33

Estratto della decisione incidentale della Corte II
nella causa Consorzio X. contro
Alp Transit San Gottardo SA. e Consorzio Y.
B-743/2007 del 31 luglio 2007

Acquisti pubblici. Procedura d'istruzione. Decisione incidentale sull'effetto sospensivo del ricorso. Assunzione di un referto peritale breve. Presa in considerazione delle probabilità di successo del ricorso nell'ambito della ponderazione degli interessi.

Art. 12 lett. e PA. Art. 28 cpv. 1 e 2 e art. 31 LAPub.

1. **A differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub non prevede che il ricorso in materia di acquisti pubblici abbia per legge effetto sospensivo (consid. 2).**
2. **Di principio, la decisione sull'effetto sospensivo è presa sulla base delle allegazioni ricorsuali e delle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice in merito alle richieste procedurali del ricorrente. Nella misura in cui è attribuita un'importanza particolare alle questioni tecniche e dagli atti emergono indizi significativi d'una valutazione errata, valutazione che non appare però potersi invalidare senza ricorrere ad una consulenza tecnica, può essere assunto, in materia d'acquisti pubblici, un referto peritale breve (consid. 3.5.1 e riferimento alla decisione incidentale del 18 maggio 2007).**
3. **Se sulla base dell'istruzione (nel caso in esame dopo l'assunzione di un referto peritale breve) sono possibili valutazioni sulle presumibili probabilità di successo del ricorso, quest'ultime possono essere considerate nell'ambito della ponderazione degli interessi (consid. 2.3.2).**
4. **Nell'ambito della valutazione delle offerte secondo i criteri d'aggiudicazione, l'autorità aggiudicatrice dispone di un certo margine d'apprezzamento (consid. 3.3.2). Questo vale sia per un appalto con capitolato d'oneri dettagliato sia per un appalto funzionale, come nel caso in esame (consid. 3.5.3).**
5. **Conto tenuto del pronostico sull'esito del ricorso, prevalgono gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice sugli interessi opposti delle ricorrenti (consid. 4).**

Öffentliches Beschaffungswesen. Instruktionsverfahren. Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde. Einholen eines Kurzgutachtens. Berücksichtigung der prozessualen Erfolgsprognose im Rahmen der Interessenabwägung.

Art. 12 Bst. e VwVG. Art. 28 Abs. 1 und 2 und Art. 31 BoeB.

1. **Art. 28 Abs. 1 BoeB sieht im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG vor, dass der Beschwerde in Beschaffungssachen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (E. 2).**
2. **Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung wird grundsätzlich aufgrund der Beschwerde und der Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen des Beschwerdeführers gefällt. Kommt indessen technischen Fragen eine besondere Bedeutung zu und ergeben sich aus den Akten gewichtige Indizien für eine fehlerhafte Bewertung, welche nicht ohne fachliche Unterstützung entkräftet werden können, kann im öffentlichen Beschaffungswesen ein Kurzgutachten eingeholt werden (E. 3.5.1 mit Hinweis auf die Instruktionsverfügung vom 18. Mai 2007).**
3. **Sind aufgrund der Instruktion (vorliegend nach Einholen eines Kurzgutachtens) bereits Aussagen über die Prozessprognose möglich, können diese im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden (E. 2.3.2).**
4. **Im Rahmen der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien kommt der Vergabestelle ein gewisser Spielraum zu (E. 3.3.2). Dies gilt sowohl für die Ausschreibung mit detailliertem Pflichtenheft als auch – wie vorliegend – für die funktionale Ausschreibung (E. 3.5.3).**
5. **Unter Berücksichtigung der Prozessprognose überwiegen die öffentlichen Interessen der Vergabestelle am Entzug der aufschiebenden Wirkung die entgegenstehenden Interessen der Beschwerdeführerinnen (E. 4).**

Marchés publics. Procédure d'instruction. Décision incidente sur l'effet suspensif du recours. Expertise succincte. Prise en considération des chances de succès du recours dans la pesée des intérêts.

Art. 12 let. e PA. Art. 28 al. 1 et 2 et art. 31 LMP.

1. **Contrairement à l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit en matière de marchés publics que la loi ne donne pas d'effet suspensif au recours (consid. 2).**

2. La décision quant à l'effet suspensif se base normalement sur le contenu du recours et sur les observations du pouvoir adjudicateur sur les conclusions procédurales du recourant. Si toutefois des questions techniques revêtent une importance particulière et si le dossier présente des indices substantiels d'erreur d'appréciation qui ne peuvent être infirmés sans faire appel à l'aide d'un spécialiste, il est possible dans une affaire de marchés publics de demander une expertise succincte (consid. 3.5.1 en référence à l'ordonnance du juge d'instruction du 18 mai 2007).

3. Si l'instruction permet déjà (en l'espèce après examen d'une expertise succincte) un pronostic sur les possibilités de succès du recours, ce pronostic peut entrer en considération dans la pesée des intérêts (consid. 2.3.2).

4. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation dans le cadre de l'appréciation des offres selon les critères d'adjudication (consid. 3.3.2). Il en est ainsi tant pour l'appel d'offres avec cahier des charges détaillé que pour l'appel d'offres fonctionnel comme en l'espèce (consid. 3.5.3).

5. Compte tenu du pronostic sur l'issue de ce recours, l'intérêt public que présente pour le pouvoir adjudicateur le refus d'accorder l'effet suspensif l'emporte sur les intérêts contraires des recourantes (consid. 4).

A.

A.a Con pubblicazione sul foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) n. 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 n. 4 dell'8 gennaio 2007.

