



Decisione incidentale del 15 maggio 2013

Composizione

Giudice unico Francesco Brentani,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____ SA,
patrocinata dall'avv. Flavio Canonica,,
ricorrente,

contro

FFS SA Berna Infrastruttura,
Via Pedemonte 7, 6500 Bellinzona,
patrocinata dall'avv. Barbara Klett,
Studio legale Kaufmann Rüedi,
Alpenquai 28a, 6005 Lucerna,
autorità aggiudicatrice,

Oggetto

acquisti pubblici - bando di concorso relativo al progetto
"Sviluppo futuro infrastruttura ferroviaria (SIF) - Nodo di
Bellinzona" (pubblicazione SIMAP n. 762549 e 763203 del
15 marzo 2013).

Fatti:**A.**

Con pubblicazione su SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; n. della pubblicazione 762549 in lingua italiana e n. della pubblicazione 763203 in lingua francese) del 15 marzo 2013 la FFS SA Berna (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura aperta, per la delibera di una commessa di prestazione di servizi intitolata "Sviluppo futuro infrastruttura ferroviaria (SIF) – Nodo di Bellinzona". Le categorie di servizi secondo la CPC riguardano: Architettura, consulenza tecnica e pianificazione nonché prestazioni tecniche integrate, pianificazione urbana e paesaggistica, consulenza scientifica e tecnica connessa (cfr. cifre 2.1 e seg. del bando di concorso). Conformemente alla cifra 3.13 del bando di concorso, i documenti di gara erano disponibili dal 15 marzo 2013 al sito web www.simap.ch.

Al documento di gara B. Descrizione dei compiti, paragrafo 2.8.7, p. 9/30 si legge:

"Il Progetto di massima è stato elaborato da(...) B._____ SA di (...). Lo stesso studio sta inoltre realizzando il progetto di pubblicazione concernente (...), con questo mandato concluderà il proprio incarico. Questo studio di ingegneria può inoltrare l'offerta anche per la presente procedura d'acquisto. La documentazione relativa al progetto di massima elaborata dallo studio sopraindicato è allegata (C. Documentazione)".

B.

Contro il bando di concorso in versione italiana e francese e la disposizione contenuta nella documentazione di gara summenzionata la X._____ SA (di seguito: ricorrente) è insorta con ricorso dell'11 aprile 2013. In ordine, ella propone di concedere l'effetto sospensivo al ricorso, dapprima in via supercautelare, e di conseguenza di vietare alla stazione appaltante di prendere in considerazione un'eventuale offerta di B._____ SA - inoltrata quale partecipante unica oppure quale membro di un consorzio - in relazione all'acquisto pubblico, in particolare di aprire o valutare tale offerta, riservandosi il diritto di ricorso contro un'eventuale aggiudicazione in favore di B._____ SA. Ella chiede inoltre di darle facoltà di consultare senza restrizioni tutti gli atti di gara richiamati come pure tutti i documenti di cui chiede l'edizione, in particolare la documentazione concernente il Progetto di pubblicazione dei piani elaborato da B._____ SA, nonché di replicare alle osservazioni eventualmente sol-

levate dalla stazione appaltante o da B._____ SA in merito al conferimento dell'effetto sospensivo al presente ricorso, prima che lo scrivente Tribunale si pronunci in proposito e infine di ordinare un secondo scambio di allegati, eventualiter di dare facoltà alla ricorrente di inoltrare le proprie osservazioni in fatto e diritto dopo la consultazione degli atti riferiti all'acquisto pubblico in oggetto.

Nel merito, la ricorrente propone l'annullamento del bando di concorso e della relativa documentazione di gara, la pubblicazione di un nuovo bando di concorso e la modifica della documentazione di gara, nel senso che B._____ SA non può partecipare agli acquisti pubblici in oggetto. Eventualiter, la ricorrente postula la modifica dei nuovi bandi di concorso, nel senso di assegnare ai partecipanti ad eccezione di B._____ SA un termine di 50 giorni per inoltrare la propria offerta contro i 20 giorni per B._____ SA, nonché il completamento della documentazione di gara relativa al bando di concorso, nel senso di mettere a disposizione di tutti i partecipanti anche la documentazione concernente il Progetto di Pubblicazione, in particolare sia quella rimessa dalla stazione appaltante a B._____ SA che quella da essa allestita. In ogni caso, protestate tasse, spese e ripetibili.

