**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Corte II
B-1875/2014

# Sentenza del 16 luglio 2014

Composizione

Giudici Francesco Brentani, presidente del collegio,
Hans Urech, Eva Schneeberger,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

**Consorzio X.**_____,
composto da:
1. **A.**_____ **SA,**
2. **B.**_____ **SA,**
3. **C.**_____ **SA,**
tutte patrocinate dall'avv. Franco Gianoni,
ricorrenti,

contro

**Ufficio federale delle strade USTRA,**
Servizio giuridico e acquisti di terreno, 3003 Berna,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi,
autorità aggiudicatrice,

e

**Consorzio Y.**_____,
composto da:
1. **D.**_____ **Spa, ,**
2. **E.**_____ **SA,**

entrambe patrocinate dall'avv. Mario Postizzi, controparti.

Oggetto

Acquisti pubblici. Decisione di esclusione / decisione di aggiudicazione del 20 marzo 2014, commessa N 2 EP 26 Svincolo Mendrisio, Lotto 201, rifacimento viadotto della Tana e risanamento sottopasso binario di servizio Mendrisio Stabio (SIMAP del 20 marzo 2014, N. della pubblicazione 813891).

## Fatti:

**A.**
Con pubblicazione su SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; N. della pubblicazione 796085) del 30 ottobre 2013 l'Ufficio federale delle strade (di seguito: USTRA, committente, autorità aggiudicatrice) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura aperta, per la delibera di una commessa edile intitolata “N2 EP 26 Svincolo di Mendrisio, Lotto 201, Rifacimento viadotto della Tana e risanamento sottopasso binario di servizio Mendrisio-Stabio – Opere da capomastro e pavimentazioni“ (bando di concorso, punto 2.2). Il progetto "EP 26 Svincolo di Mendrisio" prevede "la creazione di una nuova diramazione autostradale che collegherà direttamente la A2 all'attuale superstrada SPA 394. Vi sarà inoltre una riorganizzazione dell'attuale svincolo (futuro svincolo nord) con la formazione di due nuove rotonde e un collegamento alla futura Via Penate (progetto cantonale). Saranno pure riorganizzate le bretelle dell'attuale superstrada a Mendrisio – Rancate (futuro svincolo sud) con la costruzione, anche in questo caso, di due rotonde in località Tana e San Giovanni a Rancate. Questi lavori consentiranno un ampliamento dei tracciati stradali esistenti e la formazione di nuovi collegamenti, allo scopo di migliorare la gestione dei flussi di traffico (bando di concorso, punto 2.5). Il lotto 201 prevede "la sostituzione (demolizione e ricostruzione) del Viadotto della Tana (l=~145 m, b= ~ 27.20 m), la ristrutturazione del Sottopasso bin Serv. Mendrisio-Stabio, l'esecuzione di tracciati autostradali ~ 200m, nuove pareti di protezione fonica, diverse tubazioni per infrastrutture e la posa di 2 portali segnaletica" (bando di concorso punto 2.5). Il termine auspicato per l'inoltro di domande scritte era stato fissato al 22 novembre 2013 (bando di concorso, punto 1.3). Non erano ammesse varianti finanziarie, ma solo varianti tecniche, tuttavia a determinate condizioni di cui si dirà in seguito (cfr. bando di concorso cifra 2.8).

**B.**
Entro il termine di chiusura per presentare le offerte (20 dicembre 2013; cfr. punto 1.4 del bando) all'autorità aggiudicatrice sono pervenute tre offerte, di cui quella delle ricorrenti (fr. 18'929'278.50, IVA esclusa), e quella delle controparti (fr. 20'748'625.00, IVA eclusa).

**C.**
Con pubblicazione su SIMAP del 20 marzo 2014 l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa alle controparti per un importo di

fr. 20'748'625.00 (IVA inclusa). Tramite scritti separati dello stesso giorno la medesima autorità ha comunicato alle ricorrenti l'aggiudicazione della commessa in favore delle controparti e nel contempo l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti dalla valutazione, adducendo come motivazione che la soluzione prevista per la realizzazione della carpenteria metallica del viadotto della Tana diverge dalla soluzione del committente e ne varia il concetto di realizzazione, per cui va considerata ai sensi di una variante esecutiva secondo il punto 2.8 del bando. L'autorità aggiudicatrice ha lamentato che le ricorrenti non avevano consegnato la soluzione ufficiale.

**D.**
In data 4 aprile 2014 ha avuto luogo un incontro chiarificatore presso la filiale dell'USTRA a Bellinzona.

**E.**
Contro la decisione di aggiudicazione del 20 marzo 2014 le ricorrenti sono insorte con ricorso del 7 aprile 2014 (data d'entrata 9 aprile 2014), postulando, in via superprovvisionale e provvisionale, di concedere l'effetto sospensivo al ricorso e, in via provvisionale, di invitare l'autorità aggiudicatrice a produrre l'incarto completo, nonché di concedere alle ricorrenti un termine adeguato per completare le loro argomentazioni. Nel merito, le ricorrenti propongono l'accoglimento del ricorso e di conseguenza l'annullamento della decisione di esclusione e della decisione di aggiudicazione, nonché il rinvio degli atti all'autorità aggiudicatrice affinché proceda a nuove aggiudicazioni. Protestate tasse e spese.

Le ricorrenti reputano che la motivazione dell'autorità aggiudicatrice violi in maniera crassa il diritto di essere sentito delle ricorrenti in quanto non spiegherebbe in dettaglio come e perché la loro soluzione diverga dalla sua e ne varierebbe il concetto di realizzazione. Il comportamento del committente non sarebbe spiegabile anche poiché l'offerta non sarebbe stata scartata in partenza e alle ricorrenti sarebbero state poste ben 140 domande nella fase di chiarimento delle offerte. La decisione impugnata non sarebbe conforme agli elevati requisiti di motivazione ed andrebbe già annullata per questo motivo. A mente delle ricorrenti, anche a voler prescindere dal grave vizio di forma, un annullamento si impone in ogni caso, non potendo la loro soluzione essere qualificata come variante, ma rientrando nella libera scelta dell'impresa sul modo di operare. La motivazione dell'autorità aggiudicatrice sarebbe inammissibile poiché fondata su una valutazione insostenibile degli atti e lesiva del principio della parità di trattamento degli offerenti.

