Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Corte II
B-1439/2009/
{T 0/2}

Decisione incidentale del 13 maggio 2009

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Vera Marantelli, Claude Morvant,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X._____,
_____, composto da
1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
tutti patrocinati dall'Avv. Lorenza Ponti-Broggini,
studio legale e notarile, Respini Rossi & Beretta Piccoli,
casella postale 6316, 6901 Lugano,
ricorrenti,

contro

Ferrovie Federali Svizzere (FFS)
Infrastruttura Fahrweg Finanzen Luzern,
Zentralstrasse 1, 6002 Lucerna,
patrocinate dall'Avv. Barbara Klett,
Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte, Löwenplatz,
Zürichstrasse 12, 6004 Lucerna,
autorità aggiudicatrice

Oggetto

Acquisti pubblici (Nuovo collegamento ferroviario tra Mendrisio-Stabio-Confine (Varese) e miglioramento dell'accesso ai treni a Mendrisio),

Fatti:

A.
Il 12 settembre 2008 le Ferrovie Federali Svizzere (FFS SA; in seguito autorità aggiudicatrice, committente) hanno pubblicato nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) no. 177 un bando di concorso con procedura aperta dal titolo “Nuovo collegamento ferroviario tra Mendrisio-Stabio-Confine (Varese) e miglioramento dell'accesso ai treni a Mendrisio” ed avente come oggetto un ordine di prestazione di servizi (servizi di costruzione, architettura; consulenza tecnica e pianificazione nonché prestazioni tecniche integrate; pianificazione urbana e paesaggistica; consulenza scientifica e tecnica connessa).

Entro il termine previsto dal bando sei consorzi hanno presentato la loro offerta. I due consorzi Y._____ e X._____ (quest'ultimo composto dai qui ricorrenti) sono stati invitati dall'autorità aggiudicatrice per le discussioni di offerta, avvenute il 18 e 22 dicembre 2008. Con pubblicazione nel FUSC no. 30 del 13 febbraio 2009 rispettivamente con scritto del 9 febbraio 2009 il committente ha aggiudicato la commessa al Consorzio Y._____.

Con lettera del 10 febbraio 2009 i ricorrenti hanno richiesto al committente, tra l'altro, di fornire diverse informazioni relative al concorso (punteggio raggiunto, rango in classifica, visione della documentazione relativa al consorzio aggiudicatario), in vista di un incontro chiarificatore tra le parti.

Con scritto del 13 febbraio 2009 il committente ha confermato la data dell'incontro informativo (20 febbraio 2009, ore 11:00 presso gli uffici del committente a Bellinzona), allegando il documento dal titolo “Comunicazione agli offerenti Consorzio X._____”, in cui sono riassunti il nome dell'offerente scelto, i prezzi minimi e massimi delle offerte considerate per la procedura d'aggiudicazione, i motivi essenziali per l'eliminazione dei ricorrenti, nonché le caratteristiche essenziali e i vantaggi dell'offerta scelta. Da tale documento emerge tra l'altro che il consorzio composto dai ricorrenti si è classificato al secondo posto, raggiungendo un punteggio di 390, mentre il consorzio Y._____(aggiudicatario) ha raggiunto un punteggio di 425.

Il 20 febbraio 2009 ha avuto luogo un incontro informativo tra i

ricorrenti e il committente. In quest'occasione le parti hanno sottoscritto il documento “Comunicazione agli offerenti Consorzio X._____” in versione leggermente modificata rispetto a quella allegata allo scritto del 13 febbraio 2009.

B.
Con ricorso del 5 marzo 2009 (data di ricezione 6 marzo 2009) dinanzi al Tribunale amministrativo federale il Consorzio X._____, composto da A._____, B._____ e C._____, tutti patrocinati dall'Avv. Lorenza Ponti Broggini (di seguito ricorrenti), è insorto contro la decisione di aggiudicazione pubblicata il 13 febbraio 2009. I ricorrenti postulano in via preliminare il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, in via principale l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione di aggiudicazione e l'aggiudicazione della commessa al Consorzio X._____. In via subordinata i ricorrenti chiedono il rinvio degli atti al committente per nuova valutazione e decisione, ritenuto che per il sottocriterio 1, analisi del progetto e del mandato, al consorzio aggiudicatario e al consorzio ricorrente è assegnata una nota uguale, e al consorzio ricorrente è concessa la possibilità di presentare una nuova offerta per quanto riguarda il sottocriterio 3 e l'offerta economica. Protestate tasse, spese e ripetibili.

I ricorrenti contestano in particolare il modo con il quale l'autorità aggiudicatrice ha condotto la discussione dell'offerta e fanno valere un accertamento inesatto rispettivamente incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti ed una violazione del diritto federale, segnatamente la violazione dei principi fondamentali applicabili in materia di tenuta di protocollo delle discussioni d'offerta e di trattativa, della parità di trattamento, della trasparenza, della confidenzialità, compreso un eccesso rispettivamente abuso del potere di apprezzamento.

Nella loro memoria i ricorrenti spiegano che la discussione dell'offerta è avvenuta in due fasi, il 18 e 22 dicembre 2009, e ne descrivono ampiamente lo svolgimento. Secondo loro il risultato della discussione è riportato solo parzialmente nel relativo protocollo. Nel corso della prima fase di discussione dell'offerta (18 dicembre 2008) i ricorrenti sostengono che il committente abbia valutato l'offerta qualitativa (valore d'uso) buona, da ritenersi - a loro avviso - attorno ad un punteggio di 400. Il committente avrebbe loro segnalato di modificare

(aumentare) il monte ore offerto e quindi l'offerta economica e ribadito che un'eventuale modifica dell'offerta economica non avrebbe avuto alcun influsso sul valore d'uso. I ricorrenti lamentano che questi aspetti fondamentali non sono in alcun modo stati ripresi nel protocollo della discussione d'offerta, concludendo ad una violazione degli obblighi in materia di tenuta di protocollo.

A suffragio che il committente avrebbe loro confermato che le modifiche e gli aggiornamenti dell'offerta economica non modificano il valore d'uso i ricorrenti allegano, tra l'altro, una nota interna del 22 dicembre 2008 allestita dai medesimi e che secondo le loro affermazioni era stata letta prima della consegna dell'aggiornamento dell'offerta economica e prodotta nell'ambito dell'incontro del 20 febbraio 2009 (debriefing). Per dimostrare che la valutazione della loro offerta qualitativa era buona e meritevole di almeno 400 punti, i ricorrenti allegano l'e-mail dell'ing. Mordasini del 20 febbraio 2009, precedente il debriefing. I ricorrenti ritengono di essere stati tratti in inganno e portati a modificare la propria offerta sulla base di elementi forniti dal committente che si sono poi rivelati errati. Secondo loro il committente con il suo comportamento ha violato i principi della parità di trattamento, della trasparenza e della buona fede.

