla committente I._____; senza punto C.2) dell'allegato 3 e gli allegati 4-9 e 10 (Antrag der Geschäftsleitung auf Vergabe der Wasserbehandlungsanlagen CBT in der bereinigten Fassung gemäss Beschluss des Ausschusses Technik des Verwaltungsrates vom 21. Dezember 2006" – Proposta di aggiudicazione della direzione nella versione secondo la decisione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 21 dicembre 2006, senza i punti 2.3. a pagina 5 e 4.7. a pagina 9). Alla controparte sono stati trasmessi i seguenti allegati alle osservazioni della committente: l'allegato 3 (senza le pagine 4, 15-16 e 18-24), le appendici A, B, C e L (senza punto C.1.) e gli allegati 4-9 e 10 (senza i punti 2.3. a pagina 5 e 4.7. a pagina 9).

G. In data 2 marzo 2007 sono pervenute su domanda del giudice istruttore le osservazioni della parte ricorrente relative alla questione della loro legittimazione a ricorrere che era stata contestata dalla controparte nonché dall'autorità aggiudicatrice. La parte ricorrente spiega che B. e C. non solo sono disposte ad adempiere il mandato in caso di aggiudicazione, ma si intendono quali ricorrenti. Ulteriori domande delle ricorrenti si riferiscono all'estensione del diritto di consultazione degli atti e al mantenimento dell'effetto sospensivo.

H. Il 7 marzo 2007, dopo che le parti hanno dichiarato il loro accordo, il Giudice istruttore ha trasmesso alla controparte le pagine da 4 a 7 dell'appendice L al documento 3 (C.1: Bemerkungen zur Abwasser-behandlung der ARGE ACQUA). Egli ha allo stesso modo incluso all'esame degli atti e trasmesso alle ricorrenti le pagine da 7 a 9 dell'appendice L al documento 3 (C.2: Bemerkungen zur Abwasser-behandlung des Konsortiums Y.).

I. Con decisione del 4 aprile 2007 il Giudice istruttore ha accolto parzialmente la domanda di consultare le parti mancanti dell'allegato 3, trasmettendo per estratto le pagine 15 e 16 dell'allegato 3 (quadro della valutazione delle offerte) alle ricorrenti e alla controparte.

J. Il 18 aprile 2007 il Giudice istruttore ha trasmesso alle ricorrenti dopo aver

concesso il diritto di essere sentito la valutazione commentata dell'offerta della controparte (pagina 17 dell'allegato 3).

K.

K.a Con decisione motivata del 18 maggio 2007 il Giudice istruttore ha ordinato l'allestimento di una breve perizia tecnica per il confronto delle offerte inoltrate dai partecipanti sulle soluzioni tecniche relative al trattamento delle acque, all'occorrenza con il coinvolgimento di un perito esperto in costruzioni di gallerie. Alle parti sono stati trasmessi i nominativi di tre periti proposti dalla Corte con relativi curriculum e referenze. Due dei periti in questione sono collaboratori della Porr Umwelttechnik GmbH, Vienna, e uno della Porr Tunnelbau GmbH, Vienna. Inoltre è stato assegnato alle parti un termine per sollevare eventuali eccezioni contro i periti, per formulare proposte di nomina e per prendere posizione sulla proposta di svolgimento del procedimento, in particolare sulla previsione di formulare una lista provvisoria di quesiti peritali al più tardi con la convocazione all'udienza di istruzione.

K.b Il 25 maggio 2007 la controparte ha comunicato di non aver obiezioni riguardo ai periti prescelti.

K.c Con scritto del 29 maggio 2007 l'autorità aggiudicatrice ha chiesto la ricusa dei periti prescelti e proposto quattro nuovi nominativi. Essa ha chiarificato le relazioni intercorse o esistenti tra Alp Transit San Gottardo SA e le società facenti capo al Gruppo Porr. In particolare l'autorità aggiudicatrice ha rilevato che la Porr Suisse AG ha più volte presentato senza successo un'offerta nell'ambito delle svariate procedure di appalto con la committente, precisamente del lotto 851 e non è da escludere che essa presenti offerte anche in futuro per i lotti 852 e 853.

K.d Con scritto del 29 maggio 2007 le ricorrenti hanno dichiarato di non opporsi né alla nomina dei periti proposti dalla Corte né alla proposta di svolgimento del procedimento.

K.e Con fax del 30 maggio 2007 il Giudice istruttore ha invitato l'amministrazione centrale della ditta Porr Suisse AG, Altdorf, a prendere posizione sulla questione se essa o le sue filiali rinunciano a presentare offerte per i lotti 852 e 853.

K.f Il 1° giugno 2007 la Porr Suisse AG ha comunicato di non partecipare alla gara d'appalto per il lotto 853 e di riservarsi di decidere su un'eventuale partecipazione alla gara d'appalto per il lotto 852 dopo aver visionato i documenti del bando. La Porr Suisse AG ritiene perciò che non sussistono impedimenti al fatto che dei suoi collaboratori svolgano un'attività di perito per il lotto 812.

L.

L.a Con decisione del 4 giugno 2007 il Giudice istruttore ha trasmesso alle parti la memoria della Porr Suisse AG del 1° giugno 2007 e proposto quale alternativa il Dr. Manfred Tschui, ingegnere chimico ETHZ, della Holinger AG come perito, allegato il relativo curriculum e le referenze e assegnato

alle parti un termine fino all'11 giugno 2007 per sollevare eventuali eccezioni contro il perito prescelto e per comunicare quale data prevista per l'udienza fa al caso loro. Dopo che non sono state sollevate obiezioni entro il termine stabilito, il Giudice istruttore ha nominato con decisione del 15 giugno 2007 il Dr. Manfred Tschui quale perito per la presente procedura. Il Giudice istruttore ha indetto l'udienza di istruzione per il 26 giugno 2007.

L.b Il 15 giugno 2007 il Giudice istruttore ha comunicato alle parti di convocare l'autore della presa di posizione tecnica sul trattamento delle acque di galleria Monte Ceneri (appendice L all'allegato 3), l'ingegnere I._____, come teste all'udienza di istruzione.

L.c Con decisione del 20 giugno 2007 il Giudice istruttore ha comunicato il programma del dibattimento e proposto le domande da porre al perito, dando alle parti l'occasione di esprimersi su queste ultime e di presentare eventuali domande supplementari.

L.d Il 22 giugno 2007 la controparte ha preso posizione sulle domande da porre al perito e proposto domande supplementari. Con memoria anticipata via fax il 26 giugno 2007, le ricorrenti hanno preso posizione sui quesiti da porre al perito e formulato domande supplementari. L'autorità aggiudicatrice ha invece rinunciato a formulare ulteriori domande.

M. Il 26 e il 27 giugno 2007, nella sede del Tribunale amministrativo federale a Zollikofen ha avuto luogo un'udienza di istruzione, nel corso della quale si è fatto appello ad un traduttore. Gli offerenti hanno avuto in particolare l'occasione di presentare in presenza del perito la loro soluzione tecnica secondo le loro offerte. Inoltre, sempre in presenza del perito, è stato interrogato l'ingegnere I._____, il quale ha funto da consulente alla committente. Infine sono state determinate le domande da porre al perito sulla base delle proposte del Giudice istruttore e dei quesiti supplementari delle parti.

N. Con decisione del 29 giugno 2007 il Giudice istruttore ha trasmesso al perito tutti i documenti necessari, comprese le offerte originali complete di entrambe le parti. Egli ha invitato il perito a rispondere ai quesiti peritali come proposti nell'udienza. Il Giudice istruttore ha infine dato all'autorità aggiudicatrice l'opportunità di esprimersi sul suo modo di procedere in riferimento alla valutazione delle offerte nonché di formulare allegazioni supplementari riguardo agli interessi pubblici che si oppongono al conferimento dell'effetto sospensivo.

O. Con scritto del 3 luglio 2007 rispettivamente del 9 luglio 2007 la controparte rispettivamente le ricorrenti hanno versato agli atti i rispettivi estratti della parte tecnica dell'offerta contenenti considerazioni sul dosaggio di sostanze chimiche a dipendenza della quantità di afflusso e del tipo di acque da trattare ed dell'intensità degli inquinanti. Inoltre le ricorrenti hanno prodotto tra l'altro documenti supplementari relativi alla questione, se esistono flocculanti che possono essere utilizzati in modo efficiente anche ad elevati valori pH e di quali flocculanti si tratta.

P. Il 12 luglio 2007 l'autorità aggiudicatrice ha inoltrato le sue osservazioni sul modo di procedere in riferimento alla valutazione delle offerte e in merito agli interessi pubblici che si oppongono al conferimento dell'effetto sospensivo. Per quanto attiene alla modalità di valutazione delle offerte, l'autorità aggiudicatrice ribadisce la sostanziale differenza del metodo di valutazione delle offerte tra il lotto in questione e il lotto 106 di Erstfeld, a cui le ricorrenti hanno fatto riferimento. Per quanto concerne l'importanza dell'interesse pubblico, la committente sostiene che il lotto 812 rappresenta una "conditio sine qua non" per l'insieme dei lavori della Galleria di base del Ceneri. Non è possibile iniziare i lavori di scavo previsti senza un impianto atto a garantire un trattamento delle acque di galleria e di lavorazione ed il trattamento dei fanghi. L'assenza di un tale impianto sarebbe incompatibile con gli oneri derivanti dall'approvazione dei piani del DATEC del 28 ottobre 2005. Fermare i lavori del lotto 812 equivale in pratica a un fermo dei lavori al Ceneri. Le conseguenze di un'eventuale concessione dell'effetto sospensivo sarebbero di almeno Fr. 1.1 mio al mese per i soli lotti 851 (Opere sotterranee FIS e CAOP) e 813 (Gestione del materiale Galleria di base del Ceneri), per cui l'esecuzione dei lavori del lotto 851 è allo stesso tempo condizione per l'inizio dei lavori per il lotto 852 (Opere sotterranee Galleria di base del Ceneri). La committente conclude che in concreto l'interesse pubblico all'immediata contrattualizzazione del lotto 812 è preponderante rispetto all'interesse privato delle ricorrenti all'aggiudicazione ed all'interesse pubblico relativo all'efficacia della protezione giuridica in materia di appalti pubblici.

Q.

Q.a Il 13 luglio 2007 il perito Dr. Manfred Tschui ha inoltrato il referto con le risposte alle domande giusta la decisione del 29 giugno 2007.

Q.b Con scritto del 19 luglio 2007 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato di non avere alcuna osservazione da formulare in merito al referto peritale e ribadito che le ricorrenti hanno fatto valere a torto motivi di inadeguatezza della decisione dell'autorità aggiudicatrice, motivi che non meritavano di essere invocati.

Q.c Il 22 luglio 2007 le ricorrenti hanno inoltrato le loro osservazioni allo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 12 luglio 2007. Esse mantengono la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo. Esse adducono tra l'altro per quanto attiene alla cronologia della procedura di aggiudicazione - pubblicazione della messa a concorso su FUSC no. 190 del 30 settembre 2005, inoltro dell'offerta delle ricorrenti in data 10 marzo 2006 e pubblicazione della delibera impugnata su FUSC no. 4 dell'8 gennaio 2007 - che dallo slittamento dei tempi di trattamento delle offerte deriva che dei ritardi è in primo luogo responsabile la committente. Le ricorrenti contestano inoltre il calcolo della committente per i costi derivanti dal ritardo e sottolineano che per simili urgenze esiste la possibilità di noleggiare impianti di trattamento mobili a costi contenuti.