Per quanto concerne la carpenteria metallica, le ricorrenti indicano che il progetto prevede, conformemente alla documentazione di gara, di trasportare le travi in pezzi da 14-26 m, dimensioni scelte dal progettista corrispondenti ai punti di cambiamento di spessore delle lamiere, di saldarle a piè d'opera e di metterle in opera con autogru. Esse spiegano che per le opere di metal costruttore si sono presentati tre gruppi di offerenti di subappalto, ossia F._____ SA, G._____ SA e H._____AG e di aver optato per la soluzione presentata dalla prima ditta, la quale prevedeva il trasporto di travi di 40 m di lunghezza in quanto meno costosa. La sola differenza tra le soluzioni sarebbe che quella di F._____ SA trasporta i conci di ca. 40 m, non li salda a piè d'opera e li mette in opera con sequenza analoga a quella dell'autorità aggiudicatrice. Le ricorrenti reiterano che la loro soluzione, eliminando l'operazione di saldatura sul posto, sia una semplice razionalizzazione delle modalità di fornitura e di trasporto, tanto più che una volta saldate le travi a piè d'opera, la procedura di sollevamento è analoga alle richieste del progettista. Non si tratterebbe quindi di una variante esecutiva, bensì di un trasporto ottimizzato, di una fase del lavoro che, a detta delle ricorrenti, non avrebbe alcuna influenza sull'esecuzione e il montaggio del ponte.

Per dimostrare che nel caso di specie la soluzione da loro proposta non sia da considerare nel senso di variante, ma di una modalità di lavoro, le ricorrenti fanno riferimento alla gara d'appalto di USTRA concernente il cantiere Arbedo-Roveredo, dove il committente avrebbe accettato due modalità di esecuzione divergenti dalla soluzione proposta dal bando – esecuzione del lavoro con 2 anziché 3 finitrici, diverso sistema di demolizione – senza previo inoltro di un'offerta di base, quindi senza definirle come variante. Decidendo altrimenti nel caso in questione, l'autorità aggiudicatrice adotterebbe una prassi contraddittoria.

Le ricorrenti sostengono che l'aver imposto il trasporto in pezzi da 14-26 m da parte del committente costituisca una limitazione indebita della concorrenza, andando a penalizzare i grossi metal costruttori d'oltralpe, svantaggiati dal dover seguire più trasporti ad una distanza maggiore e favorendo unicamente le G._____ SA. A tale riguardo le ricorrenti osservano che il presidente e direttore generale di tale ditta ha reso visita ai dirigenti della ditta pilota ricorrente, lamentandosi per il fatto che fosse stata scelta come subappaltatore la ditta F._____ SA e apparentemente minacciando che qualora la delibera fosse andata a favore di un consorzio con tale subappaltatore ne avrebbe fatto un caso politico. Le ricorrenti nutrono il sospetto che i dirigenti della ditta

aggiudicataria siano entrati in trattative dirette con un ingegnere coinvolto attivamente nel progetto ed avente in passato stretti legami con la medesima.

Le ricorrenti ritengono che l'offerta delle controparti, sia nella scelta delle dimensioni delle travi che della sequenza del montaggio e della posizione delle saldature di giunzione, differisca dal concetto di realizzazione a tal punto da essere considerata una variante esecutiva, per cui anche detta offerta deve essere scartata.

Nell'evenienza in cui la soluzione da loro scelta venga considerata come una variante, le ricorrenti chiedono allo scrivente Tribunale di abbandonare la propria prassi secondo cui l'inoltro di una variante, senza nel contempo inoltrare un'offerta di base che corrisponda alla soluzione ufficiale, comporta l'esclusione. In effetti, tale prassi sarebbe stata aspramente criticata nella dottrina dominante.

**F.**
Con decisione incidentale del 9 aprile 2014 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha, tra l'altro, conferito al ricorso, in via superprovvisionale, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicatario. Nel contempo il Tribunale ha fissato un termine all'autorità aggiudicatrice fino al 23 aprile 2014 per prendere posizione sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo e produrre gli atti preliminari relativi alla gara d'appalto in oggetto con preghiera di motivare brevemente richieste di esclusione o limitazione del diritto di consultare gli atti, rispettivamente fino al 7 maggio 2014 per inoltrare una risposta al ricorso nel merito. Allo stesso modo è stata data all'aggiudicataria l'opportunità di esprimersi entro gli stessi termini sulle questioni procedurali e di merito, nella misura in cui desiderasse costituirsi come controparte.

**G.**
In data 11 aprile 2014 allo scrivente Tribunale è pervenuto il ricorso del secondo consorzio non entrato in considerazione per la delibera. Per tale procedimento è stato aperto l'incarto B-1927/2014.

**H.**
Mediante scritto del 15 aprile 2014, anticipato via telefax dello stesso giorno, l'avvocato Romina Biaggi ha comunicato l'assunzione di

patrocinio in favore del committente, chiedendo la congiunzione delle due procedure di ricorso e una proroga dei termini impartiti con decisione incidentale del 9 aprile 2014.

Con scritto del 16 aprile 2014, anticipato via telefax, il patrocinatore del committente ha prodotto le procure.

**I.**
Con decisione incidentale del 16 aprile 2014 lo scrivente Tribunale ha trasmesso alle ricorrenti la richiesta dell'autorità aggiudicatrice del 15 aprile 2014 relativa alla proroga dei termini e alla congiunzione delle due procedure ricorsuali, accolto la richiesta di proroga dei termini e concesso all'autorità aggiudicatrice un termine fino al 7 maggio 2014, per prendere posizione sul merito e sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, come pure per produrre gli atti di gara, specificando che la proroga del termine a favore dell'autorità aggiudicatrice vale anche per l'aggiudicatario. Il Tribunale ha altresì mantenuto invariati i termini fissati nei consid. 7 (aggiudicatario come controparte al procedimento), 8 (anticipo delle presunte spese processuali) e 9 (obiezioni contro la trasmissione degli allegati al ricorso) della decisione incidentale del 9 aprile 2014. Nel contempo, anche le ricorrenti e l'aggiudicatario sono stati invitati, entro il 7 maggio 2014, a pronunciarsi sulla congiunzione delle due procedure di ricorso.

**J.**
Con scritto del 17 aprile 2014, anticipato via fax, il consorzio aggiudicatario ha comunicato di costituirsi formalmente come controparte e di essere in procinto di affidare il patrocinio ad uno studio legale, osservando di non opporsi alla congiunzione delle due procedure.