I ricorrenti fanno valere una violazione del principio della confidenzialità, poiché il committente avrebbe concesso allo studio Z._____ la visione e l'esame di tutte le offerte presentate, senza che il Capitolato d'appalto lo prevedesse.

Infine i ricorrenti contestano che il committente abbia loro assegnato la nota 4 al sottocriterio 1 (analisi del progetto e del mandato) invece della nota 5. Questa valutazione delle offerte ha comportato una differenza nel punteggio finale di 35 punti rispetto all'offerta vincente. I ricorrenti non concordano con la giustificazione della differenza nel punteggio fornita dal committente. Essi ritengono la loro offerta ampiamente strutturata e articolata, dettagliata ad ogni parte dell'opera del progetto e suddivisa per temi e oggetti specifici. I ricorrenti fanno richiesta di poter esaminare questa componente dell'offerta del consorzio aggiudicatario.

In riferimento alla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo i ricorrenti sono del parere di aver esposto nel ricorso i motivi che impongono di annullare la decisione impugnata. Secondo

loro sono date le prospettive di esito favorevole del presente gravame e sussiste anche un indubbio interesse pubblico all'aggiudicazione della commessa al loro consorzio, in quanto la loro offerta risulta la più favorevole conformemente alla legge.

C.
Con decisione del 6 marzo 2009 il Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso in via superprovvisionale l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione finché non si avrà deciso sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

D.
Il 12 marzo 2009 l'Avv. Barbara Klett ha dichiarato che il committente le ha conferito il mandato di rappresentanza nel presente procedimento, allegando la procura corrispondente e inoltre chiesto di poter prendere visione degli atti prodotti dai ricorrenti.

Con ordinanza del 13 marzo 2009 il Tribunale amministrativo federale ha preso atto del mandato di rappresentanza e fatto fronte alla richiesta formulata dal patrocinatore del committente.

E.
In data 18 marzo 2009 il Consorzio Y._____ (aggiudicatario) ha inoltrato le proprie osservazioni al ricorso, rinunciando tuttavia a presentare conclusioni rispettivamente domande formali e quindi a costituirsi come controparte.

F.
Il 20 marzo 2009 il committente, per il tramite del suo patrocinatore, ha inoltrato le proprie osservazioni al ricorso. Esso postula in via principale la reiezione integrale del gravame, spese e ripetibili a carico dei ricorrenti. In via preliminare il committente propone di respingere la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo, in via subordinata chiede che gli venga concesso un nuovo termine di 20 giorni per inoltrare la presa di posizione nel merito. Il committente limita il diritto di consultazione degli atti a quei documenti che non possono essere ritenuti dei segreti aziendali ed esclude in particolare le offerte delle ditte concorrenti. Il committente chiede che gli venga assegnato un nuovo termine per inoltrare delle osservazioni qualora ai ricorrenti sia concessa la possibilità di inoltrare ulteriori allegati.

Il committente contesta la violazione degli obblighi in materia di tenuta di protocollo fatta valere dai ricorrenti. Conformemente all'art. 26 cpv. 3 dell'ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 (OAPub; RS 172.056.11), il verbale non è una registrazione della discussione, ma un riassunto delle questioni principali e determinanti trattate oralmente. Nel caso concreto il committente sottolinea che l'offerta dei ricorrenti non è stata modificata in loco, ma inoltrata in seguito alla prima discussione dell'offerta, per cui è evidente che i nuovi parametri dell'offerta non siano stati protocollati. Per il committente il protocollo della discussione d'offerta adempie le premesse di legge, essendo strutturato, completo e sottoscritto da tutti i partecipanti. Esso evidenzia che prima di essere sottoscritto il protocollo è stato letto ad alta voce davanti a tutti i presenti.

Parimenti contestata è la violazione del principio della trasparenza e della parità di trattamento come pure la presunta violazione del principio della buona fede. Il committente fa notare che l'offerta dei ricorrenti presentava incongruenze tra il loro programma lavori e il monte ore indicato. Esso dichiara che nell'ambito della discussione d'offerta (riservata esplicitamente nel bando di concorso) il tema è stato trattato alle domande 5.4, 5.5, 6.1, 6.2 e 6.3. Il committente rileva che con l'offerta originale i ricorrenti non avrebbero potuto raggiungere il punteggio da loro ottenuto in occasione del successivo aumento del monte ore. Con l'aggiornamento dell'offerta del 22 dicembre 2008 il punteggio ai criteri 1 e 3 ha potuto essere aumentato da 3 a 4, rispettivamente da 2 a 4. Il punteggio finale dell'offerta ricorrente è quindi salito a 390 contro i 315 dell'offerta originariamente inoltrata. Il committente respinge fermamente di aver affermato che un aumento delle risorse non avrebbe modificato il “valore d'uso”. A suo avviso appare contraddittorio da parte dei ricorrenti asserire che il committente abbia negato una modifica del “valore d'uso”, tanto più che senza la modifica effettuata del “valore d'uso”, i ricorrenti non avrebbero avuto alcuna opportunità di vedersi aggiudicata la commessa.

Il committente contesta una violazione del principio della confidenzialità. Esso precisa che il mandato di Z._____ prevedeva oltre all'allestimento della documentazione anche la verifica della completezza dell'offerta qualitativa e una prima valutazione qualitativa all'attenzione del committente. Esso ribadisce che Z._____ ha avuto accesso soltanto alle offerte qualitative, ma in nessun modo a quelle

economiche. Le offerte sono state consegnate in due buste distinte, conformemente alla cifra 6 del capitolato B “Descrizione dei compiti”. Come ogni mandante anche Z._____ sottostà agli obblighi di diligenza e di fedeltà nei confronti del mandante ed è dunque tenuto alla segretezza delle informazioni confidenziali. Di questo aspetto si tiene ampiamente conto nel contratto tra il committente e Z._____.

Il committente ritiene che la contestazione della nota assegnata al sottocriterio 1 appare già a priori manifestamente non pertinente nell'ambito della procedura in corso, considerato che in materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti, mentre invece non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza. Il committente osserva che già da una prima lettura delle esposizioni nella cifra 13 del ricorso appare evidente che le medesime non sono idonee a motivare che egli abbia abusato del suo potere di apprezzamento. Per il committente l'offerta dei ricorrenti è stata valutata attentamente e rivalutata nell'ambito della discussione dell'offerta. In quanto le affermazioni relative al presunto abuso di apprezzamento non vengono motivate con argomentazioni tecniche, a mente dell'autorità aggiudicatrice le censure appaiono insufficientemente motivate.