Q.d Con scritto del 23 luglio 2007 la controparte si è espressa sul rapporto pe-

ritale. A suo avviso la perizia conferma la correttezza di tutte le valutazioni operate dall'autorità aggiudicatrice.

Q.e Il 26 luglio 2007 le ricorrenti hanno preso posizione sul referto peritale, mantenendo immutata la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo. Quale premessa le ricorrenti pongono l'accento sul fatto che la messa in concorso è di tipo funzionale per impianti provvisori con un ciclo di vita più breve di un normale impianto, visto che le opere vanno smantellate dopo solo 9 anni. Per rispondere a questa esigenza le ricorrenti hanno privilegiato soluzioni che raggiungono la richiesta funzionalità, ma che fossero le più semplici possibili, con il più basso consumo energetico, improntate alla facilità di smantellamento e basate se possibile su materiali riciclabili, quindi scelte tendenti a contenere i costi e a tutelare l'ambiente. Proprio perché trattasi di appalto funzionale, le riduzioni di punteggio possono essere ammesse unicamente laddove la manchevolezza riscontrata comprometta l'attesa funzionalità dell'impianto. In caso contrario, non vi possono essere deduzioni per scelte migliori o peggiori. Secondo le ricorrenti il referto peritale conferma che tutte le deduzioni di punti operate nei confronti della loro offerta sono ingiustificate o comunque esagerate. Il referto peritale si rivelerebbe lacunoso laddove non specifica se le eventuali critiche mosse all'offerta delle ricorrenti o della controparte compromettano la richiesta funzionalità. Inoltre, in riferimento alla soluzione proposta dalle ricorrenti, il perito è a tratti partito da una situazione dei fatti errata che va a scapito delle ricorrenti. Per questo motivo le ricorrenti chiedono un complemento peritale in questo senso.

R. Il 31 luglio 2007 il Tribunale amministrativo federale ha comunicato alle parti il dispositivo della decisione incidentale concernente il rigetto della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

Considerando in diritto:

1.

1.1 Con l’entrata in vigore dell’Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera-CE; RS 0.172.052.68) il 1° giugno 2002 gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cpv. 2 lett. d e cpv. 3 dell'Accordo bilaterale Svizzera-CE e Allegato II B). Nel settore ferroviario (costruzione ed esercizio di infrastrutture ferroviarie) sono direttamente soggette alla legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (LAPub; RS 172.056.1) le Ferrovie federali svizzere come pure le imprese operanti nei settori della costruzione o dell’esercizio di impianti ferroviari, in cui le FFS detengono la maggioranza, o altri operatori ferroviari sotto l’influenza predominante della Confederazione. Fanno eccezione tutte le attività di queste imprese che non sono in rapporto diretto con il settore dei trasporti (art. 2a cpv. 2 lett. b dell’Ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 [OAPub; RS 172.056.11]; decisione incidentale del Tribunale ammini-

strativo federale dell'8 giugno 2007 nella causa B-93/2007 consid. 4.1 con rinvii).

Il pacchetto azionario della committente, società fondata il 12 maggio 1998, è detenuto al 100% dalle Ferrovie federali svizzere. La committente rientra pertanto nel novero delle autorità assoggettate alla legge sugli acquisti pubblici in ossequio al combinato degli art. 2 cpv. 2 LAPub, art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub.

Inoltre i costruttori della NFTA sono nel contempo subordinati alla legge sugli acquisti pubblici sulla base dell'art. 13 cpv. 1 del Decreto federale concernente la costruzione di una ferrovia transalpina del 4 ottobre 1991 (Decreto sul transito alpino; RS 742.104) e dell'art. 4 dell'Ordinanza del 28 febbraio 2001 sulla costruzione di una ferrovia transalpina (Ordinanza sul transito alpino, OTrAl; RS 742.104.1). Giusta l'art. 4 OTrAl l'aggiudicazione da parte di costruttori di commesse di forniture, di servizi e di costruzioni nell'ambito del decreto sul transito alpino è retta, analogamente ai rispettivi acquisti delle FFS, dalla normativa federale sugli acquisti pubblici. Ne consegue anche che la Alp Transit San Gottardo SA rappresenta un'autorità aggiudicatrice soggetta alla LAPub (cfr. decisione della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] del 9 ottobre 2002 nella causa 2002-008, pubblicata in Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione, GAAC 67.6, consid. 4c, decisione CRAP del 21 novembre 2005 nella causa 2005-016, consid. 1a; PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. a margine 25).

1.2 L'art. 2a cpv. 2 OAPub assoggetta le FFS e le imprese, di cui esse detengono la maggioranza alla LAPub, ma non in modo più esteso rispetto ad altre committenti della Confederazione. Questo significa che il campo di applicazione è segnatamente limitato alle prestazioni edili ai sensi dell'allegato 1 annesso 4 dell'Accordo sugli appalti pubblici GATT/WTO del 15 aprile 1994 (AAPub; RS 0.632.231.422) rispettivamente dell'allegato 2 all'art. 3 cpv. 2 OAPub (cfr. per quanto concerne le prestazioni di servizio la decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale del 13 marzo 2007 nella causa B-1774/2006, consid. 1.1.2 con rinvii). A questo riguardo è determinante la classificazione centrale dei prodotti (CCP) delle Nazioni Unite (decisione della CRAP del 30 novembre 2004 nella causa 2002-008, pubblicata in GAAC 67.6, consid. 4c, decisione CRAP del 9 novembre 2005 nella causa 2004-012, pubblicata in GAAC 69.32, consid. 1c/bb con rinvii).

1.3 Come è possibile evincere dalla messa in concorso pubblicata in FUSC no. 190 del 30 settembre 2005, la presente commessa ha come oggetto il contratto d'appalto per le opere di genio civile e di elettromeccanica (impianto di trattamento delle acque a Mezzovico e a Vigana, lotto 812). Essa fa parte dei lavori per il progetto della Galleria di base del Monte Ceneri e quindi è in relazione diretta con l'esercizio delle ferrovie e con l'infrastruttura utilizzata per il traffico delle persone e delle merci. Nella

decisione impugnata la committente ha indicato che il lotto 812 è attribuito al numero 4535100 del vocabolario comune (Common Procurement Vocabulary). Questo numero corrisponde alla voce "Mechanical Engineering Installation Works". La questione a sapere se esso si addice al meglio ai lavori della presente commessa può rimanere aperta, poiché le prestazioni descritte rientrano in ogni caso nel gruppo 516 delle categorie giusta la classificazione dei prodotti provvisoria delle nazioni unite ("Installation work"). Secondo l'allegato 1 annesso 5 all'AAPub (GPA), il gruppo 516 rientra nella sfera di applicazione del GPA e anche in quella della LAPub (cfr. Art. 5 cpv. 1 LAPub, art. 3 OAPub, allegato 2 all'OAPub).
Il margine di prezzo della commessa oscilla da Fr. 22'227'297.00 a Fr. 42'548'280.95 (cfr. FUSC no. 4 dell'8 gennaio 2007). Di conseguenza sono chiaramente superati i valori soglia imposti dall'Ordinanza sull'adeguamento degli acquisti pubblici per il 2007 (Art. 1 lett. c dell'Ordinanza del DFE del 30 novembre 2006 sull’adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2007; RS 172.056.12; in relazione all'art. 6 LAPub).

1.4

1.4.1 Contro le decisioni del committente aventi come oggetto l’aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). Il Tribunale amministrativo federale statuisce sulle richieste di accordare l’effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). La procedura dinanzi il 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).

1.4.2 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 e sulla domanda di visionare gli atti (cfr. Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001; FF 2001 3764 ss., pag. 3945). Conformemente alla prassi della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici, a seconda della portata del caso, il Presidente della Commissione o un collegio di tre o addirittura di cinque giudici erano finora competenti per statuire sulle istanze volte al conferimento dell'effetto sospensivo con decisione incidentale (cfr. le decisioni incidentali della CRAP del 17 febbraio 1997 nella causa 008/96 e 16 novembre 2001 nella causa 2001-014, pubblicate in GAAC 61.24 e 66.37). L'art. 39 cpv. 1 LTAF non si oppone al mantenimento di questa prassi. Questa disposizione tiene conto di un disbrigo efficiente dei casi e descrive la regola, osservando inoltre che le decisioni del giudice istruttore non possono essere impugnate all'interno del Tribunale amministrativo federale. Il capoverso 3 esclude espressamente il deferimento al collegio giudicante (cfr. art. 39 cpv. 3 LTAF; Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria del 28 febbraio 2001; v. q. v., pag. 3946). 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 del collegio giudicante. Considerata l'importanza straordinaria della decisione concernente il conferimento dell'effetto sospensivo in materia di acquisti pubblici, la valutazione di tale domanda da parte del collegio giudicante nella causa principale soddisfa spesso meglio l'idea fondamentale che le decisioni poggiano su una base di legittimazione sufficiente. Nel caso in esame appare quindi adeguato che la decisione venga presa dal collegio giudicante.

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

1.5.1 Gli offerenti esclusi sono senz'altro legittimati a ricorrere ai sensi dell'art. 48 PA. Conformemente alla giurisprudenza della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici, anche un singolo socio di un consorzio di offerenti può interporre ricorso. La legittimazione a ricorrere viene invece a mancare, se uno o più soci sono usciti deliberatamente dal consorzio e non sono più interessati ad un'aggiudicazione (decisioni della CRAP del 12 dicembre 2003 nella causa 2003-029 e dell'8 gennaio 2004 nella causa 2003-024, pubblicate in GAAC 68.65, consid. 2b, e 68.66, consid. 1e/bb; cfr. per tutto DTF 131 I 153 consid. 5.6, pag. 161).
Il Tribunale amministrativo federale riprende questa prassi, segnalando che essa nel risultato non si scosta in modo fondamentale dalla giurisprudenza di altri tribunali (cfr. per tutto la decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale del 13 marzo 2007 nella causa B-1774/2006, consid. 1.4, e Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 104/2003, pag. 1 ss., in particolare pag. 16).

1.5.2 Nel caso di specie B. e C. hanno dichiarato su richiesta del Giudice istruttore non solo di essere disposte in caso di accoglimento del ricorso ad adempiere il mandato conformemente al bando di concorso ed all'offerta inoltrata in nome e per conto del consorzio offerente, ma anche confermato che parte ricorrente è l'intero consorzio di cui sono socie, rappresentato dalla capofila A. e da B. e C. (cfr. dichiarazioni del 26 e 28 febbraio 2007; allegati F e G alle osservazioni della ricorrente del 2 marzo 2007). Di conseguenza tutti i membri del consorzio non considerato per l'aggiudicazione sono da ritenere quali ricorrenti. Per mancanza di personalità giuridica ciò non ne è il caso per il consorzio stesso.

1.6 I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti. Il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta. Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti, in particolare il ricorso e le conclusioni sono sufficientemente motivati ai sensi dell'art. 52 PA. Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispet-

tivamente delle conclusioni procedurali della ricorrente.

Oggetto della presente decisione incidentale sono unicamente le questioni dell'effetto sospensivo e del diritto alla consultazione degli atti.