La ricorrente ritiene che B._____ SA, per aver allestito il progetto di massima riferito all'acquisto pubblico in oggetto, risulti chiaramente preimplicata e che di conseguenza B._____ SA abbia beneficiato di un vantaggio concorrenziale psicologico, informativo e temporale. A mente della ricorrente, il vantaggio psicologico deriva dalla circostanza che B._____ SA è coaggiudicataria con C._____ SA e D._____ SA dell'acquisto pubblico concernente il progetto (...), segnalando che contro la relativa decisione di aggiudicazione è pendente un ricorso presso lo scrivente Tribunale (...). Come già fatto valere nel ricorso nella procedura menzionata, la ricorrente crede che C._____ SA disponga di dirigenti e collaboratori che sono contemporaneamente collaboratori della stazione appaltante e una simile promiscuità costituisce un vantaggio concorrenziale. Quo al vantaggio informativo, la ricorrente reputa che esso sia stato recato a B._____ SA essendole stato conferito il mandato di allestimento del Progetto di massima come pure del Progetto di pubblicazione, il quale, a differenza della documentazione inerente il progetto di massima, non è stato messo a disposizione dei partecipanti alla gara. La ricorrente ravvede nella circostanza che i partecipanti al concorso abbiano un termine di soli 49 giorni per presentare le offerte, meno di 40 considerato il periodo delle feste pasquali, un vantaggio concorrenziale per B._____ SA.

Per quanto attiene alla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo la ricorrente ritiene il ben fondato del gravame già sulla base degli atti prodotti e della documentazione richiamata. A suo dire, non vi sarebbero interessi pubblici particolari che possano essere ritenuti preponderanti rispetto all'interesse privato della ricorrente ad una corretta impostazione del bando di concorso e delle condizioni di gara. In particolar modo, la stazione appaltante non potrà invocare un'urgenza nell'esecuzione dei lavori.

C.

Con decisione incidentale del 15 aprile 2013 lo scrivente Tribunale ha conferito al ricorso, in via superprovvisoriale, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice di aprire le offerte che le perverranno in relazione ai bandi di concorso. Allo stesso modo il Tribunale ha fissato un termine all'autorità aggiudicatrice fino al 26 aprile 2013 per esprimersi sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, per inoltrare gli atti preliminari relativi alla gara d'appalto in oggetto, per indicare il valore approssimativo stimato della commessa e fino al 10 maggio 2013 per inoltrare una risposta nel merito del ricorso.

D.

Con decisione incidentale del 16 aprile 2013 lo scrivente Tribunale ha dato a B._____ SA la facoltà di presentare, entro il 26 aprile 2013, le osservazioni sulla domanda di concessione dell'effetto sospensivo e, entro il 10 maggio 2013, le osservazioni nel merito del ricorso, a condizione che si costituisca come parte e in questo caso di comunicarlo entro il 26 aprile 2013. Nel contempo il Tribunale ha fatto ordine, in via superprovvisoriale, all'autorità aggiudicatrice di pubblicare senza indugio su SIMAP la proroga dei termini per presentare le offerte in relazione alla gara in oggetto fino al 12 maggio 2013, specificando che tale proroga non vale per un'eventuale offerta presentata da B._____ SA o da un eventuale consorzio al quale tale offerente potrebbe aderire. L'autorità aggiudicatrice e B._____ SA sono state invitate a presentare osservazioni in merito al provvedimento superprovvisoriale entro il 26 aprile 2013.

Con pubblicazione su SIMAP del 19 aprile 2013 (n. di pubblicazione 772797) l'autorità aggiudicatrice ha rettificato il bando di concorso e prorogato il termine di inoltro delle offerte dal 2 fino al 13 maggio 2013, ore 16:00.

E.

Con presa di posizione del 26 aprile 2013 l'autorità aggiudicatrice chiede,

in via preliminare, di respingere la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso - in via subordinata di concederle un nuovo termine di 20 giorni per inoltrare la presa di posizione nel merito -, di limitare la consultazione degli atti ai documenti che contengono dati che non possono essere ritenuti segreti aziendali, di assegnarle un nuovo termine per l'inoltro delle osservazioni nel caso in cui alla ricorrente sia concessa la possibilità di inoltrare ulteriori allegati. Nel merito, l'autorità aggiudicatrice chiede di respingere integralmente il ricorso e la messa a carico della ricorrente delle spese e indennità per ripetibili.

L'autorità aggiudicatrice sostiene, nel caso concreto, di aver pubblicato la procedura di concorso in conformità delle norme del bando e in rispetto della legge sugli appalti pubblici, correlando il progetto a concorso di tutte le informazioni necessarie per realizzare un'offerta concorrenziale, comunicando esplicitamente e in modo trasparente la partecipazione della B._____ SA ai lavori preliminari e prorogando ai sensi della decisione incidentale del 16 aprile 2013 – il termine di inoltro delle offerte di 10 giorni. Ella contesta le asserzioni ricorsuali secondo cui sarebbero sorti a B._____ SA un vantaggio concorrenziale psicologico, informativo e temporale. A suo avviso, non sono chiaramente date le prospettive di esito favorevole al ricorso, mentre prevalgono chiaramente gli interessi pubblici per l'immediata esecuzione, in quanto un eventuale ritardo nell'esecuzione del progetto di Bellinzona avrebbe conseguenze inaccettabili sullo sviluppo dell'asse del Gottardo dal punto di vista di tempi e costi.