In riferimento alla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo il committente è dell'avviso che nella fattispecie non sono chiaramente date le prospettive di esito favorevole del ricorso nel merito, ritenuto che i ricorrenti non hanno raggiunto il punteggio massimo per l'aggiudicazione e che la valutazione del committente non presenta alcun vizio in grado di mettere a repentaglio la correttezza e l'adeguatezza della decisione. Il committente sostiene che in ogni caso nella ponderazione degli interessi in causa l'interesse pubblico all'immediata esecuzione è chiaramente preponderante. In particolare vanno considerati sia il lato finanziario e politico, sia la complessità tecnica e pianificatoria del progetto. Mentre il finanziamento è legato ad uno stanziamento della Confederazione che ne determina anche i parametri di esecuzione, il lato tecnico è legato a complesse normative e verifiche tecniche a livello nazionale ed internazionale. Nella denegata ipotesi che l'effetto sospensivo venga concesso, le ripercussioni di un ritardo si manifesterebbero nella forma seguente: - un pesante posticipo (minimo 1 anno) della messa in

esercizio e conseguente mancata coordinazione con la parte italiana, - difficoltà di ripianificazione e ottenimento degli intervalli nonché interruzione del traffico sulla linea ferroviaria, in particolare sull'asse del Gottardo, - difficoltà a reperire macchinari specialistici necessari per i lavori di tecnica ferroviaria, - incertezza di ottenere risorse umane indispensabili per i lavori, - maggiori costi causati dalla nuova coordinazione, - un posticipo dei progetti “P55” (innalzamento del marciapiede M2 alla stazione di Mendrisio), “Capolago-Chiasso” e altri progetti ferroviari e viari, con conseguenze sul traffico ferroviario sulla linea del Gottardo.

Per quanto attiene al diritto di consultare gli atti il committente nega la visione degli atti di delibera - in particolare per quanto attiene alla valutazione delle offerte e alla proposta di delibera (doc. 01) - , dell'offerta aggiudicataria (doc. 02), della tabella con valutazione ore (doc. 05), del protocollo relativo alla riunione CdA del 5 dicembre 2008 con ppp-presentazione (doc. 06) e delle condizioni contrattuali con Z._____ (doc. 07). A mente dell'autorità aggiudicatrice la documentazione menzionata contiene informazioni confidenziali rispettivamente segreti aziendali delle ditte partecipanti al concorso. Il committente si dispensa dall'inoltrare le offerte delle altre ditte concorrenti in quanto non pertinenti nella procedura in oggetto.

G.
Con decisione del 23 marzo 2009 il giudice istruttore ha ordinato la conclusione dello scambio di scritti per quel che concerne le conclusioni processuali, segnatamente la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

H.
Con scritto del 1° aprile 2009 i ricorrenti chiedono di essere ammessi a presentare una replica nel merito e di poter visionare gli interi atti prodotti dal committente.

I.
In data 4 maggio 2009 il patrocinatore dei ricorrenti ha trasmesso il formulario della procura sottoscritto dai rappresentanti dei ricorrenti.

J.
Con ordinanza dell'8 maggio 2009 ai ricorrenti è stato trasmesso un estratto del Protocollo del Comitato di aggiudicazione (CdA) della riunione del 5 dicembre 2008 (doc. 6 allegato alle osservazioni) e nel contempo è stata loro data la possibilità di prendere posizione. Con risposta anticipata per fax il 13 maggio 2009 i ricorrenti si sono in sostanza riconfermati nelle loro allegazioni, motivazioni e conclusioni.

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

Diritto:

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

1.1 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 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994, LAPub; RS 172.056.1). Il Tribunale amministrativo federale statuisce sulle richieste volte al conferimento dell'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF).

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

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 altri 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 nel FUSC no. 177 del 12 settembre 2008, la presente commessa ha come oggetto un mandato per prestazioni di servizi nel quadro dei lavori che fanno parte del progetto “Nuovo collegamento ferroviario Mendrisio-Stabio-Confine (Varese) e miglioramento dell'accesso ai treni a Mendrisio” e quindi è in relazione diretta con l'esercizio delle ferrovie e con l'infrastruttura utilizzata per il traffico delle persone e delle merci. Alla cifra 2.3 della decisione impugnata la committente ha indicato che la presente commessa è attribuita al numero 71300000 del vocabolario comune (Common Procurement Vocabulary, CPV). Questo numero corrisponde alla voce "Servizi di ingegneria”. Le prestazioni descritte rientrano in ogni caso nel gruppo 867 delle categorie giusta la classificazione dei prodotti provvisoria delle nazioni unite ("Architectural, engineering and other technical services"; cfr. anche

cifra 2.1 del bando di concorso e cifra 2.2 della decisione impugnata). Secondo l'allegato 1 annesso 4 all'AAPub (GPA), il gruppo 867 rientra nella sfera di applicazione del GPA e anche in quella della LAPub (cfr. art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub).

Il margine di prezzo della commessa oscilla da Fr. 2'337'804.50 a Fr. 3'371'931.20 (cfr. FUSC no. 30 del 13 febbraio 2009, cifra 3.2). Di conseguenza sono chiaramente superati i valori soglia imposti dall'ordinanza sull'adeguamento degli acquisti pubblici per il 2009 (Art. 1 lett. b dell'ordinanza del DFE del 27 novembre 2008 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2009; RS 172.056.12; in relazione all'art. 6 cpv. 2 LAPub).

Visto quanto precede, si conclude che alla presente commessa sono applicabili le disposizioni della LAPub.

1.4 Il Tribunale amministrativo federale rispettivamente, giusta l'art. 39 cpv. 1 LTAF, il giudice dell'istruzione deve statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo (cfr. messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001; FF 2001 3764 ss., pag. 3945). Dai materiali non risulta che l'art. 39 cpv. 1 LTAF in qualità di lex specialis nei confronti dell'art. 55 cpv. 3 PA voglia escludere l'alternativa di una decisione da parte di un collegio giudicante (cfr. DTAF 2007/13 consid. 1.3.2 non pubblicato), e tanto meno si suppone che la decisione sull'effetto sospensivo con un collegio di tre giudici abbia come conseguenza un pregiudizio per chi è soggetto al diritto (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-7393 del 14 gennaio 2009 con rimandi). Considerato che alla decisione concernente il conferimento dell'effetto sospensivo nell'ambito degli acquisti pubblici è attribuita una notevole importanza, in particolare quando è impugnata una decisione di aggiudicazione (art. 22 cpv. 1 LAPub; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, pag. 413, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Friburgo 2002, pag. 131), il giudizio da parte del collegio giudicante nella causa principale soddisfa spesso meglio l'idea di fondo che le decisioni poggiano su una base di legittimazione sufficiente (DTAF 2007/13 consid. 1.3.2 non pubblicato, decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-744/2007 del 31 luglio 2007 consid. 1.4.2; in sostanza questa prassi è approvata dalla dottrina, cfr. Beyeler in

Baurecht 2/2007, pag. 86). Dalle allegazioni suesposte si conclude che anche nel caso in esame è il collegio giudicante che ha da statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

1.5 In materia di acquisti pubblici gli offerenti esclusi dall'aggiudicazione, in casu i membri del consorzio ricorrente, sono destinatari della decisione di aggiudicazione impugnata e ne sono direttamente toccati, per cui sono senz'altro legittimati a ricorrere contro la stessa ai sensi dell'art. 48 PA i. r. c. l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13 consid. 1.4).