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

2.1 La LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo. Possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA. Conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutorietà della decisione impugnata sono più gravi di quelli a favore della soluzione contraria (DTF 129 II 288 s. consid. 3 con rinvii, 117 V 191 consid. 2b con rinvii; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. edizione, Zurigo 2006, N. a margine 1802 ss.; Pierre Moor, Droit administratif, Volume II, 2. edizione, Berna 2002, pag. 680 s.). In questo ambito all'interesse pubblico non deve essere attribuito un peso maggiore già a priori. Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso al ricorso l'effetto sospensivo per legge, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra soltanto che 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 che egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (decisioni su ricorso della CRAP del 6 febbraio 1998 nella causa 019/97, pubblicata in GAAC 62.79 consid. 2a con rinvii, e del 16 novembre 2001 nella causa 2001-014, pubblicata in GAAC 66.37, consid. 2c; Evelyne Clerc, L'Ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Friburgo 1997, pag. 545; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo 2003, N. a margine 658; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, in: Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, pag. 68 ss., in particolare pag. 90 con rinvii).

2.2 Nel caso in cui è presentata richiesta di concedere l'effetto sospensivo al ricorso, occorre in una prima fase esaminare ai sensi di una valutazione prima-facie della situazione giuridica materiale se sulla base degli atti si deve partire dal presupposto che il ricorso è manifestamente infondato. Anche la prassi delle autorità amministrative considera in altri contesti giuridici la mancanza di possibilità di successo del ricorso, se essa si manifesta in modo evidente (cfr. ad esempio la decisione incidentale della Commissione di ricorso in materia di asilo del 12 febbraio 1997, pubblicata in GAAC 62.8, pag. 65). In questo caso, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo può già essere respinta a priori. 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 citata.

2.3

2.3.1 Nella decisione incidentale del 13 marzo 2007 nella causa B-1774/2006, consid. 2.2, il Tribunale amministrativo federale ha lasciato aperta la questione se in futuro nell'ambito della ponderazione degli interessi devono anche essere considerate le possibilità di successo del ricorso preponderantamente negative o positive, come lo esige la dottrina (XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zürich 2006, S. 191; cfr. per tutto anche Baurecht 2/2005, pag. 78 s. con nota di HUBERT STÖCKLI). In senso esplicativo si constata dapprima che una possibilità di successo del ricorso preponderantemente negativa a scapito del ricorrente non è ugualmente chiara come lo implica la constatazione che il ricorso è manifestamente infondato (d'altro parere MARTIN BEYELER nella sua nota in Baurecht 2/2007, pag. 87 ss., in particolare il punto 2a, pag. 88).

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

2.3.3 In ogni caso, nell'ambito della ponderazione degli interessi sono da includere gli interessi del ricorrente, gli interessi pubblici del committente ed eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Base dell'esame deve essere - anche in considerazione degli obiettivi dell'Art. XX 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 ss.) - la concessione di una tutela giudiziaria e l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale nella causa B-1174/2006, consid. 2.2., decisione incidentale della CRAP del 22 agosto 2006 nella causa 2006-011 consid. 2c; ANDRÉ MOSER, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen

[Überblick], in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP], 2000 pag. 685 con rinvii; André Moser in: Moser / Übersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen [Prozessieren], Basilea e Francoforte sul Meno 1998, N. a margine 3.21; cfr. per tutto anche Baurecht 2005/2, S22, pag. 78 s. con osservazioni di Hubert Stöckli).

3.

3.1 Nel caso in esame, l'autorità aggiudicatrice sostiene che la domanda della ricorrente volta ad ottenere l'effetto sospensivo non è sufficientemente motivata e pertanto volta all'insuccesso. Questa censura è stata respinta dal Giudice istruttore già con decisione del 18 maggio 2007. A tale riguardo si rimanda al considerando 2.1 della decisione menzionata.

3.2 Dapprima si richiamano alla mente i punteggi ottenuti dalle ricorrenti e dalla controparte come già accertato nella decisione d'istruzione del 18 maggio 2007.

3.2.1 L'aggiudicataria ha ottenuto complessivamente le seguenti valutazioni (cfr. anche il rapporto "Valutazione delle offerte" del 15 novembre 2006 = allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007, pag. 17):

Criterio di aggiudicazione	Nota	Ponderazione
1 Prezzo	3.9 (arrotondato)	30 %
2 Soluzione tecnica proposta		25 %
2.1 Complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti)	5.0	34 %
2.2 Progettazione impianto (capacità di adattamento alle variazioni di portate)	5.0	33 %
2.3 Giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni d'immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1)	5.0	33 %
3 Organizzazione (costruzione ed esercizio)		15 %
3.1 Disponibilità mandodopera e inventario (esercizio dell'impianto)	5.0	70 %
3.2 Organigramma del personale di cantiere e	5.0	10 %

d'esercizio		
3.3 Adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto	5.0	10 %
3.4 Sistema di sicurezza sul lavoro	3.0	10 %
4 Garanzia dei termini		15 %
4.1 Plausibilità del programma di lavoro	5.0	50 %
4.2 Rispetto dei termini iniziali e finali	5.0	30 %
4.3 Regolamentazione delle interfacce	5.0	20 %
5 Management della qualità		15 %
5.1 Q della sicurezza	5.0	60 %
5.2 Q dell'esecuzione e dell'esercizio	4.0	40 %

Sulla base della ponderazione dei criteri e dei sottocriteri l'aggiudicataria ha ottenuto il seguente punteggio (proposta della direzione all'attenzione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 6 dicembre 2006, di seguito proposta di aggiudicazione = allegato 10 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007 - in tedesco -, pag. 9):

Criteri di aggiudicazione	Nota (La media delle note è calcolata sulla base della ponderazione percentuale parziale dei sottocriteri, successivamente moltiplicata con la ponderazione dei criteri di aggiudicazione)	Punteggio
1 Prezzo	3.9 x 30	117
2 Soluzione tecnica proposta	5 x 25	125
3 Organizzazione (costruzione ed esercizio)	4.8 x 15	72
4 Garanzia dei termini	5 x 15	75
5 Management della qualità	4.6 x 15	69

Punteggio totale		458

3.2.2 L'offerta delle ricorrenti è stata valutata nel complesso nel modo seguente (cfr. rapporto "Valutazione delle offerte" del 15 novembre 2006 = allegato 3, pag. 24):

Criterio di aggiudicazione	Nota	Ponderazione
1 Prezzo	5.0	30 %
2 Soluzione tecnica proposta		25 %
2.1 Complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti)	3.0	34 %
2.2 Progettazione impianto (capacità di adattamento alle variazioni di portate)	5.0	33 %
2.3 Giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni d'immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1)	3.0	33 %
3 Organizzazione (costruzione ed esercizio)		15 %
3.1 Disponibilità mandodopera e inventario (esercizio dell'impianto)	2.5	70 %
3.2 Organigramma del personale di cantiere e d'esercizio	3.5	10 %
3.3 Adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto	4.0	10 %
3.4 Sistema di sicurezza sul lavoro	5.0	10 %
4 Garanzia dei termini		15 %
4.1 Plausibilità del programma di lavoro	5.0	50 %
4.2 Rispetto dei termini iniziali e finali	5.0	30 %
4.3 Regolamentazione delle interfacce	5.0	20 %
5 Management della qualità		15 %
5.1 Q della sicurezza	5.0	60 %
5.2 Q dell'esecuzione e dell'esercizio	5.0	40 %

Sulla base della ponderazione dei criteri e sottocriteri le ricorrenti hanno ottenuto il seguente punteggio (cfr. proposta di aggiudicazione del 6 dicembre 2006 = allegato 10 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007 - in tedesco -, pag. 9):

Criteri di aggiudicazione	Nota (La media delle note è calcolata sulla base della ponderazione percentuale parziale dei sottocriteri, successivamente moltiplicata con la ponderazione dei criteri di aggiudicazione)	Punteggio
1 Prezzo	5 x 30	150
2 Soluzione tecnica proposta	3.66 x 25	91.5 (arrotondato)
3 Organizzazione (costruzione ed esercizio)	3 x 15	45
4 Garanzia dei termini	5 x 15	75
5 Management della qualità	5 x 15	75
Punteggio totale		436.5

3.3

3.3.1 Come già constatato dal Giudice istruttore con decisione del 18 maggio 2007 (consid. 2.2.1), dal rapporto "Valutazione delle offerte" dell'autorità aggiudicatrice del 15 novembre 2006 (cfr. allegato 3, pag. 13, appendice L, pag. 2 s.) emerge che nella ponderazione dell'offerta il prezzo conta il 30 %, la soluzione tecnica proposta il 25%, l'organizzazione (costruzione ed esercizio) 15%, la garanzia dei termini 15% e il management della qualità specifica dell'oggetto 15%. All'interno di tutti i criteri di valutazione all'infuori del criterio del prezzo sussistono inoltre dei sottocriteri. Per quanto attiene al criterio "Soluzione tecnica proposta", ognuno dei tre sottocriteri – complessità dei processi (sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, misure contro i guasti), progettazione impianto (capacità di adattamento alle portate variabili) e giusto dimensionamento (rispetto delle condizioni di immissione) – ha un peso equivalente ad un terzo. Il criterio organizzazione comprende tre sottocriteri: la disponibilità di manodopera e inventario (esercizio dell'impianto) conta il 70%, l'organigramma del personale di cantiere e d'esercizio conta il 10%, l'adeguata organizzazione del cantiere e dell'esercizio dell'impianto conta il 10% e il sistema di sicurezza sul lavoro il 10%. Anche il criterio della garanzia dei termini si

compone di tre sottocriteri: la plausibilità del programma di lavoro ha un peso del 50%, il rispetto dei termini iniziali e finali del 30% e la regolamentazione delle interfacce del 20%. Il criterio "Management della qualità specifica dell'oggetto" presenta due sottocriteri: il management della sicurezza conta il 60%, mentre il management dell'esecuzione conta il 40%.

La ponderazione dei criteri e dei sottocriteri illustrata sopra non viene contestata dalle ricorrenti. Dalla proposta della direzione all'attenzione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 6 dicembre 2006 (allegato 10, pag. 2) emerge in modo notevole che l'autorità aggiudicatrice avrebbe preferito una ponderazione più alta del criterio di aggiudicazione N. 2 "Auslegung des Verfahrens" ("Soluzione tecnica proposta") (ponderazione del 30% invece dei 25 % approvati nelle condizioni di appalto). Conformemente a ciò, il criterio di aggiudicazione N. 5 ("projektbezogenes Qualitätsmanagement" = "management della qualità specifica dell'oggetto") avrebbe dovuto quindi essere ponderato solo del 10%. La modifica del grado di ponderazione avrebbe avuto come conseguenza che alle proprietà tecniche valutate al criterio 2 sarebbe stata attribuita un'importanza maggiore rispetto al criterio di aggiudicazione del prezzo, anch'esso con un grado di ponderazione del 30 %. Tale effetto si sarebbe rafforzato grazie al fatto che il criterio 5 non ha più un effetto selettivo a causa della valutazione effettuata (Valutazioni medie tra 4.6 e 5 punti). Poiché le ponderazioni del 25% per il criterio 2 e del 15 % per il criterio 5 erano già state comunicate, i punteggi erano stati calcolati sulla base di queste ponderazioni. Tuttavia, da questa situazione di partenza emerge la possibilità che l'autorità aggiudicatrice è stata tentata a confrontare le due offerte tramite una valutazione più severa, eventualmente eccedendo nel suo potere di apprezzamento, come se il criterio 2 fosse stato ponderato secondo il modello a cui è stata data la preferenza giusta l'allegato 10. D'altra parte l'autorità aggiudicatrice potrebbe essere tentata a impostare la valutazione del prezzo così che la curva dei prezzi risulta troppo piatta in favore della controparte.