F.

Dando seguito all'ordinanza del 1 maggio 2013 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato in data 6 maggio 2013 che in data 3 maggio 2013 le è stata recapitata per via postale un'offerta portante come mittente la ditta B._____ SA e che non potendo aprire l'offerta, non è in grado di dire se l'offerta è stata allestita con partecipazione a un consorzio.

G.

La ditta B._____ SA ha lasciato trascorrere infruttuosamente i termini per costituirsi formalmente come controparte.

H.

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

Diritto:**1.**

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere di cognizione la questione a sapere se sono adempiute le condizioni di ammissibilità del ricorso (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

1.1 Contro le decisioni del committente aventi come oggetto il bando di concorso è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. b i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 LAPub) il quale statuisce anche sulle domande volte al conferimento dell'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub).

1.2 La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT; RS 0.632.231.422; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). Le Ferrovie Federali Svizzere (FFS) non cadono sotto l'Accordo GATT. La LAPub è applicabile soltanto se il committente è soggetto a questa legge (art. 2 cpv. 1 LAPub), il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia fissati dall'art. 6 cpv. 1 LAPub e all'applicazione non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub.

Con l'entrata in vigore il 1° giugno 2002 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) gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cifra 2 lett. d e cpv. 3 e dell'Allegato II B dell'Accordo bilaterale; cfr. per il diritto interno l'art. 2 cpv. 2 LAPub i. c. d. con l'art. 2a cpv. 2 lett. b dell'ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995; OAPub, RS 172.056.11). FFS SA Berna e altre aziende attive nel settore ferroviario (costruzione ed esercizio di impianti ferroviari) sono direttamente sottoposte alla LAPub, ad eccezione di tutte le attività di queste imprese che non sono in rapporto diretto con il settore dei trasporti (art. 2 cpv. 2 LAPub e art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub).

La commessa in parola ha come oggetto servizi di costruzione ai sensi di categorie di servizi secondo la CPC " Architettura, consulenza tecnica e pianificazione nonché prestazioni tecniche integrate, pianificazione urbana e paesaggistica, consulenza scientifica e tecnica connessa" in relazione ai nuovi accessi ai binari e ai treni. Detta commessa rientra nel novero delle commesse di servizi di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub i. c. d. con

l'art. 3 cpv. 2 OAPub e l'Allegato 1a OAPub con l'allegato 1 dell'Accordo GATT).

Considerato il valore stimato della commessa, il valore soglia imposto dalle disposizioni di legge (art. 6 cpv. 1 lett. d cifr 1 LAPub i. c. d. con l'art. 1 dell'ordinanza sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2012 e 2013, RU 2011 5581) è ovviamente superato. Il committente ritiene che l'indicazione del valore stimato della commessa di cui al doc. 6 delle sue osservazioni non debba essere trasmesso alla ricorrente. Al momento attuale e per motivi di parità di trattamento è inutile soffermarsi ulteriormente sulla questione.

Non sussistendo inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub, come del resto riconosciuto dalle parti.

1.3 La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), fintanto che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongano altrimenti.

Va osservato che, giusta l'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

1.4 Di principio, la legittimazione a contestare un bando di concorso è riconosciuta soltanto ai potenziali fornitori della prestazione in questione, in quanto solo essi hanno un interesse ad ottenere l'appalto (DTAF 2009/17 consid. 3.2); oltre a loro sono legittimati a ricorrere, di regola, solo quei partecipanti al mercato che fanno valere che il bando di concorso li escluda in modo illecito dall'acquisto (DTAF 2009/17 consid. 3.2; cfr. anche DTAF 2008/60 consid. 1.3). In considerazione del fatto che la commessa in esame ha come oggetto prestazioni di servizio ingegneristiche del genio civile e che la ricorrente è uno studio di ingegneria, essa può essere senz'altro riconosciuta come potenziale offerente e di conseguenza legittimata a ricorrere. Il diritto ad insorgere contro il bando può essere altrettanto approvato, nella misura in cui la ricorrente invocando la preimplicazione di B._____ SA vede restringersi le sue probabilità di ottenere l'appalto. Nel quadro dell'impugnabilità del bando di concorso, alla cosiddetta "formelle Beschwer" (il ricorrente deve aver partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di far-

lo) non è attribuita alcuna importanza, poiché il bando di concorso dà solo inizio alla procedura di aggiudicazione (DTAF 2009/17 consid. 2).