1.6 I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti (art. 50 e 52 cpv. 1 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine stabilito (art. 63 cpv. 4 PA) e il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri con procura scritta (art. 11 cpv. 2 PA). Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti.

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

2.
Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

2.1 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 di specie il ricorso contiene una conclusione in questo senso.

2.2 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 immediata sono più gravi di quelli che possono essere addotti per la soluzione opposta (DTF 129 II 288 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 segg.; Pierre Moor, Droit administratif, Volume II, 2. edizione, Berna 2002, pag. 680 seg.). Il fatto che il legislatore della LAPub non

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

2.3 Nel caso in cui è presentata la richiesta volta a 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 esistenti si deve partire dal presupposto che il ricorso è manifestamente infondato. Nel caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve 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 precedentemente menzionata. Conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo federale (cfr. DTAF 2007/13 consid. 2.2), nell'esame della ponderazione sono da includere gli interessi dei ricorrenti a mantenere la possibilità dell'aggiudicazione, mentre nel contempo sussiste un importante interesse pubblico a concedere una protezione giuridica efficiente (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008 consid. 2.2). Ad essi sono contrapposti gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice. Nel messaggio concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994 (messaggio 2 GATT) è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (FF 1994 923 segg., in particolare 1165). Allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7 consid. 3.3). Conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Anche tenuto conto degli obiettivi dell'Art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli

appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13 consid. 2.2 con rinvii).

3.
Alla luce delle allegazioni suesposte va dapprima accertato se il presente ricorso è manifestamente infondato sulla base di una valutazione prima-facie della situazione giuridica.

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

4.
I ricorrenti censurano in primo luogo una grave ed evidente violazione dei principi in materia di tenuta di un protocollo delle discussioni d'offerta svoltesi il 18 e 22 dicembre 2008. Essi lamentano che il protocollo non riporta alcuna annotazione, in particolare per quanto attiene alle circostanze che il valore d'uso della loro offerta era stato qualificato come buono dal committente, che lo stesso committente aveva richiesto di esaminare ed aumentare il monte ore offerto e quindi l'offerta economica e che la modifica dell'offerta economica non avrebbe comportato una modifica del valore d'uso.

Il committente contesta di aver rilasciato le dichiarazioni che i ricorrenti pretendono voler inserire nel protocollo della discussione d'offerta. A suo avviso quest'ultimo adempie i requisiti di legge, in quanto strutturato, completo e sottoscritto da tutti i partecipanti, sottolineando che prima di essere sottoscritto da tutti i partecipanti, il protocollo è stato letto ad alta voce dinanzi a tutti i presenti.

4.1 Il diritto federale in materia di acquisti pubblici prevede una deroga al principio secondo cui non è consentito modificare le offerte dopo la scadenza del termine del loro inoltro, a meno che non si tratti di una semplice rettifica dal profilo tecnico e contabile (cfr. art. 25 dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995, OAPub,

RS 172.056.11). Giusta l'art. 20 cpv. 1 LAPub possono essere condotte trattative, a condizione che ne sia fatta menzione nel bando, oppure che nessuna offerta risulti più conveniente dal profilo economico (cfr. anche l'art. 26 OAPub). Il Consiglio federale disciplina la procedura secondo i principi della confidenzialità, della forma scritta e della parità di trattamento (art. 20 cpv. 2 LAPub). Il principio della confidenzialità, in riferimento alle trattative, prevede che generalmente fino al momento dell'aggiudicazione non è permesso dare nessuna informazione riguardo alle offerte dei concorrenti (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 432). La forma scritta deve essere osservata nel quadro della preparazione e dello svolgimento delle trattative, segnatamente in relazione all'obbligo di stendere un verbale (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit, N 433). Il principio della parità di trattamento sta ad indicare che nel corso di trattative l'autorità aggiudicatrice non deve esporsi al rischio di dare intenzionalmente un titolo preferenziale ad un offerente (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. N 434).

Né la LAPub, né la relativa ordinanza si esprimono sullo scopo perseguito dalle trattative. La vecchia commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP) ha ritenuto, rinviando all'art. XIV dell'accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994 (0.632.231.422), che le trattative servono principalmente per determinare i punti forti e quelli deboli delle offerte (cfr. decisione del 26 giugno 2002, BRK 2002-004, pubblicata in GAAC 66.86 e citata da PETER RECHSTEINER, Erkenntnisgewinn im Verfahren – darf man klüger werden in BR 2006 Sonderheft pag. 35 segg.).

L'obbligo di tenere un protocollo è l'elemento centrale delle prescrizioni di forma che devono essere osservate nel caso si svolgano trattative (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 435; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo-Basilea-Ginevra, 2008, N 68). Nel caso di trattative orali, il committente mette a verbale almeno (a.) i nomi delle persone presenti,(b.) le parti dell’offerta oggetto delle trattative e (c.) i risultati delle trattative (art. 26 cpv. 3 OAPub). Il verbale dev’essere firmato da tutti i presenti (art. 26 cpv. 4 OAPub).

Conformemente alla giurisprudenza della CRAP le registrazioni da inserire nel protocollo devono essere concepite in maniera tanto dettagliata da permettere ad una persona estranea di ricostruire il

risultato, l'andamento nonché lo sviluppo delle trattative (decisione del 23 luglio 2003, BRK 2003-016 consid. 4a; decisione del 29 gennaio 2003, BRK 2002-007 consid. 5a; decisione del 26 aprile 2000, pubblicata in GAAC 64.62 consid. 3a; decisione del 7 novembre 1997, pubblicata in GAAC 62.17 consid. 4e/bb). L'accertamento di una contravvenzione ai principi in materia di tenuta di protocollo nel quadro di una procedura di ricorso può avere come conseguenza l'annullamento della decisione di aggiudicazione (BRK 2003-016 consid. 4c i.f.; BRK 2002-007 consid. 5 bb) e 6).

4.2 Nel caso di specie emerge dagli atti che entro il termine di chiusura per la loro presentazione (5 novembre 2008) sono state inoltrate sei offerte. L'autorità aggiudicatrice ha considerato che l'offerta del consorzio ricorrente come pure quella del consorzio aggiudicatario potevano entrare in linea di conto per l'aggiudicazione. Alla cifra 4 del bando di concorso il committente si è espressamente riservato la possibilità di svolgere eventuali trattative. Questo aspetto è a sua volta concretizzato alla cifra 2.5 del capitolato B della documentazione d'appalto, allo scopo di “approfondire eventuali dubbi relativi all'offerta, dando l'occasione all'offerente di presentare le persone chiave, l'analisi e lo svolgimento del mandato, il sistema di gestione della qualità e gli aspetti economici”. Ne consegue che nel caso di specie l'organizzazione di trattative è conforme alle relative norme di legge ed era destinata principalmente allo scopo di chiarire alcuni punti delle offerte.