3.3.2 Giusta l'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso, non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza. In relazione alla valutazione delle offerte e dei loro prezzi la committente dispone di un potere d'apprezzamento considerevole (cfr. p. es. la decisione della CRAP del 5 luglio 2001 nella procedura CRAP 2001-003, pubblicata in GAAC 65.94, consid. 2b). Nondimeno la valutazione delle offerte deve essere effettuata in ogni caso in modo sostenibile, altrimenti alla commitente potrebbe essere rimproverato un eccesso o un abuso del potere d'apprezzamento (cfr. GALLI / MOSER / LANG, v. q. v., N. a margine 421; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, pubblicato in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, pag. 1405 ss., pag. 1420).

3.4

3.4.1 Secondo pareri concordi, all'autorità aggiudicatrice è riconosciuto un considerevole potere d'apprezzamento sia nell'ambito dei rimanenti criteri

di aggiudicazione come pure nell'ambito della valutazione del prezzo rispettivamente nella scelta del metodo di valutazione da adottare (cfr. la decisione della CRAP nella causa 2003-032, pubblicata in GAAC 68.120, consid. 4c/cc). Il Tribunale federale ha precisato di recente, che in questo contesto non è dato uno spazio d'apprezzamento bensì una latitudine di giudizio. Quest'ultimo di principio sottostà ad un controllo giuridico dei tribunali amministrativi cantonali, di solito effettuato con un certo riserbo (sentenza 2P.230/2006 del 5 marzo 2007, consid. 3.2).

3.4.2 Il Tribunale federale ha criticato nella sua sentenza DTF 129 I 313 ss., consid. 9 pag. 326 ss., un modello di valutazione del prezzo che raccomandava la valutazione del prezzo secondo la formula

punteggio X prezzo più basso offerto / prezzo offerto dal relativo offerente.

L'Alta Corte ha constatato che questo metodo di valutazione ha lo svantaggio che il peso reale del criterio prezzo viene evidentemente sminuito nell'aggiudicazione. Il Tribunale federale non ha motivato la sua decisione unicamente con la critica della valutazione del prezzo di per sé, ma ha nel complesso piuttosto disapprovato la combinazione della ponderazione del prezzo (20%), della ponderazione del criterio formazione degli apprendisti (10%) e del modello di valutazione del prezzo sopra illustrato (v. q. v., consid. 9 pag. 328). Anche i tribunali cantonali richiedono nell'ambito del controllo giuridico che la ponderazione del criterio d'aggiudicazione "prezzo" pubblicata nella documentazione d'appalto venga espressa in maniera chiara, cioè la valutazione scelta deve considerare la ponderazione del criterio in modo che il peso pubblicato anticipatamente trovi effettivamente applicazione (cfr. soltanto AGVE 2004, pag. 299 ss., regesto). Nel calcolo bisogna tener conto del margine di prezzo che si può attendere in modo realistico tra l'offerta minima e l'offerta massima (decisione del tribunale amministrativo del canton Zurigo nella causa VB.2003.00469 del 21 aprile 2004, pubblicata in ZBl 2004, pag. 382 ss., consid. 2.5, pag. 384).

3.4.3 Nel caso di specie dapprima è necessario presentare i prezzi delle offerte in questione e il metodo di valutazione scelto.
Conformemente a "Antrag der Geschäftsleitung auf Vergabe der Wasserbehandlungsanlagen CBT in der bereinigten Fassung gemäss Beschluss des Ausschusses Technik des Verwaltungsrates vom 21. Dezember 2006" (proposta di aggiudicazione = allegato 10 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007 - in tedesco -, pag. 6) risulta che tra l'offerta rettificata delle ricorrenti (dedotti ribasso e sconto, IVA esclusa) per un valore di Fr. 21'749'812.55 e quella della controparte ammontante ad un valore di Fr. 26'354'470.00 vi è una differenza di prezzo di circa 4.6 Milioni di franchi. Altre due offerte presentano importi rettificati pari a Fr. 28'800'955.00 e Fr. 39'680'375.95. Il metodo di valutazione del prezzo è stato fissato in modo che l'offerta dal prezzo più vantaggioso ha ottenuto il numero massimo di punti (5 punti), mentre l'offerta più cara ha ottenuto 0 punti. L'offerta reputata più cara corrispondeva alla variante di un offerente, ammontante ad un importo di

Fr. 42'548'280.95. I valori intermedi sono stati determinati in modo lineare (cfr. allegato 10, pag. 3). Sulla base della formula (offerta più cara – offerta da valutare) x 5 ./. (offerta più cara – offerta più vantaggiosa) risulta il punteggio della controparte. Ciò significa concretamente che il prezzo dell'offerta dell'aggiudicataria è stato valutato con 3.9 punti (16'193'810.95 x 5 [= 80'969'054.75] / 20'798'468.4 = 3.89).

3.4.4 Da quanto detto emerge innanzi tutto che le ricorrenti hanno offerto ad un prezzo più vantaggioso del 20%, per cui esse hanno ottenuto malgrado la valutazione chiaramente peggiore dei criteri 3 e 4 un punteggio totale di 436.5 punti in confronto ai 458 punti ottenuti dalla controparte. Si pone in primo luogo la questione a sapere se l'autorità aggiudicatrice ha raggiunto questo risultato sulla base di una constatazione di una curva dei prezzi troppo piatta, nella misura in cui un'offerta più cara del 20% è stata valutata ancora con 3.9 su 5 punti.

Nel caso in esame la curva dei prezzi ha un andamento relativamente piatto. Mentre un'offerta più cara del 20% sarebbe stata valutata nel caso trattato dal Tribunale federale con 4.16 su un massimo di 5 punti, la stessa offerta sarebbe stata valutata con 3.95 punti sulla base del metodo di valutazione qui utilizzato. A causa dell'elevato importo della variante più cara le offerte delle ricorrenti e della controparte si sono trovate relativamente vicine nella graduatoria della valutazione del prezzo (cfr. verbale di discussione sui motivi di mancata aggiudicazione = allegato 5, pag. 2 Punto 4.1). Si pone quindi la domanda se l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto scegliere un metodo di calcolo che avrebbe condotto ad una curva dei prezzi con un maggiore grado di pendenza.

Va accertato a favore dell'autorità aggiudicatrice che l'offerta più cara inoltrata ammonta a Fr. 39'680'375.95 e una variante di quest'offerta raggiunge un importo di Fr. 42'548'280.95 (cfr. proposta di aggiudicazione, allegato 10 in lingua tedesca, pag. 6). Inoltre l'autorità aggiudicatrice ha comunicato ai potenziali offerenti il metodo di valutazione del prezzo già nella messa a concorso del 30 settembre 2005 per cui non si può rimproverarle di aver accertato la curva dei prezzi deliberatoriamente a scapito delle ricorrenti, di non aver considerato l'ammontare effettivo delle offerte nella valutazione e di essersi messa in contrasto con il capitolato d'appalto (cfr. decisione del Tribunale federale del 23 febbraio 2007 2P.70/2006, consid. 6.3.3 s.). Si pone quindi soprattutto la domanda se l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto ignorare i prezzi delle offerte effettivamente più elevati sulla base del margine di prezzo che si poteva attendere oggettivamente. Nel caso in esame non viene invece affermato che l'offerente con l'offerta più elevata ha inoltrato la propria offerta solamente allo scopo di manipolare la valutazione del prezzo; ciò appare anche poco verosimile a causa del grande dispendio nell'ambito di un appalto funzionale (cfr. AGVE 2005, 225 ss., consid. b/dd, pag. 227 s.). Nel quadro della valutazione della domanda se una curva dei prezzi oltrepassa il margine di apprezzamento, bisogna tenere conto anche della

complessità dell'aggiudicazione in questione (cfr. decisione del Tribunale federale del 5 marzo 2007 2P.230/2006, consid. 4, e decisione del Tribunale amministrativo del Canton Zurigo nel procedimento VB.2003.00469 del 21 aprile 2004 pubblicata in ZBl 2004, pag. 382 ss., consid. 2.6 pag. 384). Il dispendio concettuale relativo alla presente aggiudicazione e le differenti soluzioni tecniche proposte per il trattamento di acque particolarmente sporche dimostrano da una parte che nel caso di specie la ponderazione relativamente bassa del prezzo (30%) appare giustificata. Dall'altra bisogna imporre un certo riserbo per quanto attiene alla critica sollevata in merito alla curva dei prezzi. Sarebbe stato invece immaginabile e conforme al concorso valutare con 0 punti non la variante più cara bensì già l'offerta di base più elevata dell'ammontare di Fr. 39'680'375.95, ciò che avrebbe condotto ad una valutazione dell'offerta della controparte con 3.7 (invece di 3.9) su 5 punti. Può tuttavia rimanere aperta la questione a sapere se l'autorità aggiudicatrice fosse stata giuridicamente tenuta ad effettuare questa valutazione, in quanto né una valutazione dell'offerta della controparte peggiore di 6 punti (ponderati) né di conseguenza un punteggio complessivo della controparte di 452 punti non cambierebbero nulla al risultato (cfr. consid. 4.3 che segue).

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

3.5.1 Con decisione del Giudice istruttore del 18 maggio 2007 è stato constatato che per l'accertamento dei fatti sono necessarie conoscenze tecniche. Conformemente a ciò è stato designato con il Dr. Manfred Tschui un perito con particolari nozioni tecniche nel campo del trattamento di acque. L'autorità aggiudicatrice afferma secondo il senso che l'allestimento di una perizia non sarebbe stato necessario in quanto essa ha consultato nel quadro della presente commessa uno studio di ingegneria specializzato, il quale l'ha sostenuta nella valutazione delle offerte. Il rimprovero concernente l'inutilità della perizia non è in nessun modo giustificato, dopo che è stato accertato che non solo è documentata la contraddizione tra la ponderazione dei criteri interna (preferenziale) e quella pubblicata (cfr. consid. 3.3.1 sopra), ma anche che sia le ricorrenti sia la controparte hanno messo in dubbio le valutazioni dell'ingegnere convocato dalla committente con argomenti che non possono essere invalidati senza ricorrere a nozioni tecniche. A ciò si aggiunge che nel quadro di un appalto funzionale la confrontabilità delle offerte è resa difficile già per la natura di questo genere di commesse (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, N. a margine 8.1), per cui alle nozioni tecniche viene attribuita un'importanza elevata. A questo riguardo l'ingegnere che ha funto da consulente alla committente è stato interrogato come teste nel quadro dell'udienza di istruzione del 26 e 27

giugno 2007.

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

3.5.3 Le ricorrenti rimproverano all'autorità aggiudicatrice in generale di aver valutato in modo peggiore la loro offerta benché la funzionalità di quest'ultima sia sempre rimasta incontestata. Secondo il senso esse fanno quindi valere che, nella misura in cui entrambe le offerte si attengono alle condizioni nel quadro dell'appalto funzionale, non si giustificano differenze nella valutazione (cfr. ad esempio la presa di posizione delle ricorrenti del 26 luglio 2007, pag. 8). In questo modo le ricorrenti fraintendono da una parte il concetto dell'appalto funzionale e dall'altra la distinzione tra specificazioni tecniche e criteri di aggiudicazione. Innanzitutto occorre constatare che l'appalto funzionale appare in principio conforme al diritto in materia di acquisti pubblici nonostante le sue particolarità, fintanto che esso serve veramente – come nel caso in esame – a cercare soluzioni innovative sul mercato (Galli / Moser / Lang, v. q. v., N. a margine 216 con rinvii). Secondo il modo di vedere delle ricorrenti l'appalto funzionaledovrebbe comportare che in tale ambito, anche per rispondere alla domanda se le specificazioni tecniche sono soddisfatte, solamente il prezzo è decisivo nel quadro della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le cose non stanno proprio così. Anche nell'ambito di un appalto funzionale occorre di regola confrontare tra l'altro le soluzioni tecniche offerte riguardo alla loro qualità. È esatto che in quest'occasione si pone sempre di più il problema della comparabilità delle offerte (Gauch / Stöckli, Thesen, v. q. v., N. a margine 11.6).