**K.**
Con ordinanza del 24 aprile 2014 lo scrivente Tribunale ha trasmesso gli allegati al ricorso (ad eccezione dell'allegato D che verrà trasmesso semmai solo su richiesta e dell'allegato E) alle controparti, atteso che non era pervenuta entro il 15 aprile 2014 alcuna obbiezione corrispondente da parte delle ricorrenti.

**L.**
Con risposta del 7 maggio 2014 il committente propone, in via cautelare, di negare alle ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti e la facoltà di replicare, nonché di respingere l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso. Nel merito egli propone di negare ai

ricorrenti la facoltà di consultare liberamente tutti gli atti e di respingere il ricorso. Protestate tasse, spese e ripetibili.

Dal lato formale il committente ritiene che la censura delle ricorrenti circa la violazione dell'obbligo di motivazione non sia fondata e che un'eventuale violazione del diritto di essere sentito sia da considerare sanata.

Sotto l'aspetto del diritto materiale, l'autorità aggiudicatrice rinvia innanzitutto alla documentazione di gara (in particolare II.5: Manufatti: Informazioni tecniche, punto 3.3.2, pag. 9; punto 3.7.4.5, pag. 31). A mente del committente, la saldatura delle travi sul posto e una limitazione della lunghezza delle travi poggiano essenzialmente sulle problematiche legate al trasporto di travi di 40 metri, sull'impossibilità di invadere le aree del cantiere parallelo relativo al lotto n. 202 (opere da capomastro e pavimentazioni) e sulla disponibilità limitata delle aree di lavoro e delle accessibilità per il montaggio della carpenteria metallica.

L'autorità aggiudicatrice conclude che le ricorrenti, avendo entrambe proposto la soluzione di F._____ SA che prevedeva il trasporto di travi da 40 metri di lunghezza evitando l'assemblaggio al suolo, hanno offerto una soluzione divergente in modo chiaro da quanto previsto nel bando di concorso, la quale deve essere considerata una variante esecutiva. A detta del committente, l'aver tralasciato di inoltrare nel contempo un'offerta di base come imposto dall'art. 22a OAPub e dalle disposizioni vincolanti del bando giustifica l'esclusione dell'offerta. Per gli stessi motivi, soggiunge l'autorità, non può essere dato seguito alla richiesta delle ricorrenti di abbandonare la prassi dello scrivente Tribunale secondo cui l'inoltro di una variante senza un'offerta di base corrispondente alla soluzione ufficiale deve comportare l'esclusione, né è possibile fare appello al principio della buona fede. Infine, l'autorità aggiudicatrice sostiene come la variante delle ricorrenti presentasse problemi a livello di fattibilità in riferimento innanzitutto all'accesso al cantiere ed entrasse in conflitto con il progetto stesso e anche con il lotto n. 202.

L'autorità aggiudicatrice considera che l'appalto menzionato dalle ricorrenti denominato "EP 27 lotto 2", contrariamente al caso di specie, rimetteva all'offerente la libera scelta della tipologia d'installazione, lasciando aperte diverse soluzioni, cosicché non si presta per argomentare una prassi contraddittoria del committente sul tema delle varianti.

L'autorità aggiudicatrice reputa che le censure delle ricorrenti, laddove sostengono che l'imposizione del trasporto in pezzi da 14-26 metri costituirebbe una limitazione indebita della concorrenza e penalizzerebbe i grossi metal costruttori d'oltralpe, risultano tardive in quanto sono rivolte contro il bando di concorso che non è stato impugnato. Parimenti contestate le insinuazioni delle ricorrenti circa un comportamento abusivo del committente.

Il committente respinge le critiche delle ricorrenti secondo cui l'offerta dell'aggiudicataria, a motivo della differente sequenza di montaggio, avrebbe dovuto essere esclusa poiché da considerare come una variante esecutiva senza che nel contempo fosse stata inoltrata un'offerta di base. A suo avviso, la sequenza di montaggio rientrava nella libera discrezione dell'offerente.

L'autorità aggiudicatrice ritiene che il ricorso si rivela manifestamente infondato e le richieste di concessione dell'effetto sospensivo devono essere respinte già per questo motivo. Nell'evenienza che il Tribunale non concluda all'infondatezza manifesta del ricorso, ella osserva come un'immediata esecuzione della commessa debba essere ritenuta preponderante rispetto agli interessi delle ricorrenti.

Per quanto attiene al diritto di consultare gli atti, il committente chiede che il contenuto dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e dalle ricorrenti, comprese le domande della committenza e relative risposte, venga mantenuto confidenziale. L'autorità aggiudicatrice è del parere che l'oggetto della presente procedura sia unicamente la questione a sapere se l'offerta delle ricorrenti debba essere considerata una variante, mentre non sarebbe contestata la valutazione messa in atto dalla committenza. Per questi motivi, ella chiede che il rapporto di valutazione interno (doc. 1.13), trattandosi di un atto puramente interno, venga messo a disposizione delle ricorrenti in maniera limitata. Il committente chiede di non mettere a disposizione delle ricorrenti i doc. 1.8 e 1.9 (lettere USTRA ad aggiudicataria con richieste di chiarimenti d'offerta) e il doc. 1.12 (lettera USTRA a Consorzio Z._____ con richieste di chiarimenti d'offerta), trattandosi di documenti confidenziali. Concessa invece la trasmissione dei documenti 1.1-1.7, doc. 1.10 e 1.11 (lettere USTRA a Consorzio X._____, con richieste di chiarimenti d'offerta), 1.14 e 1.15..

**M.**

Con risposta del 6 maggio 2014 le controparti postulano, a titolo preliminare, l'estromissione /intersecazione dei passaggi indicati nel cap.

II (punti 7 e 8) del ricorso, e per entrambi i procedimenti, chiedono di non accogliere la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo e, nel merito, la reiezione integrale del gravame, con protesta di spese e ripetibili.

Le controparti ritengono di essere in grado di affermare come la soluzione proposta dalle ricorrenti costituisca una variante, in quanto la medesima proposta era stata attentamente da loro analizzata in sede di preparazione d'offerta e successivamente scartata per la circostanza che le aree messe a disposizione dall'Ente non consentirebbero la realizzazione delle piste necessarie al trasporto ed al montaggio delle travi. A detta delle controparti, le condizioni di trasporto, l'accesso alle aree di cantiere e il montaggio non erano stati valutati correttamente con riferimento ai limiti imposti dal committente nell'utilizzo delle aree di cantiere al di sotto dei viadotti nelle diverse fasi di cantiere.