4.3 Il documento “Discussione d'offerta Consorzio (X._____)” è stato allegato al ricorso nonché alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice. Nelle prime due pagine sono elencati da 1 a 7 i singoli punti dell'offerta che sono stati trattati nella discussione (Punto 1: In generale, Presentazione del Consorzio; Punto 2: Qualità; Punto 3: Svolgimento del mandato; Punto 4: Termini; Punto 5: Costi; Punto 6: Proposte; Punto 7: Eventuali). Ad eccezione del punto 7, i punti da 1 a 6 sono suddivisi in diverse sottocategorie. L'impostazione dei temi trattati in questi 7 punti lascia intuire il modo in cui era strutturata la discussione d'offerta (ad esempio presentazione di precisi aspetti dell'offerta, domande chiarificatorie per comprendere come dovevano essere interpretati punti critici, proposte del committente) e coincide in sostanza con lo scopo delle trattative menzionato nella documentazione del bando nel senso di una verifica e una chiarificazione delle offerte (cfr. consid. 3.1.2). Alle pagine 4 e 5 si

trova il verbale manoscritto della discussione d'offerta. Per ogni punto elencato nella lista degli argomenti trattati, comprese le sottocategorie, sono state inserite nel verbale le osservazioni corrispondenti. Alla pagina 6 sono apportate le firme dei rappresentanti del committente e del consorzio ricorrente che hanno partecipato alla discussione d'offerta.

Per quanto riguarda i punti da 1 a 5, dalle osservazioni poste nel verbale è possibile concludere che in sostanza non vi sono state divergenze d'opinione tra il consorzio ricorrente e l'autorità aggiudicatrice, tanto è vero che la maggior parte delle registrazioni messe a verbale contengono l'indicazione “conferma dell'offerta”.

Alla pagina 5 del protocollo è esplicitamente indicato che il 22 dicembre 2008 alle ore 15:00 ha avuto luogo un ulteriore incontro tra le parti. In quell'occasione le parti hanno nuovamente discusso il punto 6 (proposte del committente) e il punto 7 (varia), come emerge chiaramente dalle rispettive annotazioni del verbale, le quali sono state completate soltanto per quanto attiene a questi due punti. Il punto 6 ha il titolo “Proposte” ed è suddiviso in 3 sottocategorie (6.1 suddividere progettazione e direzione lavori; 6.2 tetto massimo dei costi di progettazione per la progettazione (41/51); 6.3 tetto massimo dei costi per la direzione lavori (52/53)). In merito al punto 6.1 nel verbale è annotata la critica del committente giusta la quale la “distribuzione delle ore tra le singole fasi non” è “centellinata” ”. Quest'indicazione conferma che tra committente e consorzio ricorrente vi erano due diversi punti di vista riguardo al monte ore necessario e alla ripartizione delle ore per fornire le prestazioni richieste dalla commessa, come traspare del resto in modo evidente dall'atto di ricorso e dalle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice. Al punto 6.2 rispettivamente 6.3 si legge che la proposta è “da discutere all'interno del consorzio” rispettivamente “eventuale controproposta entro il 22.12 alle 15:00”. In riferimento all'ulteriore incontro del 22 dicembre 2008 ore 15:00 nel verbale è segnalato al punto 6.1 che la proposta del committente non è accettata (“tetto massimo 50/10”), nel senso che la distribuzione delle ore è intesa “per l'intero mandato e non per le singole fasi” (punto 6.2 completato). Al punto 6.3 è riportata la controproposta dei ricorrenti (monitoraggio continuo delle prestazioni e incontro semestrale con il committente con liquidazione di tutte le prestazioni, incluse quelle supplementari già annunciate). Infine al

punto 7.4 è addotto che “l'offerente aggiorna l'offerta consegnando una nuova offerta economica (datata 19.12.2008)”.

4.4 Da una valutazione riassuntiva del documento “Discussione d'offerta Consorzio X._____”, in particolare dalla lista degli argomenti trattati in sede di discussione e dal protocollo annesso è possibile concludere che quest'ultimo risponde in linea di principio alle esigenze minime in materia di tenuta di protocollo di cui all'art. 26 cpv. 3 e 4 OAPub. In esso sono infatti indicati i rappresentanti del committente e del consorzio ricorrente che hanno partecipato alla discussione d'offerta. Parimenti adempiuta la condizione che il verbale deve essere firmato da tutti i presenti (cfr. pag. 6 della “Discussione d'offerta Consorzio X._____”). Di principio si può affermare che il documento in questione contiene - se pur in maniera sommaria - annotazioni sufficienti circa i singoli punti dell'offerta da discutere, l'andamento della discussione, le proposte sia del committente che del consorzio ricorrente ed il risultato della discussione, il quale consisteva nell'appurare le incertezze riguardo ad alcuni punti dell'offerta del consorzio ricorrente, in particolare la ripartizione del monte ore offerto.

Dalle allegazioni suesposte, nel quadro di un esame prima-facie non emergono quindi elementi che permettano di stabilire se e in che misura il verbale in questione sia affetto da un vizio di forma.

4.5 A mente dei ricorrenti il protocollo avrebbe dovuto riportare delle annotazioni supplementari. Essi si riferiscono in particolar modo alle circostanze che il committente aveva qualificato buono il valore d'uso della loro offerta (cfr. consid. 4.5.1), che il committente aveva richiesto di aumentare il monte ore offerto e di conseguenza l'offerta economica, dichiarando espressamente che la modifica dell'offerta economica non avrebbe comportato una modifica del valore d'uso (cfr. consid. 4.5.2). Nel mancato inserimento di queste annotazioni nel verbale i ricorrenti intravedono non solo una lesione dei principi in materia di tenuta di un protocollo, ma di riflesso anche una violazione dei principi fondamentali della parità di trattamento, della trasparenza e della buona fede. Tali censure fanno oggetto dei considerandi seguenti.

4.5.1 A mente dei ricorrenti il committente avrebbe considerato buona la loro offerta qualitativa e la stessa avrebbe meritato più di 400 punti. Anche nell'ipotesi che il rappresentante del committente in sede di

discussione dell'offerta abbia lasciato intuire che un'aggiudicazione rientrasse ancora nei limiti del possibile, considerata l'assenza di una simile indicazione nel verbale, appare poco probabile che egli si sia espresso in maniera vincolante sul numero dei punti assegnati. L'e-mail dell'ing. M._____ del 20 febbraio 2009 (precedente il debriefing) - allegata dai ricorrenti per suffragare la presunta dichiarazione del committente - non cambia nulla alla situazione e non può di conseguenza avere una valenza probatoria di rilievo. Dalla sola circostanza di essere stati convocati alla discussione d'offerta i ricorrenti avrebbero al massimo potuto dedurre che la loro offerta fosse di principio qualitativamente buona, ma non che venisse loro assegnato il punteggio massimo, tanto più che l'offerta doveva ancora essere verificata ulteriormente in sede di discussione.