3.6 L'autorità aggiudicatrice ha motivato le deduzioni di punti al criterio 2 "soluzione proposta" conformemente al proprio rapporto "Valutazione delle offerte" (cfr. allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice, in particolare pag. 24) nel modo seguente:

Criterio di aggiudicazione	Riassunto delle osservazioni	**Nota**
2 Soluzione tecnica proposta		

2.1	**Complessità dei processi** Sicurezza d'esercizio, frequenza guasti, provvedimenti contro i guasti.	• Manca una filtrazione a sabbia ciò pregiudica la funzionalità dei filtri a carbone attivo (-1.0). • Il procedimento di neutralizzazione dopo la flocculazione comporta una insufficiente eliminazione delle sostanze solide (-0.5). • Il sedimentatore a pacco lamellare non dà sufficiente sicurezza ed è soggetto a guasti (intasamento delle lamelle e intasamento del sistema di evacuazione del fango) (-0.5).	**3.0**
2.2	**Progettazione impianto** Capacità di adattamento alle variazioni di portate.		**5.0**
2.3	**Giusto dimensionamento** Rispetto delle condizioni d'immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1.	• Le caratteristiche del filtro a carboni attivi (in particolare il sistema di controlavaggio solo con acqua, al posto di acqua ed aria) non assicura sufficientemente il rispetto delle condizioni di immissione (-1.0). • L'esigenza di eliminazione del 98% delle particelle solide non viene garantita con sufficiente affidabilità dal sistema proposto (-0.5). • Il sistema per la disidratazione meccanica dei fanghi (filtropressa) risulta sottodimensionato (-0.5).	**3.0**

3.6.1 In riferimento al sottocriterio 2.1 l'autorità aggiudicatrice ha effettuato una prima deduzione di 1.0 punti poiché manca una filtrazione a sabbia, ciò che pregiudica la funzionalità dei filtri a carbone attivo.
Le ricorrenti osservano a questo proposito che da una parte anche il filtro a sabbia ha bisogno di manutenzione ed è soggetto a guasti. D'altra parte la loro soluzione tecnica comporta al massimo la sostituzione più frequente dei carboni attivi, ciò che però è stato considerato nel quadro dell'offerta (ricorso, pag. 11).
Invece per l'autorità aggiudicatrice resta inteso che il filtro a carbone attivo non può essere previsto per eliminare le particelle solide in sospensione. Questa fase del procedimento deve avvenire precedentemente (osservazioni, pag. 11).
Lo specialista consultato dall'autorità aggiudicatrice giunge alla conclusione che è necessaria una fase di filtrazione (filtrazione a sabbia) prima della filtrazione con i carboni attivi (appendice L all'allegato 3, pag. 5 delle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007). Nella mancanza di una filtrazione a sabbia si intravede quindi un notevole difetto tecnico (v. q. v., pag. 2).
Il perito osserva che la mancanza di una filtrazione a sabbia non implica soltanto una riduzione della durata di funzionamento del filtro, come del resto fanno presente pure le ricorrenti, ma anche che il filtro deve in seguito essere sciacquato per lavare le particelle solide trattenute; conformemente a ciò, secondo il concetto proposto dalla controparte i filtri devono essere controsciacquati con minor frequenza (perizia, pag. 2).

Contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, il perito non intravede uno svantaggio nella circostanza che anche il filtro a sabbia ha bisogno di manutenzione. Nella loro presa di posizione sulla perizia le ricorrenti fanno

nuovamente valere questo argomento come pure che la mancanza di un filtro a sabbia non è grave nella misura in cui secondo la loro soluzione le sostanze solide in sospensione che colpiscono il fitro a carbone attivo sono di quantità minore rispetto ad altre soluzioni tecniche. Queste argomentazioni non sono pertinenti. In un modo o nell'altro il perito ha confermato la valutazione dell'ingegnere consultato dall'autorità aggiudicatrice in riferimento a questo punto, per cui la deduzione di 1.0 punti da essa eseguita non può in ogni caso essere considerata illecita. Del resto anche una riduzione di soli 0.5 punti non cambierebbe nulla al risultato complessivo (cfr. consid. 4.3 che segue).

3.6.2 Un'ulteriore deduzione di 0.5 punti è avvenuta sempre al sottocriterio 2.1, poiché il procedimento di neutralizzazione dopo la flocculazione comporta un'insufficiente eliminazione delle sostanze solide. In sostanza è stata giudicata sfavorevole la sequenza delle singoli fasi del procedimento dell'impianto (neutralizzazione avviene solo dopo la flocculazione e sedimentazione). Conformemente a ciò l'autorità aggiudicatrice ha descritto già nel bando di concorso l'ordine della sequenza così che la neutralizzazione avviene prima della flocculazione e sedimentazione. L'ordine previsto nel bando di concorso non è comunque vincolante per gli offerenti nel quadro di un appalto funzionale.
Le ricorrenti spiegano a questo riguardo che nella raccomandazione SIA 431, edizione 1997, si osserva che "trübstoffhaltige alkalische Abwässer sind vor der Neutralisation durch Schwerkraftabscheidung (Absatzbecken) vorzubehandeln". Esse ritengono per questo motivo ingiusto che la loro soluzione che corrisponde alla raccomandazione SIA sia stata valutata in modo peggiore di quella della controparte, la quale invece non è conforme a detta raccomandazione (cfr. in particolare verbale dell'udienza di istruzione del 26 e 27 giugno 2007, pag. 10, 28, 29).

L'ingegnere consultato dall'autorità aggiudicatrice considera la sequenza prevista dalla soluzione delle ricorrenti come notevole mancanza tecnica (appendice L all'allegato 3 delle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007, pag. 2). A titolo suppletivo nella presa di posizione dell'ingegnere si osserva a questo riguardo che la flocculazione delle acque di scarico senza che prima sia avvenuta la neutralizzazione non è ottimale ed implica una concentrazione più elevata delle particelle fini, che non possono sedimentare bene (v. q. v., pag. 4).

Il perito constata che con le ricorrenti bisogna partire dal presupposto che in diverse direttive e circolari, tra le quali figura la raccomandazione SIA 431, si propone un bacino di decantazione prima dell'impianto di neutralizzazione. Egli specifica però che una sequenza sensata delle unità di processo è determinata in ogni caso in maniera preponderante dalla qualità dell'acqua da trattare. In ogni caso egli raccomanda di inserire a causa della precipitazione causata dalla neutralizzazione (spostamento dell’equilibrio di solubilità dovuto al cambiamento di pH) un bacino di sedimentazione dopo la stazione di neutralizzazione, in modo da ridurre il carico di sostanze solide ai processi successivi. Nel caso in esame le

sostanze totali disciolte vengono stimate con 500 – 5'000 mg/l. Questo aspetto non deve perciò essere trascurato. Ne consegue che la sequenza sedimentazione prima della neutralizzazione come previsto nella soluzione delle ricorrenti è perlomeno equivalente al concetto della controparte, se dopo la neutralizzazione avviene ancora una sufficiente sedimentazione. In casu il perito osserva però che la sedimentazione supplementare prevista a posteriori è concepita solo come dispositivo di sicurezza supplementare. Senza un dispositivo automatico di eliminazione dei fanghi i bacini previsti dalle ricorrenti non sono atti secondo l'avviso del perito a trattenere in modo sicuro le precipitazioni dovute alla neutralizzazione (referto peritale, pag. 3; in questo senso concorde con il rapporto dell'ingegnere convocato dall'autorità aggiudicatrice, appendice L all'allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007, pag. 5). Il perito precisa il giudizio da parte dell'ingegnere che ha funto da consulente per l'autorità aggiudicatrice, appoggia tuttavia nel risultato anche il fatto che l'autorità aggiudicatrice abbia valutato in modo peggiore l'offerta delle ricorrenti in questo punto. Inoltre dalla perizia si evince che secondo la proposta delle ricorrenti la flocculazione avviene in ambiente altamente basico, per cui si deve da un lato contare con un uso elevato di prodotti, per quanto attiene ai flocculanti. D’altra parte ci si deve attendere un fabbisogno minimo di prodotti per la neutralizzazione. In questo modo si può compensare una parte dei maggiori costi dovuti al flocculante speciale. Contrariamente a quanto accertato dall'ingegnere consultato dalla committente (appendice L all'allegato 3 delle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007, pag. 5), alla cui valutazione rimandano a giusto titolo anche le ricorrenti, il perito parte invece dal presupposto che le caratteristiche dei flocculanti non parlano a priori in sfavore della cronologia delle singole tappe dell'impianto proposto dalle ricorrenti (perizia, pag. 4). Questo aspetto indicato dal perito non può però cambiare nulla al risultato già accertato fino ad ora. Può quindi rimanere aperta la questione se le ricorrenti hanno specificato in modo sufficiente i flocculanti da loro impiegati nel quadro della loro offerta, in generale molto concisa. Nel dubbio non ci si può basare su questa circostanza, tanto è vero che le ricorrenti hanno addotto a questo riguardo durante l'udienza d'istruzione che una relativa precisazione non era a loro avviso necessaria, dal momento che è ovvio che a dipendenza del tipo di acqua si impiega un flocculante adeguato (cfr. verbale dell'udienza di istruzione, pag. 30).

Nella misura in cui le ricorrenti in questo contesto insinuano che il perito non ha capito il loro concetto della sedimentazione supplementare dopo la neutralizzazione, le loro allegazioni non sono convincenti, soprattutto dopo che questa tappa del processo dell'impianto è stata ampiamente discussa nel quadro dell'interrogazione dell'ingegnere consultato dalla committente (verbale dell'interrogazione del teste, pag. 4, con osservazioni del teste I._____ del 10 luglio 2007 e nota agli atti dell'11 luglio 2007).

3.6.3 Sempre in riferimento al sottocriterio 2.1 viene effettuata un'ulteriore

deduzione di 0.5 punti, poiché il sedimentatore a pacco lamellare non dà sufficiente sicurezza ed è soggetto a guasti (intasamento delle lamelle e intasamento del sistema di evacuazione del fango). Le ricorrenti rilevano in questo ambito che il sedimentatore a pacco lamellare obliquo da lei utilizzato nel progetto è oggettivamente più efficiente rispetto ai diversi tipi di sedimentatori convenzionali e che inoltre implica un risparmio di flocculante. Per questo motivo esse non ritengono plausibile di essere valutate in modo peggiore rispetto alla controparte (ricorso, pag. 8). L'autorità aggiudicatrice spiega a tale riguardo che il sistema a pacco lamellare è sì concettualmente più sofisticato di altri sedimentatori, allo stesso tempo esso è però più soggetto ad intasamenti e bloccaggi, i quali comportano a loro volta il malfunzionamento dell'intero impianto. Secondo la committente questo inconveniente è più manifesto in acqua molto sporca e ricca di sedimenti, come lo è il caso per le acque di galleria, in particolare se si tratta di scavo all'esplosivo (osservazioni, pag. 11).