1.5 L'impugnazione del bando di concorso del 15 marzo 2013 con ricorso dell'11 aprile è avvenuta tempestivamente (art. 30 LAPub in relazione all'art. 22a cpv. 1 lett. a PA), i requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e il patrocinatore della ricorrente ha giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

1.6 Per prassi costante, nell'ambito dei ricorsi contro decisioni di aggiudicazione, il Tribunale amministrativo federale statuisce sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo tramite un collegio di tre giudici (cfr. DTAF 2009/19, consid. 1.2 con rinvii). Nel caso di specie il ricorso è invece diretto contro il bando di concorso. Con il rigetto della domanda di conferimento dell'effetto sospensivo in un procedimento di ricorso avverso il bando di concorso non si creano i medesimi dati di fatto e le conseguenze che si presentano nel caso in cui si deve decidere sull'effetto sospensivo dopo l'impugnazione della decisione di aggiudicazione (cfr. decisione incidentale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008 consid. 1.3, B-1470/2010 del 24 marzo 2010 consid. 1.3, B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 1.2). Per questo motivo non si giustifica applicare la prassi creata per i casi di ricorso contro l'aggiudicazione, ma rimane applicabile l'art. 39 LTAF, secondo cui il giudice dell'istruzione statuisce sulle conclusioni procedurali (cfr. Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001, FF 2001 3849).

2.

Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo rispettivamente delle misure cautelari ordinate in tale contesto, vale a dire il divieto di aprire le offerte pronunciato nei confronti dell'autorità aggiudicatrice con decisione incidentale del 15 aprile 2013, nonché l'ordine di modifica del termine per la presentazione delle offerte conformemente alla decisione incidentale del 16 aprile 2013. 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 corrispondente.

Di regola l'effetto sospensivo blocca l'esigibilità e l'esecutività di una decisione prima del passaggio in giudicato di quest'ultima. Tenuto conto dell'esito del presente procedimento sfociante in una decisione incidentale, nel caso di specie può rimanere aperta la questione a sapere in che cosa consista di preciso il risultato dell'effetto sospensivo in un ricorso diretto contro il bando di concorso.

3.

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; decisione incidentale del TAF B-6837/2010 del 16 novembre 2010 consid. 2.1 con rinvii). Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso per legge l'effetto sospensivo al ricorso, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra 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 (DTAF 2009/19, consid. 2.1 e DTAF 2007/13, consid. 2.1).

4.

Nel caso in cui è presentata la richiesta volta al conferimento dell'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. In caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve già essere respinta a priori. Qualora siano riconosciute possibilità di successo al ricorso o permangono dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda di 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 del Consiglio federale concernente i neces-

sari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 (in seguito: Messaggio 2 GATT) è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165). 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).

5.

La ricorrente postula in ordine di porre divieto alla stazione appaltante di prendere in considerazione un'eventuale offerta di B._____ SA ed in particolare di aprire o valutare tale offerta. Nel merito la ricorrente propone l'annullamento del bando di concorso, la pubblicazione di un nuovo bando di concorso e la modifica della documentazione di gara nel senso di escludere B._____ SA dalla partecipazione alla stessa, eventualiter la modifica del nuovo bando nel senso di assegnare ai partecipanti ad eccezione di B._____ SA un termine di 50 giorni per l'inoltro della propria offerta ed infine la messa a disposizione dei documenti concernenti il progetto di pubblicazione, in particolare quelli allestiti da B._____ SA. La ricorrente ritiene che B._____ SA, quest'ultima avendo allestito il progetto di massima riferito all'acquisto pubblico in oggetto, risulta chiaramente preimplicata e che di conseguenza B._____ SA abbia beneficiato di un vantaggio concorrenziale psicologico, informativo e temporale.

La circostanza che B._____ SA abbia elaborato il Progetto di massima antecedente alla messa in concorso della presente commessa e stia inoltre realizzando il progetto di pubblicazione concernente (...), nonché la possibilità per detto studio di ingegneria di inoltrare l'offerta anche per la presente procedura non sono espressamente indicate nel bando di concorso, bensì nella documentazione di gara (documento di gara B. de-

scrizione dei compiti, paragrafo 2.8.7, p. 9/30). Conformemente alla cifra 3.13 del bando, la documentazione di gara è stata resa accessibile agli offerenti interessati sul sito www.simap.ch in contemporanea alla pubblicazione del bando di concorso in data 15 marzo 2013.