4.5.2 Sempre nel quadro di un esame prima-facie della situazione di diritto, la critica secondo cui nel verbale avrebbe dovuto essere inserita la richiesta del committente di aumentare il monte ore e quindi la richiesta di aumentare l'offerta economica, nonché la conseguente dichiarazione del committente che la modifica dell'offerta economica non avrebbe modificato il valore d'uso, non è fondata.

4.5.2.1 Prima di tutto va rilevato che il verbale lascia unicamente trasparire che i ricorrenti e il committente erano di opinione diversa riguardo alla “distribuzione delle ore tra le singole fasi non centellinata” (cfr. consid. 3.1.3). In nessun modo emerge dal verbale un qualsiasi obbligo a modificare il monte ore rispettivamente ad inoltrare una nuova offerta economica. Improbabile quindi che siano state rilasciate simili dichiarazioni dal committente. Ne consegue che non è ravvisabile una violazione dei principi di tenuta di protocollo.

In secondo luogo va notato che l'e-mail del 19 dicembre 2008, con cui i ricorrenti vorrebbero giustificare un eventuale complemento del verbale, non lascia giungere ad un'altra conclusione. Nell'e-mail menzionata il committente ha indicato ai ricorrenti solo le basi legali della procedura di aggiudicazione, in particolare per quanto riguarda le trattative. Da uno sguardo ai relativi disposti i ricorrenti avrebbero al massimo potuto desumere che in sede di trattative era possibile modificare alcuni elementi critici della loro offerta. Dalla sola comunicazione dei disposti vigenti in materia di trattative giusta l'e-mail del committente del 19 dicembre 2008 i ricorrenti non potevano però concludere che il committente instaurasse l'obbligo di modificare

l'offerta originale, rispettivamente di inoltrarne una nuova. Stava soltanto ai ricorrenti decidere se presentare una nuova offerta economica o meno. Anche in questo caso non sono ravvisabili violazioni della parità di trattamento, della trasparenza e della buona fede.

4.5.2.2 Mancano infine punti di riferimento a sostegno della presunta dichiarazione del committente secondo cui la modifica dell'offerta economica non avrebbe avuto alcun influsso sul valore d'uso. Nell'evenienza che il committente abbia veramente rilasciato una simile dichiarazione - che già di per sé appare alquanto atipica -, occorrerebbe però esigere che la stessa si basi perlomeno su indicazioni concrete, che a loro volta siano evincibili in modo chiaro dal verbale. Ciò non fa però al caso nella presente fattispecie. Pur ammettendo che una dichiarazione del genere sia stata effettivamente messa a verbale, non è da escludere che in un secondo momento l'annotazione corrispondente si riveli nulla poiché inconciliabile con il principio della parità di trattamento.

Nel complesso, gli argomenti dei ricorrenti sembrano fondarsi su ipotesi poco credibili e non convincenti. Se la loro offerta avesse veramente meritato l'assegnazione di 400 punti non si intravede che bisogno ci sarebbe stato di inoltrare una nuova offerta economica. Appare altrettanto poco plausibile che i ricorrenti credano che la modifica del monte ore verso l'alto - in casu l'aggiunta di 3'380 ore supplementari rispetto al monte ore offerto nell'offerta originale (cfr. cifra 12.9 delle osservazioni al ricorso; nell'offerta originale era previsto un monte ore di 15'445 ore, nell'adattamento dell'offerta economica il monte ore è stato aumentato a 18'825 ore) - non comporti nessuna mutazione del valore d'uso. Risulta invece come una conseguenza logica il fatto che in casu esista una correlazione tra l'aumento delle ore previste per le prestazioni della commessa (nel senso di un adattamento dell'offerta qualitativa) e l'aumento dell'importo previsto per l'offerta economica originale, tanto è vero che ciò ha portato ad un nuovo indice di economicità.

Nemmeno la nota interna datata 22 dicembre 2008 - allestita dallo stesso consorzio ricorrente, letta prima del secondo incontro e presentata nell'ambito del debriefing del 20 febbraio 2009, con l'esplicita richiesta di aggiungerla quale complemento al verbale di discussione d'offerta - è in grado di dissipare i dubbi e le

contraddizioni generati dall'argomentazione dei ricorrenti. Nel documento citato si segnala che il consorzio prende atto, tra l'altro, che in caso di modifiche dell'offerta economica l'offerta non è oggetto di scarto, rispettivamente che le modifiche dell'offerta economica non modificano il valore d'uso. È tuttavia inimmaginabile che a detta nota interna possa essere conferita una qualsiasi valenza probatoria. Prima di tutto, nel verbale steso per il debriefing il committente ha fatto inserire l'annotazione che secondo lui “la discussione d'offerta si è svolta in altro modo (vedi protocollo discussione d'offerta)”. Per di più la nota menzionata non è stata sottoscritta né dai rappresentanti del consorzio né dal committente.

È inoltre difficilmente comprensibile quali benefici vorrebbero trarre i ricorrenti dalla presunta dichiarazione del committente che un aumento dell'offerta economica non avrebbe modificato il valore d'uso. In effetti, come fatto notare dal committente nelle osservazioni, l'aggiornamento dell'offerta economica ha comportato un aumento del punteggio del sottocriterio 3 (svolgimento del mandato) da 2 (secondo la prima valutazione dell'offerta) a 4, permettendo di far salire il punteggio finale da 315 (secondo la prima valutazione d'offerta), a 390 punti. Anche il sottocriterio 1 (analisi di progetto e di mandato) era stato rivalutato di un punto, permettendo ai ricorrenti di passare dalla nota 3 alla nota 4. Dal verbale del Comitato di aggiudicazione (CdA) del 5 dicembre 2008 (doc. 6 allegato alle osservazioni) emerge che l'offerta dei ricorrenti al sottocriterio 3 non rispondeva alle esigenze del committente, in quanto le prestazioni offerte per la dirigenza dei lavori in esecuzione erano risultate limitate per un progetto di tale portata ed inoltre erano stati dimenticati o sottovalutati alcuni lavori. Sempre dal medesimo verbale discende che l'offerta iniziale della ricorrente aveva raggiunto una valutazione di qualità pari a 315 punti, piazzandosi al secondo rango della graduatoria intermedia. Dal verbale del debriefing (Comunicazione agli offerenti) del 20 febbraio 2009 si evincono brevemente i motivi che spiegano gli aumenti di punteggio al sottocriterio 3 dalla nota 2 alla nota 4 (“descrizione dello svolgimento del mandato globalmente buona”) e al sottocriterio 1 (“l'analisi di mandato è buona, mentre l'analisi dei rischi riferita al mandato meno esaustiva dell'offerente scelto”). Sempre dal verbale del debriefing risulta infine che, nonostante l'aggiornamento dell'offerta economica, l'offerta dei ricorrenti non raggiunge l'indice di economicità migliore (la condizione chiave per aggiudicarsi la commessa come previsto alla cifra 3.9 del bando), mantenendo il secondo rango anche della

graduatoria finale (confermato anche dalla tabella relativa alla valutazione globale delle offerte doc. 1.5, pag. 9).
Visto quanto precede, le asserzioni del committente riguardo all'aumento del punteggio dopo l'inoltro degli adattamenti dell'offerta economica appaiono di per sé logiche e senz'altro conciliabili con le annotazioni messe a verbale. Invece le argomentazioni dei ricorrenti, i quali pretendono che un adattamento dell'offerta economica non cambi nulla al risultato della valutazione rispettivamente abbia come conseguenza una valutazione peggiore rispetto a quella dell'offerta originale, si basano prevalentemente su elementi dalla natura anomala. Tali elementi sembrano avversi ai principi su cui si basa una procedura di aggiudicazione e non trovano in nessun modo riscontro nel verbale di discussione d'offerta.