Nella presa di posizione dell'ingegnere convocato dalla committente è annotato tra l'altro che, in confronto ai sedimentatori convenzionali, da un sedimentatore a pacco lamellare vi è da attendersi un dispendio più elevato per la manutenzione rispettivamente per la pulizia (appendice L all'allegato 3 delle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007, pag. 4). Nel quadro della risposta alla domanda 3 giusta la decisione del 3 luglio 2007 il perito ha dovuto esprimersi sulla questione se un sistema di sedimentatore a pacco lamellare è meno adatto per acque particolarmente sporche, con un alto tenore di pH e ricche di sedimenti nel caso di alte variazioni in riferimento alla quantità e qualità rispetto alla soluzione della controparte (sedimentatore verticale). Nel referto peritale il perito ha considerato la soluzione tecnica delle ricorrenti come lege artis, tuttavia egli ha spiegato tra l'altro che il sistema di costruzione compatto del sedimentatore a pacco lamellare nel caso di grandi variazioni di carico (acqua, particelle solide, pH) - come vi è da attendersi sulla base della documentazione d'appalto - reagisce in modo più sensibile rispetto a unità di trattamento convenzionali (perizia del 13 luglio 2007, pag. 5). Fintanto che le ricorrenti adducono solamente che la funzionalità della loro soluzione tecnica è ugualmente garantita come nel caso della soluzione della controparte, non può essere dato loro ascolto (cfr. consid. 3.5.3).

3.6.4 Al criterio 2.3 (Giusto dimensionamento; rispetto delle condizioni di immissione, equivalenza con il concetto IIIB-1) è stata effettuata un'ulteriore deduzione di 0.5 punti poiché l'esigenza di eliminazione del 98% delle particelle solide non viene garantita con sufficiente affidabilità dal sistema proposto. Le ricorrenti definiscono la motivazione dell'autorità aggiudicatrice come "sibillina" (ricorso, pag. 10). Effettivamente la formulazione scelta dalla committente non menziona in alcun modo quale caratteristica tecnica dell'impianto ha condotto a questa deduzione di punti. Nel quadro delle osservazioni del 13 febbraio 2007, la committente rimanda unicamente alle incontestabili severe condizioni di immissione. Del resto con il rinvio "come sopra esposte" si rimanda in maniera generale a quegli

aspetti tecnici che sono già stati considerati sotto forma di deduzioni di punti. Anche nell'ambito dell'udienza di istruzione non ha potuto essere data una spiegazione plausibile in merito a questo punto (verbale, pag. 44 s.). Conformemente a ciò il Giudice istruttore ha rinunciato a porre al perito una domanda corrispondente. La valutazione delle ricorrenti in relazione al criterio 2.3 deve essere quindi aumentata di un mezzo punto.

3.6.5 Parimenti al sottocriterio 2.3 l'autorità aggiudicatrice motiva una deduzione di un punto con l'argomento che le caratteristiche del filtro a carboni attivi (in particolare il sistema di controlavaggio solo con acqua, al posto di acqua e aria) non assicura sufficientemente il rispetto delle condizioni di immissione.
Tale deduzione non è stata contestata in un primo tempo dalle ricorrenti. Di conseguenza le osservazioni della committente non contengono allegazioni in merito.

Il perito spiega che Il risciacquo controcorrente con miscela aria/acqua è sicuramente più efficace per il lavaggio delle particelle solide derivanti dai filtri a carbone attivo, così che si aumenta la capacità di ritenere sostanze solide in modo notevole. Vantaggi supplementari dell'offerta della controparte risultano in questo contesto anche dalla circostanza che l'acqua è trattata non solo con gravità ma anche a pressione (perizia, pag. 6). Dunque la soluzione tecnica della controparte presenta evidenti vantaggi rispetto a quella delle ricorrenti, ciò che ha indotto l'autorità aggiudicatrice giustamente ad una valutazione peggiore della loro offerta. È pur vero che l'impianto delle ricorrenti è in grado di compensare lo svantaggio constatato fino ad un certo punto, prevedendo una sostituzione più rapida dei filtri a carbone attivo (osservazioni del 26 luglio 2007, pag. 8). Tuttavia la deduzione di un punto su un massimo di 5 non appare comunque illecita, considerato che le ricorrenti in questo criterio ottengono un totale di 3.5 punti al sottocriterio 2.3, il che è adempiuto visto quanto detto al considerando 3.6.4.

3.6.6 Parimenti al sottocriterio 2.3 è stata effettuata un'ulteriore deduzione di 0.5 punti poiché il sistema per la disidratazione meccanica dei fanghi (filtropressa) risulta sottodimensionato. In tale contesto le ricorrenti spiegano che la filtropressa da loro offerta non solo è sufficientemente dimensionata, ma che oltre a ciò essa può ridurre le eventuali punte di concentrazione delle particelle solide nell'acqua deviando i fanghi nei sedimentatori. In caso di emergenza sono previsti i bacini di accumulo che devono essere considerati parte del dispositivo (ricorso, pag. 9). Mentre le osservazioni dell'autorità aggiudicatrice non contengono allegazioni in merito a questo punto, l'ingegnere da essa consultato osserva nella sua valutazione (appendice L all'allegato 3 delle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007, pag. 6) che sia a Mezzovico sia a Vigana è prevista una filtropressa a camera per la disidratazione dei fanghi derivante dagli impianti di trattamento delle acque di galleria. Le previste capacità di disidratazione dei fanghi non sono però sufficienti considerata la presumibile concentrazione delle particelle solide rispettivamente le

notevoli variazioni del volume dei fanghi. In questo contesto anche l'esperto spiega che la disidratazione dei fanghi deve avere delle riserve di capacità per poter trattare queste variazioni. L'esperto espone inoltre che la disidratazione dei fanghi prevista nel concetto della controparte presenta una capacità di riserva evidentemente più elevata (perizia, pag. 7).
Le ricorrenti rimproverano al perito ch'egli ha frainteso i loro dati allo stesso modo come l'ingegnere consulente dell'autorità aggiudicatrice. Esse rinviano alla relazione tecnica IIB, pag. 28 al punto 3.2.2.8. ("Capacità delle filtropresse: Mezzovico: 3.3 m^3/h, Vigana: 2.2 m^3/h). Per le ricorrenti con questi dati non si intende il volume del fango da trattare, ma il fango disidratato in un'ora. A questo riguardo occorre notare innanzitutto che il significato che il perito ha posto alla base dei dati riguardanti il volume è lo stesso del significato che sarebbe stato attribuito secondo la concezione generale. Nemmeno l'autorità aggiudicatrice può del resto fare appello ad intendere in buona fede un criterio di aggiudicazione in modo non convenzionale (decisione della CRAP del 5 luglio 2001 nella procedura CRAP 2001-003, pubblicata in GAAC 65.94, consid. 3d con rinvii). Considerate queste circostanze né l'autorità aggiudicatrice né il perito consultato successivamente sono tenuti ad una spiegazione. Piuttosto sono le ricorrenti che devono sopportare le conseguenze di un eventuale malinteso, tenuto conto che hanno inoltrato - non solo in questo punto - un'offerta molto succinta. Le supposizioni di fatto da parte del perito non sono quindi contestabili. In riferimento al risultato può rimanere aperta la questione se la filtropressa delle ricorrenti è sottodimensionata o meno. Per la deduzione di 0.5 punti è sufficiente che l'impianto della controparte presenti un vantaggio in relazione al dimensionamento, ciò che è stato constatato dal perito. La deduzione di punti in questione non è dunque più contestabile dopo un esame sommario della situazione.

3.6.7 Al criterio 3.1 "disponibilità manodopera e inventario (esercizio dell'impianto)", secondo la "Valutazione delle offerte" dell'autorità aggiudicatrice del 15 novembre 2006 (allegato 3 alle osservazioni del 13 febbraio 2007, in particolare pag. 24), essa ha fatto una deduzione di 2.5 punti con la seguente motivazione: "La mancanza di manodopera nella gran parte della giornata (sostituita solo con picchetti, ronde e controllo a distanza) comporta in caso di guasto un rischio molto elevato di cattivo funzionamento dell'impianto non giustificabile per un cantiere di questa entità e con delle condizioni di immissione così delicate. Per esempio la filtropressa, oppure il sedimentatore a lamelle, richiedono presenza regolare di personale in cantiere per la loro gestione, il controllo e la manutenzione continua."

Le ricorrenti osservano che la critica mossa dall'autorità aggiudicatrice si riferisce al sistema di telegestione senza personale costantemente previsto sul cantiere, come da loro offerto. Esse reputano questa deduzione assolutamente ingiustificata, tanto più che probabilmente neanche l'offerta della controparte prevede una presenza di 24 ore su 24

sull'arco di 7 giorni, ciò che altrimenti comporterebbe, in considerazione della funzione pluriennale dell'impianto, costi che ammonterebbero dagli 8 ai 10 milioni di franchi, ancor di più se è previsto realmente personale qualificato sul posto. Sulla base dei dati a disposizione anche il servizio di picchetto presso la sede di una delle ricorrenti può garantire una sorveglianza ed eventualmente modifiche necessarie (ricorso, pag. 13).
L'autorità aggiudicatrice spiega in riferimento alla valutazione di questo criterio che la mancanza di manodopera nella gran parte della giornata comporta, in caso di guasto, un rischio molto elevato di cattivo funzionamento dell'impianto con capacità di intervento non giustificabile per un cantiere di questa entità e con delle condizioni di immissione così delicate, tenuto conto anche dell'avanzamento con esplosivi e con ciò delle speciali caratteristiche delle acque da trattare (cfr. osservazioni, pag. 12 s.).
La controparte indica inoltre che è prevista conformemente alla sua offerta la presenza di complessivamente fino a 5 collaboratori tra l'altro per la sorveglianza dell'impianto (osservazioni alla perizia del 23 luglio 2007, pag. 2).

Dalle domande agli offerenti risulta che le ricorrenti hanno esplicato la loro offerta nei confronti della committente nel seguente modo: "Ribadiamo che, da parte nostra, non riteniamo utile e necessaria la presenza continua di personale per la sorveglianza degli impianti" (Elenco delle domande e delle risposte del 25 agosto 2006, domanda 12, appendice I all'allegato 3 alle osservazioni del 13 febbraio 2007). La controparte ha invece non solo affermato che si tratta di 5 persone in totale, tra le quali si trovano un responsabile qualificato per l'impianto e due collaboratori con formazione in elettromeccanica. In più il loro concetto prevede dal lunedì al venerdì la presenza di uno fino a tre collaboratori per impianto tra le 06.00 e le 22.00, mentre al fine settimana solo un collaboratore per impianto assume il compito della sorveglianza. Oltre a ciò nel tempo restante si impiega un servizio di picchetto su chiamata automatica con un sistema di teleallarme.