La ricorrente è insorta con ricorso sia contro il bando di concorso sia contro la disposizione di gara contenente le informazioni sul ruolo di B._____ SA (B. descrizione dei compiti, paragrafo 2.8.7, p. 9/30). L'art. 29 lett. b LAPub indica esplicitamente solo il bando di concorso quale decisione impugnabile singolarmente mediante ricorso e non la documentazione di gara, per cui anche le conclusioni della ricorrente devono di principio essere rivolte contro il bando di concorso. Di regola, obiezioni concernenti il bando di concorso non possono più essere sollevate nell'ambito di una procedura di ricorso contro una decisione successiva, nella misura in cui il significato e la portata della disposizione contestata siano evidentemente riconoscibili (decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 4.2.2 con rimandi). Conformemente alla giurisprudenza dello scrivente Tribunale che ha ripreso quella sviluppata dalla Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP), eventuali difetti nei documenti del bando di concorso non possono essere contestati a titolo indipendente, ma solo nella successiva tappa procedurale, di regola l'aggiudicazione (sentenza CRAP del 16 novembre 2001, pubblicata in: Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione (GAAC), consid. 3b-c; decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 4.2.3; sentenze B-421/2012 dell'8 aprile 2012 consid. 1.6 e B-8061/2010 del 18 aprile 2011, consid. 5.1). La prassi dello scrivente Tribunale è stata concepita per affrontare la questione a sapere fino a quale momento possono essere invocati difetti nella documentazione di gara e in che misura le censure corrispondenti siano da considerare tardive. Qualora, come in casu, la documentazione di gara è messa a disposizione su SIMAP contemporaneamente alla pubblicazione del bando di concorso, lo scrivente Tribunale parte dal presupposto che eventuali mancanze della documentazione di gara possano essere impuginate nel ricorso contro il bando di concorso (cfr. decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 4.2.3). Nel caso di specie la ricorrente ha sollevato censure contro le disposizioni di gara non a titolo indipendente, bensì nella tappa procedurale relativa al bando di concorso. Un simile modo di procedere si lascia senz'altro conciliare con la prassi dello scrivente Tribunale summenzionata. Di conseguenza, si può affermare che la ricorrente abbia sollevato per tempo, nell'ambito della procedura di ricorso contro il bando di concorso, la censura della preimplicazione, cosicché, nell'ipotesi che tale vizio sia dato, esso potrebbe ancora essere sa-

nato nel corso della procedura prima dell'aggiudicazione, e senza causare rallentamenti procedurali di rilievo (cfr. CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbe-fassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zurigo/San Gal-lo 2009, p. 278).

6.

Di seguito occorre esaminare, sulla base di una valutazione prima facie, se la censura della preimplicazione di B._____SA è giustificata e se del caso determinarsi sugli effetti di un eventuale vantaggio concorrenziale.

6.1 Basi legali e prassi.

6.1.1 L'Accordo GATT disciplina la preimplicazione all'art. VI cpv. 4. Se- condo tale disposto, le entità non sollecitano né accettano, in modo che possa pregiudicare la concorrenza, un avviso che possa essere impiega- to per l'allestimento delle specifiche relative a un determinato appalto da parte di una società che possa avere un interesse commerciale nel me- desimo.

6.1.2 Nella LAPub manca una normativa esplicita della preimplicazione. Linee direttive corrispondenti emergono tuttavia dall'art. 1 LAPub che re- gola lo scopo di tale atto legislativo e dove sono ancorati i principi della trasparenza e della parità di trattamento, nonché l'imperativo del promo- vimento della concorrenza e dell'impiego parsimonioso dei fondi pubblici.

6.1.3 Nell'intento di attuare una codificazione completa, la preimplicazio- ne è stata introdotta all'art. 21a OAPub entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (Modifica del 18 novembre 2009, RU 2009 6149; cfr. Rapporto e- splicativo del Dipartimento federale delle finanze del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'OAPub, di seguito: Rapporto esplicativo):

¹Il committente esclude gli offerenti da una procedura se:

- a. essi hanno partecipato ai lavori preliminari dell'acquisto e il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati; e
- b. l'esclusione non pregiudica la concorrenza efficace tra gli offerenti.

² Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorren- ziale:

- a. la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari;

- b. la comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari;
- c. la proroga dei termini minimi.

Nella misura in cui le condizioni di cui all'art. 21a cpv. 1 lett. a e b OAPub sono adempiute, l'offerente in questione deve essere imperativamente escluso dalla gara. Se i vantaggi che derivano dalla preimplicazione non possono essere compensati, il committente deve escluderlo dalla procedura a meno che una simile esclusione pregiudichi la concorrenza efficace (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf. H. Weber/Roger Zäch (editori): Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurigo 2011, n. 13 f. ad art. 11 LAPub). L'art.21a cpv. 1 lett. b OAPub disciplina quindi una costellazione dal carattere eccezionale (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.2.1; Rapporto esplicativo, p. 13). Se può compensare il vantaggio concorrenziale che un offerente ha acquisito tramite informazioni preliminari, il committente può rinunciare alla sua esclusione. L'offerente che si era indebitamente avvantaggiato non ha però il diritto di chiedere la compensazione del vantaggio. Rientra pertanto nell'apprezzamento del committente decidere se dispone del tempo e dei mezzi necessari per effettuare la compensazione nel caso specifico (cfr. per tutto Rapporto esplicativo, p. 13). L'art. 21a cpv. 2 OAPub elenca a titolo esemplare alcune modalità a disposizione del committente per compensare il vantaggio concorrenziale di un offerente (Rapporto esplicativo, p. 13).