Le controparti concludono che le modalità esecutive del subappaltante A. non erano compatibili con le condizioni d'appalto e non contemplavano l'introduzione di varianti relative agli accessi, alla disponibilità delle aree e alle interferenze generate dalla contemporanea presenza di altri lotti già operativi, segnatamente il lotto 202. Questi motivi le avrebbero condotte a prendere in considerazione l'offerta tecnico - economica del Consorzio G._____ SA e I._____ SA.

Le controparti reputano errate e pretestuose le argomentazioni delle ricorrenti secondo cui la loro offerta avrebbe dovuto essere scartata per essere una variante in assenza dell'inoltro in contemporanea dell'offerta di base.

**N.**
Con ordinanza del 13 maggio 2014 sono state trasmesse alle ricorrenti le risposte delle controparti e dell'autorità aggiudicatrice, nonché parte della documentazione inoltrata da quest'ultima ed inoltre è stata loro data facoltà di completare la motivazione del ricorso sulla scorta della documentazione messa a loro disposizione.

**O.**
In data 26 maggio 2014 le ricorrenti hanno inoltrato la motivazione aggiuntiva con la quale confermano le domande provvisionali, superprovvisionali e di merito formulate nel ricorso del 7 aprile 2014. In particolare, le ricorrenti lamentano che l'autorità aggiudicatrice non abbia prodotto il protocollo di discussione d'offerta del 18 febbraio 2014. Inoltre,

le medesime ribadiscono che l'unica differenza tra le offerte consiste nel trasporto delle travi e che un simile trasporto è possibile, dal momento che nel corso dei lavori di potenziamento della sottostazione AET di Mendrisio è transitato un convoglio lungo oltre 60 metri.

**P.**
Con ordinanza del 10 giugno 2014 sono state trasmesse alle ricorrenti ed alle controparti le pagine 7 e 8 del rapporto di valutazione e nel contempo è stato comunicato che al momento non era previsto un ulteriore scambio di scritti, rimanendo riservati ulteriori provvedimenti istruttori o memorie delle parti.

Con scritto del 16 rispettivamente 17 giugno 2014 le ricorrenti rispettivamente le controparti si sono espresse sull'estratto del rapporto di valutazione. Le relative osservazioni sono state portate a conoscenza della parte interessata e dell'autorità aggiudicatrice con ordinanza del 19 giugno 2014.

**Q.**
Tramite scritto del 15 luglio 2014 le ricorrenti, presumendo che una parte dei lavori aggiudicati sia già in corso, chiedono in via provvisionale la sospensione di ogni attività che riguarda le prestazioni in oggetto.

Con ordinanza del 16 luglio 2014 lo scritto delle ricorrenti è stato portato a conoscenza dei rimanenti partecipanti al procedimento.

## Diritto:

**1.**
Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità dei ricorsi sottopostigli (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

**1.1** Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 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 0.632231.422; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). 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 se all'applicazione di tale legge non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub.

L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetto alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub). La commessa in esame, intitolata “N 2 EP 26 Svincolo Mendrisio, Lotto 201, rifacimento viadotto della Tana e risanamento sottopasso binario di servizio Mendrisio Stabio - Opere da capomastro e pavimentazioni", ha per oggetto, in particolare, "la sostituzione (demolizione e ricostruzione) del Viadotto della Tana (l=~145 m, b= ~ 27.20 m), la ristrutturazione del Sottopasso bin Serv. Mendrisio-Stabio, l'esecuzione di tracciati autostradali ~ 200m, nuove pareti di protezione fonica, diverse tubazioni per infrastrutture e la posa di 2 portali segnaletica" (bando di concorso punto 2.5). Essa rientra quindi nel novero delle commesse edili di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. c LAPub in relazione all’allegato 1, appendice 5 dell’Accordo GATT. Considerati i prezzi delle offerte, sono incontestabilmente superati i valori soglia per le commesse edili, conformemente alle disposizioni di legge (art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub, nonché art. 6 cpv. 2 LAPub in relazione con l'art. 1 lett. c dell'ordinanza del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR; prima DFE] del 23 novembre 2011 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2012 e 2013, RU 2011 5581).

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** Le ricorrenti propongono l'annullamento della decisione di esclusione dalla procedura di aggiudicazione nonché della decisione di aggiudicazione e infine il rinvio degli atti al committente affinché proceda a nuove aggiudicazioni. Di principio, gli offerenti esclusi dalla valutazione sono legittimati a contestare la loro estromissione dalla procedura, come risulta dall'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13 consid. 1.4). Per contro, il diritto a ricorrere contro l'aggiudicazione della commessa potrebbe essere riconosciuto in linea di massima solo se la decisione di esclusione risultasse infondata; l'ammissibilità del ricorso inoltrato contro l'aggiudicazione si trova quindi in un rapporto di interdipendenza con l'esito del ricorso inoltrato contro l'esclusione (cfr. sentenza del Tribunale cantonale amministrativo del

Cantone Ticino del 7 gennaio 2013 consid. 1.1 e 3.1; MATTEO CASSINA, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, 2008, p. 65 seg.; CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz in: Zufferey/Stöckli [ed.], Aktuelles Vergaberecht 2014, pag. 355 seg.). Sulla scorta delle considerazioni suesposte lo scrivente Tribunale giunge alla conclusione che è preliminarmente data la legittimazione delle ricorrenti a contestare la propria estromissione dalla gara. Sul diritto a ricorrere contro la decisione di delibera si dirà una volta esaminata la fondatezza del ricorso contro la decisione di aggiudicazione (cfr. consid. 5.2).

**1.4** L'impugnazione della decisione di aggiudicazione pubblicata il 20 marzo 2014 rispettivamente della decisione di esclusione dello stesso giorno è avvenuta tempestivamente (art. 30 LAPub), 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 delle ricorrenti ha giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

**1.5** Ritenuto quanto precede, sono dati i presupposti per entrare nel merito del ricorso.

**2.**
Prima di tutto è d'uopo chinarsi sulla richiesta di congiunzione delle due procedure di ricorso formulata dal committente.