Dalle allegazioni precedenti e in considerazione della ponderazione del criterio parziale "disponibilità manodopera" del 70% nel quadro del criterio di aggiudicazione 3 "organizzazione", da cui emerge quale importanza la committente ha attribuito alla presenza di personale per sorvegliare l'impianto, appare evidente che rientra nel potere di apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice di valutare le ricorrenti in modo peggiore dell'aggiudicataria e controparte. In più si pone la domanda a sapere se l'impianto delle ricorrenti ha più bisogno di manutenzione ed è maggiormente soggetto a guasti in confronto a quello della controparte, ciò che farebbe apparire senz'altro lecita una valutazione peggiore. L'ingegnere consultato dalla committente fa notare in questo ambito che la complessità degli impianti rende necessaria in entrambi i casi un'assistenza regolare e competente degli impianti (appendice L all'allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007, pag. 2). Inoltre anche l'utilizzazione di un sedimentatore a pacco

lamellare comporta un dispendio più elevato in manutenzione e pulizia (v. q. v., pag. 4). Anche la sedimentazione supplementare prevista non è indicata per il funzionamento perfetto dell'impianto e per un basso dispendio di manutenzione (v. q. v., pag. 5). L'ingegnere osserva che la mancanza di un filtro a sabbia e del controlavaggio ad aria ed acqua implica che non possono essere rispettate le condizioni di immissione, in particolare in caso di un funzionamento prevalentemente automatico dell'impianto (v. q. v., pag. 6). L'ingegnere conclude in riassunto che l'impianto a causa della sua complessità non può funzionare senza una sorveglianza regolare (v. q. v., pag. 7).
Alla domanda se risultano vantaggi rispettivamente svantaggi dai concetti tecnici delle ricorrenti e della controparte in riferimento alla sorveglianza dell'impianto, il perito spiega che dalla separazione dei diversi processi mediante stazioni di pompaggio come descritto nel concetto tecnico della controparte - le ricorrenti lavorano invece con la forza di gravità - è possibile gestire e manutentare i diversi stadi di processo in maniera più semplice. Inoltre le capacità di accumulo dei singoli componenti nell'impianto delle ricorrenti non sono tali che lavori lunghi di manutenzione e revisione possano essere eseguiti senza influire negativamente sul funzionamento generale dell’impianto (perizia, pag. 10).
Le ricorrenti osservano che il perito non si pronuncia in nessun modo in favore della presenza permanente sul luogo di personale, né si pronuncia su qualifiche necessarie per il personale, indipendentemente dal fatto che il personale sia ingaggiato sul luogo o si organizzi un servizio di picchetto. Le ricorrenti sono del parere che nel caso del loro impianto non si può parlare di una separazione dei processi e che l'impianto della controparte è da valutare almeno soggetto a guasti quanto il loro. Con queste osservazioni le ricorrenti non sono però in grado di confutare le chiare allegazioni dell'esperto, secondo le quali l'impianto delle ricorrenti implica una più elevata predisposizione ai guasti. Ciò lascia apparire lecita la valutazione notevolmente peggiore delle ricorrenti che rientra dunque nel quadro del potere d'apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice.

Nella documentazione d'appalto la committente ha pubblicato che per i criteri 2 e 3 la nota minima da raggiungere è 3. Qualora la stessa non venisse raggiunta, l'offerta non verrà più considerata (appendice A all'allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007, punto 3.6, pag. 4). Da ciò si deduce sì che quest'esigenza è soddisfatta se i sottocriteri sono valutati non singolarmente, ma solo in media con almeno 3.0 punti. Si pone però la domanda se con una valutazione pari a meno di 3.0 punti non vi sia un abuso del potere di apprezzamento. Questa può e deve rimanere aperta in considerazione del fatto che nell'ambito della decisione sull'effetto sospensivo è stata ordinata una perizia breve soltanto concernente gli aspetti tecnici e non per quanto riguarda l'organigramma ottimale. In conclusione va anche affermato che anche una valutazione con 3.0 punti non cambierebbe del resto nulla al risultato complessivo (cfr. consid. 4.3 che segue).

4.

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

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

4.3 Per quanto attiene alla valutazione della controparte, non risultano modifiche per gli aspetti tecnici rispettivamente i criteri di aggiudicazione 2 e 3. Le ricorrenti hanno rimproverato alla controparte in un primo tempo che la loro offerta non prevede un dosaggio di sostanze chimiche dipendente dal volume come aveva del resto anche criticato l'ingegnere convocato dalla committente, concludendo che questa mancanza avrebbe dovuto comportare una valutazione peggiore della loro offerta (è noto che la controparte è stata invece valutata con il massimo dei punti). Nel frattempo è risultato che in riferimento a questa critica vi è stato un malinteso. Siccome l'autorità aggiudicatrice non ha trasmesso all'ingegnere le domande supplementari e chiarificatorie poste agli offerenti e nemmeno le relative risposte, costui era partito da una situazione dei fatti errata (verbale, pag. 4). Tuttavia già sulla base dei dati contenuti nell'offerta della controparte era possibile evincere che il dosaggio di sostanze chimiche dipende dal volume. Intanto le ricorrenti non contestano

più che nell'offerta della controparte era previsto un dosaggio di sostanze chimiche dipendente dal volume.
In relazione alla valutazione del criterio prezzo potrebbe risultare eventualmente una modifica nel senso di una riduzione di 6 punti (cfr. consid. 3.4). In questo modo la controparte otterebbe sulla base di un esame sommario probabilmente 452 punti in confronto ai 458 punti effettivamente ottenuti.

Per le ricorrenti la situazione di partenza si presenta sulla base dell'istruzione effettuata finora nel modo seguente: Se la deduzione di punti a causa della mancanza del filtro a sabbia fosse di solo 0.5 punti invece dei 1.0 punti effettivi, risulterebbe come conseguenza una valutazione migliore delle ricorrenti di 4.25 punti (ponderati) (cfr. consid. 3.6.1 per il sottocriterio 2.1; per la valutazione complessiva del criterio 2.1: 3.5 punti). Lo stesso risulta per forza dalla circostanza che la deduzione forfettaria effettuata dalla committente con la motivazione che l'esigenza di eliminazione del 98% delle particelle solide non può venire garantita con sufficiente affidabilità si è rivelata insostenibile alla luce della legislazione in materia di acquisti pubblici (consid. 3.6.4 per il sottocriterio 2.3; valutazione complessiva del sottocriterio 2.1: 3.5 punti).
In relazione al sottocriterio 3.1 (disponibilità manodopera) si pone la domanda a sapere se non bisogna eventualmente partire dal presupposto di una valutazione di 3 anziché di 2.5 punti, per cui il punteggio aumenterebbe di 5.25 punti (cfr. consid. 3.6.7). Il punteggio totale aumenterebbe di 13.75 punti, raggiungendo un punteggio di 450.25 punti invece dei 436.5 assegnati. Ciò significa riguardo al risultato finale che la graduatoria con ogni probabilità non cambia anche nel caso in cui la valutazione debba essere corretta di più di 4.25 punti (ai sensi del consid. 3.6.3). Ne consegue che il presente gravame ha piuttosto probabilità di esito sfavorevole considerato che l'autorità aggiudicatrice dispone di un importante margine di apprezzamento riguardo alla valutazione delle offerte (cfr. consid. 3.3.2) e che nel caso di specie anche posizioni insicure sono state giudicate piuttosto a favore che a scapito delle ricorrenti (cfr. consid. 3.6.1. e 3.6.7). Lo stesso risultato emerge dalle allegazioni chiare se pur per loro natura incomplete dell'esperto nel referto peritale breve. Già il referto peritale da solo parla in favore di togliere l'effetto sospensivo (cfr. consid. 2.3.2). Le ricorrenti citano a questo proposito la decisione d'istruzione del 18 maggio 2007, secondo la quale a quell'epoca poteva essere lasciata aperta la questione se non bastava già di per sé il fatto che una media delle note di 4 punti nel quadro dei criteri di aggiudicazione 2 e 3 aiutasse loro a raggiungere 460 punti in totale per negare le probabilità d'esito favorevole al ricorso (presa di posizione del 22 luglio 2007 in merito alle osservazioni complementari della committente del 12 luglio 2007 concernenti gli interessi pubblici in opposizione al conferimento dell'effetto sospensivo). Dalla decisione citata le ricorrenti adesso non possono dedurre più nulla in loro favore. Questo da una parte perché il ricorso in esame anche oggi non è da valutare nel senso che mancano in modo chiaro probabilità di successo favorevole (cfr. consid. 4.1). La constata-

zione del giudice istruttore menzionata non significa secondo le allegazioni al considerando 2.3.2 che nelle probabilità di esito preponderantemente negativo del ricorso - nel caso di un punteggio base provvisorio di 450.25 dopo la consegna del referto peritale breve - non possa essere intravisto nessun argomento nel quadro della ponderazione degli interessi.

4.4 Per quanto attiene all'urgenza della procedura e i costi che derivano da ritardi procedurali come sottolineato dall'autorità aggiudicatrice, le ricorrenti sostengono che l'autorità aggiudicatrice è in primo luogo responsabile dei ritardi a causa dello slittamento dei tempi di trattamento delle offerte (pubblicazione della messa a concorso su FUSC no. 190 del 30 settembre 2005, inoltro dell'offerta delle ricorrenti in data 10 marzo 2006 e pubblicazione della delibera impugnata su FUSC no. 4 dell'8 gennaio 2007). Secondo le ricorrenti l'autorità aggiudicatrice ha fissato dei termini irresponsabilmente ambiziosi in relazione alla pianificazione dell'inizio dei lavori (osservazioni delle ricorrenti del 22 luglio 2007, pag. 1 s.).
L'autorità aggiudicatrice ribatte che l'assenza di trattamento di acque di galleria significa praticamente un fermo dei lavori al Ceneri. La committente fa osservare che il lotto 812 presenta inevitabili interdipendenze tecniche e temporali con i lotti principali della Galleria di base del Ceneri, segnatamente il lotto 851 (Opere sotterranee Finestra di Sigirino e Caverna Operativa), il lotto 813 (Gestione del materiale Galleria di base del Ceneri), il lotto 853 (Opere sotterranee Vigana), il lotto 814 (Deposito principale del materiale di risulta a Sigirino) e il lotto 852 (Opere sotterranee Galleria di base del Ceneri) (cfr. osservazioni della committente del 12 luglio 2007, pag. 3). Riguardo al lotto 851 nel frattempo è avvenuta la conclusione del contratto; i primi lavori sono stati fissati contrattualmente al 7 settembre 2007. Per ogni mese di ritardo nella messa in esercizio di questo lotto deriva un danno di Fr. 1'070'000.- al mese (v. q. v., pag. 5). In merito al lotto 813, in data 6 giugno 2007 è avvenuta la stipulazione del contratto. L'inizio dei lavori in zona deposito è fissata per il 24 luglio 2007. Un ritardo nella messa in esercizio implica costi supplementari mensili di Fr. 25'000.-. Per quanto attiene al lotto 853, ne è prevista la pubblicazione nel corso del mese di agosto (v. q. v., pag. 7). A prescindere dalle conseguenze finanziarie di un ritardo nel caso di Erstfeld, la committente parte a causa delle gravi e drammatiche conseguenze addirittura dal presupposto che l'interesse pubblico ad uno sblocco della situazione in questo caso è ancora più importante che nel caso di Erstfeld (Lotto 151, v. q. v., pag. 4).