4.5.3 Contrariamente a quanto vorrebbero far credere i ricorrenti, il verbale steso in occasione delle trattative non può e non deve rappresentare una registrazione dettagliata delle discussioni d'offerta, benché la giurisprudenza della CRAP dia adito a pensarlo (BRK 006/2004 consid. 2 lit. b/aa). A questo proposito va però rilevato che - rispetto alla presente fattispecie - nei casi sottoposti alla CRAP si giustificava un certo rigore, dal momento che erano state violate le esigenze minime poste alla tenuta di un verbale di discussione d'offerta. Ad esempio, nella procedura BRK 2003-016 i verbali stesi in sede di trattative non riportavano annotazioni per tutti i singoli punti dell'offerta rimasti incerti e per i quali erano state indette le relative discussioni, mentre nella procedura BRK 2002-007 il verbale presentava un evidente vizio di forma, non contenendo le firme di tutti i partecipanti alle trattative.

Nel caso di specie, come risulta dai considerandi suesposti, si può invece affermare sulla base di un esame prima-facie che il documento “Discussione d'offerta Consorzio “X._____””, per quanto ne riguarda il contenuto, soddisfa i requisiti minimi in materia di tenuta di protocollo. Gli argomenti dei ricorrenti che si riferiscono al mancato inserimento nel verbale di diverse annotazioni (cfr. consid. 4.5 seg.) appaiono incongruenti e privi di logica. Essi non sono in grado di mettere in dubbio le dichiarazioni del committente. Nell'ambito di un esame prima-facie non è quindi possibile concludere ad una violazione della parità di trattamento, della trasparenza e della buona fede.

Va infine osservato che il verbale prima di essere sottoscritto era stato

letto ad alta voce dinanzi a tutti i presenti. Di conseguenza, prima della sottoscrizione del verbale, i ricorrenti avrebbero ancora avuto modo di esigere eventuali rettifiche circa la loro interpretazione di presunte dichiarazioni fornite dal committente, soprattutto se si tiene conto dell'importanza da loro attribuita in sede di ricorso proprio a quegli aspetti che a loro avviso avrebbero dovuto essere inseriti nel protocollo. Omettendo di intervenire e sottoscrivendo il verbale con la loro firma i ricorrenti hanno quindi confermato di essere d'accordo con il contenuto del verbale. Nell'ottica di un esame prima-facie, da quanto precede è possibile desumere che le censure sollevate in sede di ricorso riguardo alle mancate annotazioni nel protocollo non solo sembrano rivelarsi infondate, ma anche tardive.

4.6 I ricorrenti censurano una violazione del principio della confidenzialità, in quanto, a loro avviso, nel verbale del debriefing era stato concesso allo studio d'ingegneria Z._____ di esaminare tutte le offerte presentate, sebbene il Capitolato del bando non lo permettesse.

Alla pag. 10, cifra 2.9 “Elaborazione delle fasi precedenti” del Capitolato si legge che “lo studio d'ingegneria (Z._____) sta collaborando con il Committente nell'allestimento di documentazione relativa al progetto e non potrà pertanto partecipare alla presente gara d'appalto né singolarmente né come membro di una comunità di lavoro”. Dal verbale del debriefing nonché dalle osservazioni del committente emerge che il mandato dello studio d'ingegneria Z._____ prevedeva oltre all'allestimento della documentazione anche la verifica della completezza dell'offerta qualitativa nonché una prima valutazione qualitativa all'attenzione del committente. L'autorità aggiudicatrice tiene a precisare che lo studio d'ingegneria Z._____ non ha avuto accesso alle offerte economiche ma solo a quelle qualitative e che lo stesso studio sottostà agli obblighi di diligenza e fedeltà nonché di segretezza delle informazioni confidenziali.

Benché sia incontestato che il committente abbia esteso la collaborazione dello studio d'ingegneria Z._____ oltre all'allestimento della documentazione anche a verifiche circa la completezza delle offerte e ad una prima valutazione qualitativa, le censure dei ricorrenti non forniscono elementi concreti che lascino supporre che i dati dell'offerta relativi agli offerenti non siano stati trattati in maniera confidenziale. Pertanto non si intravede come abbia

potuto essere violato il principio della confidenzialità nei confronti dell'aggiudicazione. Allo stesso modo non è assolutamente chiaro se e in che misura il mandato dello studio d'ingegneria Z._____ abbia potuto recare un qualsiasi pregiudizio ai ricorrenti in vista dell'aggiudicazione della presente commessa.

4.7 I ricorrenti criticano infine come la valutazione operata dal committente in relazione al criterio di aggiudicazione 1 “analisi del progetto e del mandato” sia insostenibile, concludendo ad un manifesto eccesso rispettivamente abuso di apprezzamento.

4.7.1 Il committente dispone di un ampio margine di giudizio nella scelta dei criteri di idoneità e di aggiudicazione, dei mezzi di prova richiesti nonché nella ponderazione dei criteri di aggiudicazione (DTF 125 II 86 consid. 6 ; GAAC 68.119 consid. d/aa). L'autorità di ricorso s'impone tuttavia un certo riserbo quando si tratta di valutare le circostanze locali o questioni di spiccato apprezzamento oppure prettamente tecniche. L'apprezzamento del Tribunale federale amministrativo non può pertanto sostituirsi a quello dell'ente appaltante: esso interviene quindi soltanto se vi è un abuso o un eccesso del potere di apprezzamento. Questa Corte riesamina pertanto l'apprezzamento delle prestazioni in base ai criteri di aggiudicazione soltanto con gran ritegno, poiché detto apprezzamento presuppone spesso di avere delle conoscenze tecniche, si fonda necessariamente su di un confronto tra le diverse offerte ed implica anche, inevitabilmente, una componente soggettiva da parte del committente (DTAF B-5838/2007 consid. 4 con rinvii).