**2.1** Giusta l'art. 24 della legge federale di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (PC, RS 273), applicabile per analogia in relazione con l'art. 4 PA, è possibile riunire in un'unica procedura più ricorsi che presentano una stretta unità di contenuto relativa ai fatti e in cui vengono poste le medesime questioni giuridiche; tale soluzione corrisponde al principio dell'economia procedurale ed è nell'interesse di tutte le parti (ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basilea 2013, n. 3.17). Tuttavia, la congiunzione delle procedure non è ammessa laddove potrebbero risultare compromessi eventuali segreti d'affari. In questo caso, nonché in osservanza del principio di celerità in materia di acquisti pubblici, le esigenze di speditezza e le ragioni di economia processuale, le quali potrebbero parlare a sfavore di una congiunzione delle procedure, sono da ponderare con gli interessi legittimi dei partecipanti (cfr. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3a edizione, 2013, n. 927).

Nell'ambito della riunione delle procedure l'autorità istruente dispone di un ampio potere di apprezzamento (MOSER/BEUSCH /KNEUBÜHLER, op. cit., n. 3.17).

**2.2** Nel caso di specie le due procedure di ricorso B-1875/2014 e B-1927/2014, avviate separatamente, sono indirizzate contro la decisione di aggiudicazione in favore delle controparti e contro le singole decisioni di esclusione di ciascun consorzio ricorrente dalla valutazione, le quali, a loro volta, si servono della medesima motivazione. Benché siano state invitate a farlo, le ricorrenti non si sono pronunciate sull'eventuale riunione delle procedure, mentre le controparti hanno espresso il loro accordo in tal senso. Con ordinanza del 13 maggio 2014 il Tribunale adito ha accolto provvisoriamente la domanda di congiunzione delle procedure solo nella misura in cui veniva consentito all'autorità aggiudicatrice ed alle controparti di inoltrare eventuali scritti identici per entrambi i procedimenti. Il Tribunale resta dell'opinione che l'evasione separata e simultanea delle due procedure abbia consentito a condurre la procedura in modo più semplice e speditivo e che la preparazione separata delle sentenze non gli abbia recato un dispendio aggiuntivo, per cui rinuncia alla congiunzione dei due procedimenti.

**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.

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 dei fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lett. a e b PA). Non può essere addotto invece il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub). L'esclusione della censura dell'inadeguatezza racchiude non solo la scelta delle specificazioni tecniche e dei criteri di idoneità e d'aggiudicazione, ma si riferisce anche alla valutazione delle offerte (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo/Basilea/Ginevra, n. 1286 e 1388 con ulteriori riferimenti).

**4.**
Dal punto di vista formale, nel caso di specie vi è da esaminare la censura delle ricorrenti in relazione alla carenza di motivazione della decisione di esclusione ed all'eventuale violazione del diritto di essere sentito ivi connessa.

A titolo liminare, prima di chinarsi su detta censura, va rilevato che per prassi costante l'esclusione di un offerente dalla valutazione può avvenire con comunicazione separata prima della decisione di delibera o contestualmente alla decisione di aggiudicazione (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-504/2009 del 3 marzo 2009 consid. 3). In tal senso, il modo di procedere dell'autorità aggiudicatrice, vale a dire la comunicazione scritta dell'esclusione dalla valutazione alle ricorrenti allo stesso giorno della pubblicazione dell'aggiudicazione in SIMAP, non presta il fianco ad alcuna critica.

**4.1** Di principio le decisioni di cui all'art. 29 LAPub devono essere motivate e notificate conformemente alle disposizioni previste all'art. 23 cpv. 1 e 2 LAPub. Tali disposti rappresentano una lex specialis nei confronti degli artt. 35 cpv. 1 e 3, nonché art. 36 PA (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 2.3; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo 2013, n. 1243 ss.). Anche l'esclusione dalla gara pubblica per aver inoltrato una variante senza l'offerta di base rientra nell'ambito della regola speciale (cfr. art. 29 LAPub i. c. d. con l'art. 11 LAPub, il quale, utilizzando nella frase introduttiva il termine "in particolare", non fornisce un elenco esaustivo delle fattispecie che generano un'esclusione o la revoca dell'aggiudicazione; cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 2.3). Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, l'art. 23 cpv. 1 LAPub consente una motivazione sommaria delle decisioni di cui all'art. 29 LAPub. Le informazioni necessarie per la pubblicazione dell'aggiudicazione sono elencate all'art. 28 OAPub. Tuttavia, l'art. 23 cpv. 2 LAPub statuisce l'obbligo del committente di comunicare agli offerenti non considerati per la delibera determinate informazioni, a condizione però che ne abbiano fatto previamente richiesta (DTAF 2012/28 E. 3.6.1). Nelle informazioni di cui all'art. 23 cpv. 2 LAPub rientrano segnatamente i motivi essenziali dell'eliminazione (art. 23 cpv. 2 LAPub). Conformemente alla prassi, per comunicare le informazioni secondo l'art. 23 cpv. 2 LAPub si suole fare appello a riunioni informative, chiamate anche "debriefing", le quali hanno luogo quanto prima dopo l'aggiudicazione in presenza di rappresentanti

del committente e degli offerenti non considerati (GALLI/MOSER/LANG/STEINER , op. cit., n. 1244 in fine). Sono escluse dall'obbligo di comunicare del committente le informazioni contrarie al diritto federale o lesive di interessi pubblici o che, se divulgate, potrebbero violare interessi economici legittimi degli offerenti o la concorrenza leale tra gli stessi (cfr. art. 23 cpv. 3 LAPub).

Le esigenze poste alla motivazione sono adempiute ad esempio quando la medesima contiene una spiegazione sufficiente per la scelta dell'aggiudicataria sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6136/2007 del 30 gennaio 2008, consid. 7.4; decisione della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici [CRAP] 20/00 consid. 5b).

In ogni caso gli offerenti esclusi devono essere messi nella condizione di tutelare a pieno il proprio diritto a ricorrere. Eventuali violazioni dell'obbligo di motivazione quale componente del diritto di essere sentito potrebbero del resto essere sanate nella procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice in tale ambito fa fronte al suo obbligo di motivare le decisioni ed il ricorrente ha l'opportunità di prendere posizione sui motivi addotti (cfr. decisioni CRAP 018/2005 consid. 4 e 003/2006a consid. 3b, citate in: MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008, p. 93; cfr. anche ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBL 2003 p. 1 ss., in particolare da p. 19; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 3.112).