6.1.4 Un offerente è considerato preimplicato se ha contribuito alla preparazione della procedura per la gara pubblica, sia tramite l'allestimento delle basi progettuali e la preparazione della documentazione di gara oppure se ha fornito al committente informazioni su determinate specifiche tecniche in riferimento all'oggetto da appaltare (decisione incidentale B-4621/2008 del 6 ottobre 2008, consid. 5.2 con rimando alla sentenza del Tribunale federale 2.P_164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1). La preimplicazione dell'offerente collide con il principio della parità di trattamento (cfr. per il concetto di preimplicazione anche CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Vergaberecht, Zurigo 2009, p. 22 seg.).

6.2 Nel caso di specie è incontestato che, come del resto indicato nella documentazione di gara, B._____ SA ha allestito il Progetto di massima riferito all'acquisto pubblico in oggetto, sta realizzando il progetto di pubblicazione concernente (...) e che ha la possibilità di inoltrare un'offerta nella presente procedura di aggiudicazione. Questa tipologia di coinvolgimento nel quadro della presente gara è suscettibile di rientrare nella

nozione di preimplicazione sviluppata nella prassi poc'anzi esposta. Contrariamente a quanto sembra sostenere l'autorità inferiore, l'art. 21a cpv. 1 lett. a OAPub parte letteralmente dal presupposto che ogni partecipazione ai lavori preliminari dell'acquisto comporti quasi automaticamente un vantaggio concorrenziale che può o non può essere colmato con misure adeguate, pronunciandosi in questo modo sulla liceità rispettivamente illiceità della preimplicazione.

La ricorrente deriva un caso di preimplicazione con un incolmabile vantaggio psicologico soprattutto dalla circostanza che B._____ SA è coaggiudicataria con C._____ SA e D._____ SA dell'acquisto pubblico concernente il progetto (...) contro la cui decisione di aggiudicazione ella ha inoltrato ricorso presso lo scrivente Tribunale (...). Ella spiega che la necessità del presente gravame discende in primo luogo dagli accertamenti che dovranno ancora essere esperiti nella procedura (...) per confortare la propria tesi secondo cui C._____ SA, disponendo di dirigenti e collaboratori che sono nel contempo collaboratori della stazione appaltante, debba essere ritenuta preimplicata nell'acquisto pubblico riguardo al progetto (...). Ora si può discutere se il rinvio al procedimento (...) per ammettere la preimplicazione nel presente caso possa essere pertinente, trattandosi di due progetti e di due procedure distinte tra loro. A prescindere dal fatto che lo scrivente Tribunale non ha chiarito il ruolo di C._____ SA in maniera definitiva nel procedimento (...), non va nemmeno dimenticato che la dottrina manifesta ancora dubbi sul riconoscimento di un eventuale vantaggio psicologico discendente da preimplicazione (cfr. JÄGER, op. cit., p. 135). La questione può essere lasciata aperta dal momento che la preimplicazione potrebbe essere ammessa già con l'elaborazione del progetto di massima da parte di B._____ SA.

6.2.1 L'autorità aggiudicatrice ritiene che la partecipazione ad una fase precedente di un progetto non significa di per sé un vantaggio concorrenziale. Ciononostante, ella ribadisce di aver preso nel caso concreto le misure adeguate per compensare un eventuale vantaggio concorrenziale sulla base dell'art. 21a OAPub. A tale riguardo l'autorità aggiudicatrice precisa che la documentazione di gara è stata messa a disposizione degli offerenti e permette loro di elaborare un'offerta precisa e specifica, che la partecipazione di B._____ SA ai lavori preliminari è stata comunicata esplicitamente e in modo trasparente e che il periodo di 49 giorni a disposizione per presentare le offerte, sommati ai 10 giorni di proroga del termine come ordinato nella decisione incidentale del 16 aprile 2013, dovrebbe permettere agli offerenti che non hanno partecipato alla fase preliminare di colmare il vantaggio informativo.

6.2.2 Di seguito occorre quindi chiarire se le misure enunciate dall'autorità aggiudicatrice sono tali da compensare un eventuale vantaggio derivante dal coinvolgimento di B._____ SA nell'allestimento del Progetto di massima.

Come già menzionato al consid. 6.1.3, all'art. 21a cpv. 2 OAPub è inserito un elenco esemplificativo e non esaustivo delle possibili misure di compensazione di un vantaggio concorrenziale risultante da preimplicazione. Per quanto attiene alla comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di riconoscere che tale requisito può configurare piuttosto una concretizzazione del principio di trasparenza di cui all'art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub che una misura per colmare un vantaggio concorrenziale (decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.3.3).