4.7.2 Nel bando di concorso alla cifra 3.9 sono riportati i due criteri di aggiudicazione qualità (1) ed economicità (2). Il criterio di aggiudicazione della qualità è a sua volta suddiviso in 4 sottocriteri: (1) analisi di progetto e del mandato, peso 35%, (2) qualificazione e disponibilità delle persone chiave, peso 35%, (3) svolgimento del mandato, peso 20%, (4) gestione della qualità riferita al progetto (PQM), peso 10%. Secondo la tabella di valutazione delle offerte sulla base dei criteri di aggiudicazione, l'offerta del consorzio ricorrente e quella del consorzio aggiudicatario hanno ottenuto le stesse note, ad eccezione che nel sottocriterio 1 “Analisi del progetto e di mandato” (per i sottocriteri 2, 3 e 4 entrambi gli offerenti hanno ottenuto le note 4, 4 e 3). Al sottocriterio 1 i ricorrenti hanno ottenuto la nota 4 (buono), mentre il consorzio aggiudicatario la nota 5 (ottimo).

Nel documento “Comunicazione agli offerenti Protocollo” del 20 febbraio 2009 il committente menziona i motivi essenziali dell'eliminazione. Riguardo il criterio 1 viene addotto che “l'analisi di mandato è buona, mentre l'analisi dei rischi riferita al mandato meno esaustiva dell'offerente scelto”. Per quanto attiene alle caratteristiche essenziali e ai vantaggi dell'offerta scelta il committente adduce nello stesso documento: “ottima l'analisi del progetto e del mandato. In particolare: buona descrizione dell'analisi dei rischi riferita al mandato”. Nell'e-mail del committente del 25 gennaio 2009 viene nuovamente giustificata la differenza del punteggio, nel senso che per l'autorità aggiudicatrice l'offerente scelto ha presentato un'analisi del progetto e del mandato maggiormente strutturata e con riferimenti specifici a parti d'opera del progetto, in particolare in relazione a rischi ed opportunità. Sempre secondo l'e-mail menzionata, “nel dettaglio i rischi e conseguentemente le opportunità, in particolare quelli relativi al progetto sono stati suddivisi in temi e poi sviluppati. Inoltre l'analisi presentata si riferisce ad oggetti specifici (manufatti) e/o a situazioni specifiche del progetto (gestione dell'esercizio, gestione del cantiere)”.

Dalle informazioni fornite dal committente è possibile concludere sulla scorta di un esame prima-facie che la differenza di valutazione tra l'offerta del consorzio ricorrente e quella del consorzio aggiudicatario sono documentate in modo sufficiente e sostenibile. Nel giudizio del committente è riportato in maniera plausibile che la differenza nella valutazione è da ricondurre ad un'analisi dei rischi meno dettagliata rispetto all'offerta del consorzio aggiudicatario. Non vi sono infine elementi che lasciano supporre che il committente sia incorso nell'arbitrio e di conseguenza non è ravvisabile né un eccesso, né un abuso del suo potere d'apprezzamento. Le allegazioni ricorsuali si limitano ad una breve descrizione dell'offerta sotto l'aspetto del sottocriterio 1, ma non contengono argomenti tecnici validi e sostanziati. Come precedentemente esposto, nel Capitolato è indicato che il sottocriterio 1 “analisi di progetto e di mandato” ha un peso pari al 35%. Il solo fatto che non sia indicato separatamente il modo di ponderazione sia in riferimento all'analisi del progetto che all'analisi del mandato non può di per sé giustificare un vizio nella valutazione dell'offerta. Pertanto i ricorrenti non riescono a mettere in dubbio la valutazione eseguita dal committente riguardo al sottocriterio 1.

4.8 Riassumendo, sulla base di un esame prima-facie della situazione giuridica materiale, il Tribunale amministrativo federale riconosce che il ricorso è privo di probabilità di successo e quindi manifestamente infondato. Le censure dei ricorrenti che si riferiscono alla violazione degli obblighi in materia di tenuta di protocollo (consid. 4.4 seg.), alla violazione dei principi della parità di trattamento, della trasparenza e della buona fede (consid. 4.5, in particolare 4.5.1-4.5.2), alla violazione del principio della confidenzialità (consid. 4.6) e alla valutazione insostenibile del sottocriterio 1 (analisi di progetto e di mandato, consid. 4.7) non poggiano su argomenti solidi e convincenti. Per quanto attiene alla conclusione in via subordinata di concedere ai ricorrenti la possibilità di presentare una nuova offerta solo in relazione al sottocriterio 3 e all'offerta economica, va osservato che il ricorso non contiene nessuna motivazione al riguardo.

Di conseguenza la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta. Vista la manifesta infondatezza del ricorso, si prescinde dall'effettuare la ponderazione degli interessi.

5.
La decisione incidentale sull'effetto sospensivo che deve essere presa nel caso di specie poggia in sostanza sul ricorso e sulle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice concernenti le conclusioni procedurali rispettivamente la domanda dell'effetto sospensivo. La valutazione delle censure mosse nel ricorso è stata possibile sulla base dei documenti che sono stati allegati al ricorso, nonché alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice.

Con ordinanza dell'8 maggio 2009 ai ricorrenti è stato trasmesso un estratto del Protocollo del Comitato di aggiudicazione (CdA) della riunione del 5 dicembre 2008 (doc. 6 allegato alle osservazioni), nella misura in cui si trattava esclusivamente di passaggi inerenti alla loro offerta e che avevano in parte trovato conferma nel verbale del debriefing del 20 febbraio 2009. Con risposta del 13 maggio 2009 i ricorrenti si sono riconfermati nelle loro conclusioni e motivazioni, senza comunque portare argomenti in grado di mettere a rischio i risultati a cui è giunto il Tribunale amministrativo federale dopo l'esame prima-facie della situazione di diritto. La questione a sapere se e quali ulteriori atti si rivelano determinanti in vista della decisione nel merito della causa, rispettivamente quali altri atti che l'autorità aggiudicatrice ha definito confidenziali possono accedere all'esame degli atti dei

ricorrenti, dovrà essere giudicata se del caso nell'ambito di ulteriori misure di istruzione nella causa principale. Per decidere sull'effetto sospensivo, l'atto di ricorso, le osservazioni del committente ed i relativi allegati hanno fornito informazioni ampiamente sufficienti, cosicché non occorre avvalersi dell'audizione di diversi testi (Ing. Giorgio Masotti, Luca Humair, Andrea Mordasini da parte del consorzio ricorrente; Ing. Roberto Siccardi, Simone Pin, Roberto D'Onofrio da parte del committente), come d'altronde è stato richiesto dai ricorrenti. Nella misura in cui si rivelerà necessario, si ritornerà eventualmente sulle suddette richieste nel quadro di ulteriori misure di istruzione nella causa principale.

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.
Gli scritti dei ricorrenti del 1° aprile 2009 rispettivamente 13 maggio 2009 sono trasmessi per conoscenza all'autorità aggiudicatrice.

2.
La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta.

3.
Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.

4.
Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario; anticipata via fax)
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. FUSC No. 30 del 13 febbraio 2009; atto giudiziario; allegati: come da cifra 1)
- aggiudicatario (per conoscenza)

Il presidente del collegio: Il cancelliere:

Francesco Brentani Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

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

Data di spedizione: 18 maggio 2009