**4.2** Nel caso di specie, con comunicazione scritta del 20 marzo 2014 l'autorità aggiudicatrice ha rivelato alle ricorrenti i motivi d'esclusione dell'offerta. In sintesi, il committente ha attirato l'attenzione sulle divergenze tra la soluzione prevista dalle ricorrenti e quella del committente nella realizzazione della carpenteria metallica del viadotto della Tana, divergenze tali, a detta del committente, da variare il concetto di realizzazione e da ritenere detta soluzione una variante. Facendo riferimento alla cifra 2.8 del bando, secondo cui una variante viene considerata nella valutazione solo se l'offerente ha consegnato contemporaneamente un'offerta completa e regolamentare per la soluzione ufficiale, il committente ha concluso che la soluzione ufficiale non era stata consegnata. Contestualmente ai motivi dell'offerta, nel medesimo scritto del 20 marzo 2014 le ricorrenti hanno potuto prendere

atto delle generalità del consorzio aggiudicatario, compreso il prezzo della loro offerta. Vi è inoltre da attendersi che in occasione dell'incontro chiarificatore svoltosi il 4 aprile 2014 il committente abbia potuto rispondere alle domande delle ricorrenti inerenti ai motivi d'esclusione. Dal canto loro le ricorrenti non dicono, né dimostrano se e in che misura le informazioni fornite dal committente in sede di debriefing siano inficiate di una motivazione carente.

Ne discende che il committente ha avuto modo di comunicare alle ricorrenti i motivi d'esclusione della loro offerta dalla valutazione e i motivi dell'aggiudicazione, comprese le generalità dell'aggiudicatario e il prezzo dell'offerta prescelta, in una prima fase nella comunicazione scritta del 20 marzo 2014, e in un secondo tempo in sede di debriefing. Così facendo, il committente ha adempiuto i requisiti posti alla motivazione di cui all'art. 23 cpv. 2 LAPub.

Sulla base di tali indicazioni le ricorrenti sono state messe nella condizione di riconoscere il grado e la portata delle decisioni da loro impugnate. Un'eventuale violazione del diritto di essere sentito dovrebbe comunque essere sanata nel quadro del presente procedimento, nella misura in cui il committente, in sede di risposta, ha preso nuovamente posizione sui motivi d'esclusione e di aggiudicazione e le ricorrenti hanno avuto facoltà di completare la motivazione del ricorso sulla base delle allegazioni contenute nella risposta.

**5.**

Sotto il profilo del diritto materiale si pongono due questioni. In primo luogo va esaminato se le soluzioni proposte dalle ricorrenti in merito alla carpenteria metallica siano da considerare varianti inammissibili in mancanza di un'offerta di base e quindi tali da giustificare un'esclusione delle offerte dalla valutazione, oppure se dette soluzioni rappresentino semplici ammissibili modalità di intervento che rientrano nella libera scelta dell'impresa e, facendo pertanto parte dell'offerta di base, avrebbero dovuto essere considerate nella valutazione delle offerte conformemente ai criteri di aggiudicazione. In secondo luogo, a dipendenza dall'esito delle contestazioni dirette contro l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti (cfr. consid. 1.3), è ancora da appurare se la soluzione proposta dalle controparti avrebbe dovuto essere esclusa per costituire una variante inammissibile poiché inoltrata non simultaneamente ad un'offerta di base.

**5.1**

**5.1.1** Conformemente all'art. 19 cpv. 1 LAPub gli offerenti devono presentare le loro domande di partecipazione e la loro offerta per scritto, in modo completo e tempestivo. Alla base di questa regola vi è l'idea che l'autorità aggiudicatrice deve poter procedere direttamente all'aggiudicazione della commessa in virtù delle offerte inoltrate (sentenza del Tribunale federale 2P.164/2002 del 27 novembre 2002, consid. 3.3). L'accettazione di un'offerta che non soddisfa le prescrizioni del bando e del capitolato d'oneri è problematica in considerazione del principio della parità di trattamento degli offerenti e del principio della trasparenza (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-4366/2009 del 24 febbraio 2010 consid. 7.3; DTAF 2007/13 consid. 3.1). Il committente esclude dalla procedura ulteriore le offerte e le domande di partecipazione con lacune formali rilevanti (art. 19 cpv. 3 LAPub).

Un'esclusione sulla scorta di motivi formali è prevista segnatamente per un'offerta incompleta o per una modifica delle condizioni d'offerta di propria iniziativa, anche se di seguito non può essere considerata l'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. DTAF 2007/13 consid. 3.2 con rinvii alla prassi). Secondo la prassi della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (di seguito: CRAP), ripresa dallo scrivente Tribunale, il divieto di formalismo eccessivo ed il principio della proporzionalità possono esigere in talune circostanze che all'offerente sia data l'opportunità di rimediare ai vizi formali rimproveratigli (cfr. decisione CRAP del 23 dicembre 2005, pubblicata in GAAC 70.33, consid. 3b/cc; sentenza del Tribunale amministrativo federale B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.1).

**5.1.2** L'autorità aggiudicatrice è fondamentalmente vincolata dal bando di concorso e dalla documentazione di gara, ciò che risulta in particolare dal principio di trasparenza e della parità di trattamento (art. 1 cpv. 2 LAPub). Il committente definisce le necessarie specificazioni tecniche nella documentazione del bando, dell'aggiudicazione e del contratto (art. 12 LAPub), con sufficiente chiarezza e completezza (art. 16a cpv. 1 OAPub), e in ogni caso indica i requisiti imprescindibili della prestazione (art. 16 cpv. 3 OAPub). Il carattere vincolativo del bando di concorso e della documentazione di gara con cui vengono definite le cosiddette regole del gioco rilevanti non viene utile soltanto all'autorità aggiudicatrice, ma anche agli offerenti che partecipano alla gara (cfr. sentenza della CRAP del 13 febbraio 2006 2c.bb i. f. pubblicata in GAAC 2006 Nr. 51). Nel scegliere e ponderare i singoli criteri di aggiudicazione,

nonché nel determinare le specificazioni tecniche il committente dispone di un ampio potere decisionale rispettivamente d'apprezzamento che si trova in conformità con l'esclusione dell'inadeguatezza dal potere d'esame dello scrivente Tribunale (cfr. consid. 3). Di principio gli offerenti possono confidare nella circostanza che l'autorità aggiudicatrice intenda le prescrizioni del bando e della documentazione di gara nel senso conforme al linguaggio corrente. In caso contrario, ella è tenuta a definire i parametri in questione in maniera adeguata (il più dettagliatamente possibile) nella documentazione di gara, cosicché gli offerenti possano riconoscere quali siano le esigenze a cui essi o le loro offerte devono rispondere (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-4366/2009 del 24 febbraio 2010 consid. 3.3).