B. Contro l'aggiudicazione del lotto 812 il Consorzio X., rappresentato dalla A., e patrocinato dall'avvocato K., ha interposto ricorso in data 26 gennaio 2007 dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TAF), 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 n. 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 (all. 3, senza le pag. 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

F.; 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 pag. 5 e 4.7. a pag. 9). Alla controparte sono stati trasmessi i seguenti allegati alle osservazioni della committente: l'allegato 3 (senza le pag. 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 pag. 5 e 4.7. a pag. 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. 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.

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 (pag. 17 dell'all. 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'all. 3), l'ingegnere F., 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 TAF 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 F., 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 Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (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 1,1 mio. di franchi 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 n. 190 del 30 settembre 2005, inoltro dell'offerta delle ricorrenti in data 10 marzo 2006 e pubblicazione della delibera impugnata su FUSC n. 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 peritale. 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 TAF ha comunicato alle parti il dispositivo della decisione incidentale concernente il rigetto della domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

Dai considerandi:

1.
1.1 Con l'entrata in vigore dell'accordo del 21 giugno 1999 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 su-

gli 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 del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub, RS 172.056.1) le Ferrovie federali svizzere (FFS) 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 dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub, RS 172.056.11]; decisione incidentale del TAF nella causa B-93/2007 dell'8 giugno 2007 consid. 4.1 con rinvii).

Il pacchetto azionario della committente, società fondata il 12 maggio 1998, è detenuto al 100 % dalle FFS. 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 Nuova ferrovia transalpina (NFTA) sono nel contempo subordinati alla LAPub sulla base dell'art. 13 cpv. 1 del decreto sul transito alpino del 4 ottobre 1991 (RS 742.104) e dell'art. 4 dell'ordinanza sul transito alpino del 28 febbraio 2001 (OTrAl, RS 742.104.1). Giusta l'art. 4 OTrAI 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 della CRAP del 21 novembre 2005 nella causa 2005-016, consid. 1a; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo 2003, nota marg. 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 del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici GATT/WTO (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 DTAF 2007/13 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 della 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 n. 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; art. 3 e all. 2 all'OAPub).

Il margine di prezzo della commessa oscilla da Fr. 22'227'297.– a Fr. 42'548'280.95 (cfr. FUSC n. 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 [RU 2006 5611]; in relazione con l'art. 6 LAPub).

1.4

1.4.1 Contro le decisioni del committente aventi come oggetto l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al TAF (art. 29 lett. a in relazione con l'art. 27 cpv. 1 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). Il TAF statuisce sulle richieste di accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). La procedura dinanzi il TAF è retta dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF, RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF).

1.4.2 (...)

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 CRAP, 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, pubblicata in GAAC 68.65 consid. 2b e dell'8 gennaio 2004 nella causa 2003-024, pubblicata in GAAC 68.66 consid. 1e/bb; cfr. per tutto DTF 131 I 153 consid. 5.6 pag. 161).

Il TAF 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 DTAF 2007/13 consid. 1.4; 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 segg., 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. 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 rispettivamente 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 TAF 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 seg. consid. 3 con rinvii, DTF 117 V 191 consid. 2b con rinvii; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ª ed., Zurigo 2006, nota marg. 1802 segg.; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2ª ed., Berna 2002, pag. 680 seg.). 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, nota marg. 658; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, in: Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, pag. 68 segg., 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 svizzera di ricorso in materia d'asilo [GICRA] 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 sul-

le 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 DTAF 2007/13 consid. 2.2, il TAF ha lasciato aperta la questione se in futuro nell'ambito della ponderazione degli interessi devono anche essere considerate le possibilità di successo del ricorso preponderantemente negative o positive, come lo esige la dottrina (XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Zurigo 2006, S. 191; cfr. per tutto anche Baurecht 2/2005 pag. 78 seg. 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 segg. in particolare il punto 2a pag. 88).

2.3.2 Conformemente alla prassi del Tribunale federale (TF), 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, DTF 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 seg. 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 § 2 e 7 lett. a dell'accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996

(RU 1996 609 segg.) – la concessione di una tutela giudiziaria e l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13 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, nota marg. 3.21; cfr. per tutto anche Baurecht 2005/2, S22, pag. 78 seg. 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 consid. 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:

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 d'esercizio	5.0	10 %

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:

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:

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:

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. all. 3, pag. 13, appendice L, pag. 2 seg.) 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 (all. 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 causa 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 committente potrebbe essere rimproverato un eccesso o un abuso del potere d'apprezzamento (cfr. Galli/Moser/Lang, v. q. v., nota marg. 421; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, pubblicato in AJP 2001 pag. 1405 segg., pag. 1420).

3.4 (...)

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 TAF 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, Friburgo 1999, nota marg. 8.1), per cui alle nozioni tecniche viene attribuita un'importanza elevata. A questo riguardo l'ingegnere F. 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 segg. consid. 2 pag. 86, DTF 118 Ia 144 segg. consid. 1c pag. 145 segg., 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. 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., nota marg. 216 con rinvii). Secondo il modo di vedere delle ricorrenti l'appalto funzionale dovrebbe 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., nota marg. 11.6).

3.6 (...)

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 TAF non è più possibile annullare l'aggiudicazione, bensì esso può soltanto constatare in che misura la decisione impugnata viola il diritto federale (cfr. p. es. decisione incidentale della CRAP del 21 novembre 2005 nella causa 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 argo-

mentazioni 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 consid. 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. 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 constatazione 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 n. 190 del 30 settembre 2005, inoltro dell'offerta delle ricorrenti in data 10 marzo 2006 e pubblicazione della delibera impugnata su FUSC n. 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.

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). 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. 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. 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.

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.