La ricorrente stessa comunica che l'autorità aggiudicatrice ha messo a disposizione dei partecipanti alla gara in oggetto la documentazione elaborata da B._____ SA con il Progetto di massima. Tuttavia, ella critica, in tale contesto, che il vantaggio informativo non può essere colmato poiché il committente non ha messo a disposizione dei partecipanti alla gara la documentazione relativa al Progetto di pubblicazione. Nella presa di posizione al ricorso del 26 aprile 2013 l'autorità aggiudicatrice espone in maniera plausibile che non esistono documenti relativi al progetto di pubblicazione perché questa fase non è ancora iniziata e i documenti corrispondenti non sono ancora elaborati. Del resto anche la formulazione nella documentazione del bando secondo cui la B._____ SA "sta inoltre realizzando il progetto di pubblicazione concernente (...)" lascia intuire che la fase di progetto di pubblicazione non è ancora cominciata. Ne discende che, prima facie è possibile ammettere che, allo stato attuale della presente procedura di aggiudicazione, un eventuale vantaggio derivante dalla preimplicazione di B._____ SA non potrebbe principalmente risultare da un mandato per il Progetto di pubblicazione. Le censure sollevate nel ricorso a tale riguardo non possono che rivelarsi infondate.

6.2.3 Visto quanto precede, il giudice dell'istruzione parte dal presupposto che, nel caso di specie, l'elaborazione del progetto preliminare e di eventuali altri lavori preliminari riferiti alla prossima procedura di approvazione dei piani potrebbero essere suscettibili di procacciare un vantaggio concorrenziale nella procedura del bando di concorso. Permangono dubbi invece sulla questione a sapere se la sola messa a disposizione della documentazione del progetto preliminare e la comunicazione dello studio d'ingegneria coinvolto possano essere reputate misure adeguate per

compensare un simile vantaggio ai sensi dell'art. 21a cpv. 2 lett. a e b OAPub.

6.3 Per prassi dello scrivente Tribunale, la proroga dei termini minimi giusta l'art. 21a cpv. 2 lett. c OAPub può rappresentare un mezzo idoneo di compensazione di un vantaggio concorrenziale (decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.3.3). Conformemente al bando di concorso impugnato pubblicato il 15 marzo 2013, il termine per l'inoltro delle offerte veniva a scadere il 2 maggio 2013, di modo che gli offerenti interessati avevano 49 giorni di tempo per elaborare l'offerta. Contrariamente a quello che vorrebbe far credere la ricorrente, all'argomento secondo cui nel periodo di 49 giorni andavano prese in considerazione le ferie pasquali non può essere dato ascolto, in quanto la disposizione sulla sospensione dei termini di cui all'art. 22a cpv. 1 PA non è applicabile nella procedura di aggiudicazione (art. 26 cpv. 2 LAPub). D'altra parte l'opinione dell'autorità aggiudicatrice non può essere condivisa quando parte di per sé dal presupposto che un eventuale vantaggio concorrenziale possa essere compensato nella misura in cui il termine di inoltro delle offerte è stato prolungato di alcuni giorni per tutti gli offerenti.

Come riportato nei fatti, con decisione incidentale del 16 aprile 2013 è stato fatto ordine all'autorità aggiudicatrice, in via superprovvisoria, di pubblicare su SIMAP la proroga del termine di inoltro delle offerte fino al 12 maggio 2013 per tutti i potenziali offerenti ad eccezione di B.____ SA e l'autorità aggiudicatrice ha dato seguito a tale ordine con rettifica del bando di concorso del 19 aprile 2013, nel senso che il termine di inoltro delle offerte è stato prolungato fino al 13 maggio 2013, ore 16:00. Visto quanto precede, risulta che i potenziali offerenti interessati all'acquisto in oggetto hanno a disposizione 59 giorni per elaborare la propria offerta. Anche se non emerge dalla rettifica del bando di concorso pubblicata su SIMAP il 19 aprile 2013 (N. di pubblicazione 72797), risulta dalla decisione incidentale del 16 aprile 2013 che B.____ SA era esclusa dalla proroga del termine di inoltro delle offerte ordinata per gli altri offerenti interessati. Entro il termine originario per l'inoltro delle offerte secondo il bando di concorso, scadente il 2 maggio 2013, la B.____ SA ha tuttavia inoltrato, irrilevante se da sola o aderendo ad un consorzio, un'offerta, cosicché ella ha avuto solamente 49 giorni a disposizione per preparare la propria offerta.