**5.1.3** Mentre la LAPub non definisce la nozione di variante, né si pronuncia sull'ammissibilità della stessa, l'art. 22a dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 nella versione entrata in vigore il 1° gennaio 2010 (OAPub; RS 172.056.11) disciplina quanto segue:

> [1] Gli offerenti possono decidere liberamente se inoltrare, oltre all'offerta globale, anche offerte con varianti. Eccezionalmente il committente può limitare o escludere questa possibilità nel bando.
>
> [2] Si considera variante un'offerta mediante la quale lo scopo dell'acquisto può essere raggiunto con modalità diverse da quelle previste dal committente. Le differenze nel tipo di prezzo non sono considerate varianti.

In contrasto con la formulazione del vecchio art. 22 OAPub (di seguito vOAPub), l'art. 22a OAPub sembra ammettere soltanto varianti esecutive, escludendo esplicitamente varianti sul prezzo ed implicitamente varianti di progetto (cfr. DANIELA LUTZ, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, in: Zufferey/Stöckli [ed.], Aktuelles Vergaberecht 2012, n. 5-7; decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6123/2011 dell'8 dicembre 2011 consid. 4.2 e relativa nota di MARTIN BEYELER in BR 2012 p. 101-103). Oltracciò, rispetto alla disposizione precedente, le varianti possono essere escluse o limitate solo a titolo eccezionale, mentre sotto l'egida dell'art. 22 vOAPub un'esclusione o limitazione era rimessa al libero apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice. Conformemente al Rapporto esplicativo concernente la modifica dell'ordinanza sugli acquisti pubblici (OAPub) del 1° gennaio 2010 (pag. 15), nel caso dell'art. 22a OAPub si tratta di una mera direttiva amministrativa interna che non può essere fatta valere in giudizio e il committente deve motivare l'eccezione. Il Tribunale amministrativo federale ha lasciato intendere che se l'autore dell'art. 22a OAPub avesse

voluto veramente conferire un diritto ad ammettere varianti non l'avrebbe fatto sotto forma di un'ordinanza ma di una legge in senso formale (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4.2 i.f.).

Lo scrivente Tribunale ha ammesso che una restrizione del diritto di inoltrare varianti potrebbe essere in contrasto con l'obbiettivo di promuovere l'impiego parsimonioso di mezzi pubblici giusta l'art. 1 cpv. 1 lett. c LAPub. Da tale disposto non può però risultare un diritto dell'offerente a costringere il committente a procurarsi il prodotto che l'offerente ritiene più adeguato (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4.2). In materia di appalti pubblici, al committente è riconosciuto un ampio potere di apprezzamento nel definire l'oggetto della commessa e le relative specificazioni tecniche anche se tali definizioni sono suscettibili di limitare la concorrenza. Il Tribunale amministrativo federale interviene soltanto se sussistono condizioni qualificate, segnatamente un abuso o un eccesso di siffatto potere di apprezzamento (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4.2 i.f.).

Solitamente, ogni proposta di offerta che presenta un contenuto divergente dalla prestazione messa a concorso è definita variante dell'imprenditore ("Unternehmervariante"; sentenza del Tribunale amministrativo federale B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.1).

Dall'art. 22a cpv. 1 OAPub (in particolare dalla formulazione "oltre all'offerta globale") risulta per gli offerenti che desiderano approfittare dell'opportunità di presentare una variante l'obbligo di inoltrare nel contempo anche un'offerta globale che corrisponda alla proposta di soluzione ufficiale (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., N. 750 seg. con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale amministrativo federale B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.5, cfr. anche la nota a piè di pagina 1565 in relazione alla critica ed all'avviso contrario di MARTIN BEYELER in: BR 2/2009 S32 cifra 3 p. 88 che reputa poco sensato l'obbligo di inoltrare l'offerta di base assieme alla variante). A sostegno di tale obbligo sono addotte due ragioni: il compito del committente di rendere comparabili tutte le offerte e la garanzia che ogni offerente si occupi a fondo di tutte le problematiche relative alla commessa concreta (DTAF 2007/13 consid. 5.1). Nel caso in cui un offerente inoltri una variante senza, nel contempo, un'offerta di base che corrisponda alla soluzione ufficiale, la sua offerta è considerata non valida ed incompleta, il che comporta di principio l'esclusione della medesima dalla procedura

di aggiudicazione (cfr. DTAF 2007/13 consid. 5.1; sentenza del Tribunale amministrativo federale B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.1; decisione CRAP del 22 gennaio 2001, pubblicata in GAAC 65.78 consid. 3a; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 506), indipendentemente dalla circostanza che la soluzione offerta rappresenti un certo vantaggio dal punto di vista tecnico e un plusvalore notevole dal punto di vista finanziario (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-5084/2007 del 28 gennaio 2008 consid. 2.5).

**5.1.4** Il limite tra la variante ammissibile e l'offerta non conforme alle prescrizioni del bando e alle prescrizioni di gara va dedotto dalla definizione dell'oggetto della commessa così come emerge dagli atti del concorso.

Nel caso che ci riguarda il bando di concorso riporta alla cifra 2.8 che non sono ammesse varianti finanziarie ma solo varianti tecniche. Per queste ultime l'ammissibilità è data alle seguenti condizioni:

> "Varianti di progetto non sono ammesse.
>
> Varianti esecutive saranno ammesse unicamente se:
>
> - rispettano quanto prescritto nel documento II. 1 Disposizioni particolari
> - rispettano i termini (scadenze intermedie e finali)
> - rispettano le fasi esecutive previste dal committente
> - il prodotto finale dell'opera non viene modificato (forma, qualità, concetto statico / strutturale, materiali utilizzati, ecc.)
> - il maggior costo legato alle modifiche ed ai rischi esecutivi vengono assunti dall'imprenditore.
>
> Nel caso in cui, a causa della variante esecutiva, si dovesse rendere necessaria una rielaborazione progettuale la stessa verrà eseguita dall'ingegnere progettista ed i relativi costi addebitati all'impresa. Per il confronto delle offerte questi costi saranno stimati ed aggiunti al prezzo offerto per la variante.
>
> Una variante dell'imprenditore viene considerata nella valutazione solo se l'offerente ha consegnato contemporaneamente un'offerta completa e regolamentare per la soluzione ufficiale in forma separata, completa e dettagliata. Una variante dell'imprenditore deve contenere tutte le informazioni e/o i documenti necessari alla sua valutazione tecnica ed economica."