In relazione alla durata della procedura d'appalto va dapprima constatato che un appalto funzionale richiede di regola un certo tempo per essere valutato a causa della complessità della commessa. Non si può quindi affermare che il rimprovero delle ricorrenti che la committente stessa è responsabile dei ritardi sia sostenibile. È esatto che soprattutto tipi complicati di commesse, compreso svolgimento della procedura d'appalto vera e propria e di un'eventuale procedura di ricorso sono da pianificare se

possibile a lungo termine di modo che di principio non può sopraggiungere un'urgenza (cfr. decisione incidentale della CRAP del 17 febbraio 1997 nella causa 008/96, pubblicata in GAAC 61.24, consid. 2d). Fintanto che la pianificazione avrebbe dovuto avvenire in maniera più prudente anche nel caso in esame, questo argomento è di gran lunga compensato dalle probabilità di esito preponderantemente positivo rispettivamente in casu negativo del ricorso, dagli interessi pubblici allo sblocco rapido della situazione in vista degli scopi di politica dei trasporti perseguiti con la messa in funzione del tunnel del Monte Ceneri e dai danni incombenti causati da un ritardo. Ciò anche se si volesse dichiarare questi ultimi in parte insufficientemente specificati e se si volesse considerare solamente Fr. 670'000.- mensili per la messa a disposizione prolungata delle installazioni del lotto invece dei Fr. 1'095'000.- rivendicati. Lo stesso vale anche se l'interesse privato e nel contempo pubblico ad un'efficace tutela dei diritti nel campo degli acquisti pubblici viene soppesato a favore delle ricorrenti. Può invece rimanere aperta la questione a sapere se il presunto danno dovuto ai ritardi per la messa in esercizio deve essere messo in rapporto al guadagno delle ricorrenti derivante dall'ottenimento dell'aggiudicazione. Da quanto precede, la ponderazione degli interessi ha nel complesso come conseguenza che venga tolto l'effetto sospensivo. Poiché la committente accentua a giusto titolo la sensibilità della commessa nei confronti dell'ambiente, anche l'impianto di trattamento delle acque provvisorio proposto dalle ricorrenti e che comporta il rischio che non vengano rispettate le condizioni di immissione non può entrare in linea di conto.

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

5.

5.1 Negli art. 26 ss. PA hanno trovato espressione i principi generali sul diritto di consultare gli atti derivanti dall'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (CF; RS 101; cfr. DFT 115 IV 301). La concessione dell'esame degli atti è la regola, la sua negazione è invece l'eccezione. Questi principi sono validi anche nella procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale (art. 37 LTAF). Giusta l'art. 26 cpv. 1 lett. b PA la parte ricorrente ha diritto ad esaminare tutti gli atti adoperati come mezzi di prova. Esclusi dall'esame generale degli atti sono naturalmente quegli atti nei confronti dei quali esiste un interesse predominante a mantenere il segreto (art. 27 cpv. 1 lett. b PA; cfr. per tutto la decisione incidentale della CRAP del 17 febbraio 1997 nella causa 008/96, pubblicata in GAAC 61.24, consid. 3a). In procedimenti dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici non sussiste un diritto alla consultazione delle offerte dei concorrenti (decisione della CRAP del 15 giugno 2004 nella causa 2003-032, pubblicata in GAAC 68.120, consid. 1 s.; Galli / Moser / Lang, v. q. v., N. a margine 671). In questo senso si è espresso anche il Tribunale federale nella decisione

2P.274/1999 del 2 marzo 2000 (consid. 2c), secondo cui il diritto generale di consultare gli atti che si usa in altri campi giuridici deve retrocedere nei procedimenti in materia di appalti pubblici di fronte all'interesse degli offerenti al trattamento confidenziale dei loro segreti d'affare e del loro know-how commerciale risultante dai documenti dell'offerta (cfr. per tutto la decisione incidentale nel procedimento CRAP 2006-011 del 22 agosto 2006, consid. 6a con rinvii).

Per quanto riguarda invece i documenti interni del committente, essi devono essere messi a disposizione della parte ricorrente per consultazione, nella misura in cui hanno influenzato la decisione e sono pertinenti al fine della valutazione della decisione (DTF 125 II 473 consid. 4c/cc pag. 478; decisione incidentale del presidente della CRAP del 9 novembre 2001 nella causa CRAP 2001-008 con rinvii; GALLI / MOSER / LANG, v. q. v., N. a margine 674 con rinvii).

5.2

5.2.1 Nel caso in esame, la ricorrente reclama che la committente non le abbia trasmesso né permesso di visionare il rapporto di ponderazione né la valutazione dell'offerta della deliberata come pure della propria. A questo proposito la ricorrente chiede di essere posta al beneficio della facoltà di replica dopo che le sarà concesso di consultare gli atti, a garanzia del proprio diritto di essere sentita.

5.2.2 La committente rammenta a questo riguardo che è ampiamente esclusa dalla consultazione degli atti non solo l'offerta concorrente, ma anche la valutazione tecnica delle offerte, nella misura in cui siano riconoscibili dati degni di protezione della concorrente. Per la committente i seguenti documenti sono da escludere dalla consultazione degli atti da parte della ricorrente:

- le pagine 4 e da 17 a 23 del rapporto "Valutazione delle offerte" (allegato 3 alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice del 13 febbraio 2007);
- il verbale d'apertura delle offerte (appendice D all'allegato 3 alle osservazioni menzionate);
- il controllo aritmetico delle offerte e confronto prezzi (appendice E all'allegato 3 alle osservazioni menzionate);
- tutta la documentazione concernente le offerte degli offerenti (appendici da F a H dell'allegato 3 alle osservazioni menzionate);
- la proposta di aggiudicazione nella versione appurata secondo la decisione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 21 dicembre 2006, allegato 10 in lingua tedesca, pto. 2.3., pag. 5, concernente gli importi offerti dagli offerenti).

5.2.3 La controparte postula l'esclusione dall'esame degli atti nei confronti di parti della propria offerta, in particolare facendo riferimento a parti della relazione tecnica (documento IIIB). Nel contempo essa esige da parte sua la completa consultazione degli atti, inclusa l'offerta presentata dalle ricorrenti e la documentazione relativa alla valutazione da parte della

committente.

5.2.4 Fino ad oggi, su ordine del giudice istruttore sono stati inclusi nell'esame degli atti i seguenti documenti (cfr. decisioni del giudice istruttore del 19 febbraio, 7 marzo, 4 e 18 aprile 2007): Valutazione delle offerte del 15 novembre 2006 (allegato 3 alle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007 senza la valutazione delle offerte degli offerenti che non hanno partecipato alla procedura di ricorso), appendici all'allegato 3 A (Testo di pubblicazione nel Foglio Ufficiale del Cantone Ticino), B (Verbale del sopralluogo del 21.10.06 con lista dei partecipanti), C (Risposte alle domande delle imprese concorrenti e modifiche relative ai documenti d'appalto) e L (Consulenza W._____ : presa di posizione dell'ingegnere consultato dalla committente del 9 novembre 2006 relativa al trattamento delle acque per la galleria di base del Monte Ceneri, in tedesco), allegati da 4 a 9 alle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007, contenenti soprattutto la parte tecnica della documentazione d'appalto, allegato 10 alle osservazioni della committente del 13 febbraio 2007 (proposta della direzione del 6 dicembre 2007 concernente l'aggiudicazione degli impianti di trattamento delle acque; versione riveduta conformemente alla decisione della commissione tecnica del consiglio di amministrazione del 21 dicembre 2006 in tedesco e senza i nomi e la valutazione delle offerte degli offerenti che non hanno partecipato alla procedura di ricorso).

5.3 Occorre pertanto esaminare se i documenti alle quali le ricorrenti non hanno ancora avuto accesso e che secondo la committente vanno esclusi dalla consultazione degli atti possono essere esaminati dalla parte ricorrente.

La pagina 4 dell'allegato 3 ha come oggetto la denominazione e le generalità dei quattro offerenti che hanno partecipato alla gara d'appalto. Questa pagina va esclusa dall'esame degli atti, nella misura in cui i nominativi dei rimanenti offerenti non sono rilevanti per il trattamento delle censure da parte delle ricorrenti. In principio i documenti che si riferiscono ai partecipanti ad un bando di concorso che a loro volta non sono implicati nella procedura di ricorso non devono essere comunicati (Zufferey / Maillard / Michel, Droit des marchés publics, Friborgo 2002, pag. 269).

Lo stesso vale per le pagine da 18 a 23 dell'allegato 3, le quali contengono la valutazione delle offerte dei rimanenti due offerenti sulla base dei criteri di aggiudicazione. La ricorrente ha comunque avuto accesso alla valutazione della propria offerta (pag. 24) nonché di quella della controparte (pag. 17). Viceversa anche alla controparte è stato concesso di consultare la valutazione della propria offerta e di quella delle ricorrenti.
Il punto 4.7. a pagina 9 dell'allegato 10 contiene la valutazione finale delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione. In considerazione delle censure sollevate dalle ricorrenti e tenuto conto della circostanza che in questo punto sono contenute informazioni sulla valutazione di tutte le offerte, inclusa anche una variante dell'offerta della controparte, questo

documento è ammesso all'esame degli atti, ma solamente per quanto concerne la valutazione delle offerte delle ricorrenti e della controparte. Conformemente a ciò il Giudice istruttore ha già parzialmente concesso la consultazione di questo documento.

5.4 Dal diritto alla consultazione degli atti sono inoltre da escludere - conformemente alla giurisprudenza citata al consid. 5.1 - i seguenti documenti: le offerte degli offerenti e la relativa documentazione ovvero le appendici da F a I all'allegato 3, nonché il verbale di apertura delle offerte (appendice D all'allegato 3) e il controllo aritmetico delle offerte e confronto prezzi (appendice E all'allegato 3).

Su domanda del giudice istruttore, le ricorrenti e la controparte hanno acconsentito esplicitamente a consegnare agli atti gli estratti della parte tecnica delle loro offerte e delle discussioni delle offerte contenenti in particolare considerazioni sul dosaggio di sostanze chimiche a dipendenza dalle quantità di afflusso e dal tipo e dall'intensità dell'inquinamento. Si tratta dei seguenti documenti: per la parte ricorrente dell'estratto della parte tecnica dell'offerta (pag. 29, 30, 31, 32, 36, 37) e dell'elenco domande e risposte del 4 agosto 2006 (domande 5, 6, 10, 11 e 12) (cfr. scritto del 9 luglio 2007), per la controparte dell'estratto della relazione tecnica IIB (pag. 15, 16, 17, 18, 20 e 25) e dell'estratto dell'elenco delle domande e risposte del 14 e 27 luglio 2006 (pag. 1, 7 e 9) (cfr. scritti del 3 e 12 luglio 2007). Visto quanto precede si constata che al diritto di consultazione degli atti è stato già parzialmente dato seguito nelle corrispondenti decisioni del giudice istruttore, nel corso dello scambio di scritti e in occasione dell'udienza di istruzione del 26 e 27 giugno 2007. Per il resto le domande di consultazione degli atti delle ricorrenti e della controparte sono da respingere perlomeno a titolo provvisorio. Dopo che si è svolta un'udienza di istruzione e che ad entrambe le parti è stata data in particolare l'occasione di esprimersi in merito al breve referto peritale dell'esperto del 13 luglio 2007, si può del resto concludere che alle parti è stato concesso in modo soddisfacente il diritto di essere sentite.

6. Le spese processuali derivanti dalla presente decisione verranno considerate con la decisione nel merito (art. 65 cpv. 1 PA).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1. La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta.
2. Si constata che la richiesta di consultare gli atti è già parzialmente stata concessa su ordine del giudice istruttore. Per il resto le richieste delle ricorrenti e della controparte sono provvisoriamente respinte.
3. Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.
4. Comunicazione:
   - alla ricorrente (rappresentante legale; atto giudiziario; previo fax)
   - alla controparte (rappresentante legale; raccomandata; previo fax)
   - all'autorità aggiudicatrice (raccomandata; previo fax)

Il Giudice istruttore: Il cancelliere:

Marc Steiner Corrado Bergomi

Rimedio giuridico
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 cpv. 1 LTF), 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:

Previo fax al 14 settembre 2007

Per posta al 17 settembre 2007