Da una valutazione prima facie si può affermare che, allo stato attuale della procedura di aggiudicazione, le probabilità che un eventuale vantaggio derivante a B.____ SA dall'allestimento del progetto di massi-

ma non abbia potuto essere colmato per mezzo della proroga del termine per presentare le offerte siano assai minime. In questo senso il ricorso può essere considerato manifestamente infondato, nella misura in cui la ricorrente chiede una proroga del termine per l'inoltro delle offerte superiore a 10 giorni. Malgrado la ricorrente abbia chiesto una proroga del termine per la presentazione delle offerte nell'ambito di una conclusione eventuale nel merito condizionata dalla pubblicazione di un nuovo bando di concorso, ciò non toglie ch'ella è comunque riuscita, nel risultato, ad ottenere in via superprovvisoria l'ordine di proroga del termine d'inoltro delle offerte e che tale misura ha raggiunto un effetto definitivo che oltrepassa il carattere superprovvisoria della stessa.

6.4 Anche nell'eventualità di dover effettuare una ponderazione degli interessi giusta il consid. 2.2, si dovrebbe partire dal presupposto che, con grande probabilità tale ponderazione non penda a favore della ricorrente, se si considera l'importanza fondamentale del presente progetto nello sviluppo dell'asse del Gottardo, l'inserimento del medesimo negli interventi riguardanti la tratta di San Paolo e Giubiasco e le interazioni che ne discendono. L'autorità aggiudicatrice espone in maniera plausibile che il progetto del nodo di Bellinzona è direttamente coinvolto in una rosa di progetti necessari sia al concetto ATG che al miglioramento dell'offerta al pubblico come ad esempio il cosiddetto 4-Meter-Korridor. In vista della messa in esercizio della galleria di base del San Gottardo a fine 2016, soggiunge il committente, il sistema infrastrutturale deve essere adattato per tempo al fine di rispondere ai requisiti richiesti dalla nuova linea. Un eventuale ritardo nell'esecuzione del progetto di Bellinzona avrebbe ripercussioni inaccettabili sullo sviluppo dell'asse del Gottardo in termini di tempi e costi. Non da ultimo, considerato che con la proroga del termine per inoltrare le offerte si è realizzata, in parte, la conclusione presentata dalla ricorrente nel proprio ricorso, non sono ravvisabili ulteriori interessi legittimi di quest'ultima per giustificare un impedimento al proseguo della gara pubblica.

6.5 In sunto, sulla scorta di una valutazione prima facie, la censura della preimplicazione di B. _____ SA sollevata dalla ricorrente può essere ritenuta manifestamente infondata, nella misura in cui ella richiede una proroga dei termini per l'inoltro delle offerte superiore a dieci giorni. Nel caso in cui dovesse essere eseguita una ponderazione di interessi, essa non propenderebbe a favore della ricorrente.

Per questi motivi la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo va respinta, nella misura in cui non può essere accolta una proroga del ter-

mine per la presentazione delle offerte superiore a dieci giorni. La presente decisione incidentale ha potuto essere presa sulla base dell'atto di ricorso e dei suoi allegati e della presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice del 26 aprile 2013. Di conseguenza, non è necessario chinarsi sulle conclusioni della ricorrente relative a concederle di replicare alle osservazioni della stazione appaltante rispettivamente di ordinare un secondo scambio di allegati; esse sono da respingere per quanto ammissibili. Per prassi costante, nella procedura concernente le misure cautelari non è di solito più necessario ordinare ulteriori scambi di scritti o istruzioni dispendiose.

7.

Con il rigetto della domanda di conferimento dell'effetto sospensivo decade il divieto, pronunciato con decisione incidentale del 15 aprile 2013 nei confronti dell'autorità aggiudicatrice, di aprire le offerte pervenute entro il termine di apertura delle offerte prorogato.

8.

Le spese processuali sono definite con la decisione di merito. Nell'ambito della ripartizione delle spese verrà probabilmente tenuto conto della circostanza che la ricorrente è parzialmente riuscita ad imporsi con la sua richiesta di proroga del termine per presentare le offerte.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

La domanda di conferimento dell'effetto sospensivo è respinta nella misura in cui non può essere accolta una proroga del termine per la presentazione delle offerte superiore a dieci giorni.

2.

Il divieto di aprire le offerte pronunciato con decisione incidentale del 15 aprile 2013 è annullato.

3.

Le domande volte ad ordinare un secondo scambio di scritti e di replicare alle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice prima della decisione incidentale sull'effetto sospensivo sono respinte per quanto ammissibili.

4.

La presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice del 26 aprile 2013, compreso l'indice degli allegati, nonché lo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 6 maggio 2013 sono trasmessi alla ricorrente per conoscenza.

5.

Ordinanze concernenti la trasmissione degli atti preliminari, nonché eventuali ulteriori provvedimenti istruttori circa l'esame degli atti e ulteriori scambi di scritti seguono più tardi.

6.

Le spese processuali sono definite con la decisione di merito.

7.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario anticipato per fax; allegati come da cifra 4);
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario anticipato per fax).

Il giudice unico:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

La presente decisione può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale delle decisioni (art. 100 cpv. 1 LTF), se essa può causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 15 maggio 2013