Da quanto precede emerge che l'autorità aggiudicatrice ha reso noto nel bando di concorso in maniera chiara che eventuali varianti dell'imprenditore non sarebbero state considerate nella valutazione se non fosse stata consegnata nel contempo un'offerta riferita alla soluzione ufficiale. In base al testo chiaro del bando che le ricorrenti hanno accettato, nel caso di specie può restare aperta la questione di sapere se le ricorrenti possono derivare dall'art. 22a OAPub un diritto giustiziabile ad ammettere varianti. Allo stesso modo non può essere dato seguito alla loro richiesta di abbandonare la prassi dello scrivente Tribunale secondo cui l'inoltro di una variante senza un'offerta di base che corrisponda alla soluzione ufficiale deve comportare l'esclusione. Altrimenti si cadrebbe in contraddizione con l'ordinamento giuridico (art. 22a OaPub), rispettivamente si ridurrebbe ulteriormente la facoltà del committente di escludere o limitare l'ammissibilità di varianti. Del resto le ricorrenti non avanzano contestazioni di alcun genere, né muovono critiche sulla disposizione di cui all'art. 22a OAPub che siano in qualche modo suscettibili, nel singolo caso, di andare in deroga alla linea giurisprudenziale tracciata finora da questo Tribunale.

Nella documentazione di appalto, in particolare al capitolo II. Condizioni speciali subordinate all'opera, II.1 Disposizioni particolari, le delimitazioni nella zona di cantiere sono definite nel modo seguente (cifra 153.100, pag. 24):

> Il cantiere si svolgerà a diretto contatto con il tratto autostradale che rimane in esercizio. Saranno coinvolte anche tutte le strade che fanno parte del nodo svincolo di Mendrisio. Le interfacce tra il lotto 201 e altri imprenditori nonché il perimetro delle aree di lavoro e i relativi accessi sono descritti nei seguenti doc:
>
> - "II.4 Piani del committente, piani generali"
>
> - "II.5.A Manufatti: informazioni tecniche"
>
> - "II.5.B Rapporto descrittivo gestione del cantiere"
>
> - "II.5.C Programma lavori del committente"
>
> - "II.5.D Programma lavori generale EP26"
>
> Tutti gli oneri supplementari derivati dalle limitazioni descritte nei documenti di cui sopra e in generale facenti parte dell'elemento "II. Condizioni speciali subordinate all'opera" devono essere compresi nei singoli prezzi offerti.".

Salta all'occhio che le disposizioni particolari menzionate alla cifra II.1 del bando, le quali devono essere rispettate in vista dell'ammissione di varianti, rimandano all'ulteriore documentazione specifica del capitolato d'oneri per la descrizione del perimetro delle aree di lavoro e dei relativi accessi, segnatamente al doc. II.5.A Manufatti: informazioni tecniche. Un tale rinvio esplicito ad altri documenti del capitolato d'oneri significa che le prescrizioni in essi contenute devono essere parimenti osservate.

In particolare alla voce 3.4.3 "Impostazione del progetto strutturale" al capitolo II. "Condizioni speciali subordinate all'opera, II.5 Rapporti / Altri documenti del Committente, II. 5. A Manufatti: Informazioni tecniche" (pag. 16), si legge che tra le "principali fasi critiche di lavoro" rientra "il montaggio della carpenteria metallica (stabilità ossatura / aree di lavoro e accessibilità limitate)".

Alla cifra 3.7.4.5 "Particolarità esecutive delle singole parti d'opera principali" al capitolo II.5.A (pag. 31), il committente ha definito i requisiti posti alla carpenteria metallica come segue:

> "L'ossatura portante è integralmente prefabbricata in officina e trasportata in sito con automezzi in pezzi di 14-26 m (travi principali).
>
> Gli accessi sono possibili sia dal fronte autostradale (in testa alle spalle: ma solo in determinate fasi / condizioni), che nella piana della Tana. L'area sottostante i viadotti **dovrà essere preliminarmente sistemata** con adeguate massicciate (misto granulare) per le manovre di cantiere.
>
> I singoli pezzi di travi longitudinali trasportati, possono essere saldati a terra in tronconi da ~40 m:
>
> - ai piedi del viadotto;
>
> - nell'area autostradale posta in testa alle spalle;
>
> I tronconi sono sollevati con autogru circolante (~ 70-100 t), posati e regolati sulle pile e sostenuti da ev. torri intermedie provvisorie, secondo una specifica sequenza.
>
> Una volta posata la coppia di travi principali (con relativo supporto intermedio), segue l'assemblaggio delle travi trasversali e relativa controventatura provvisoria (da smontare al termine dell'esecuzione dell'impalcato) a formazione del concio autostabile.
>
> L'unione fra conci è prevista con saldature in opera, in corrispondenza di giunti di montaggio."

A titolo liminare è opportuno rimarcare che la formulazione della summenzionata cifra 3.7.4.5 "Particolarità esecutive delle singole parti d'opera principali" al capitolo II.5.A del capitolato d'oneri "l'ossatura portante è integralmente prefabbricata in officina e trasportata in sito con automezzi in pezzi di 14-26 m (travi principali)" non lascia spazio ad argomentazioni di sorta circa la lunghezza delle travi.

**5.1.5** In sede di risposta, il committente ha confermato ed inoltre concretizzato le disposizioni contenute nel capitolato d'oneri, in particolare inerenti alla saldatura delle travi sul posto e alla limitazione della lunghezza delle travi. In sintesi, egli poggia il concepimento di simili restrizioni su tre motivi: le problematiche legate al trasporto di travi di 40 metri, l'impossibilità di invadere le aree del cantiere parallelo inerente al lotto n. 202 (opere da capomastro e pavimentazioni), nonché la disponibilità limitata delle aree di lavoro e delle accessibilità per il montaggio della carpenteria metallica.

**5.1.5.1** Riferendosi alle problematiche legate al trasporto di travi di 40 metri, il committente spiega di non aver potuto garantire l'accesso al cantiere direttamente dall'autostrada e di essersi visto obbligato a definire le lunghezze massime delle travi al fine di renderle trasportabili mediante la rete stradale locale. A tale riguardo egli mette in evidenza la necessità di considerare non solo il contesto urbano e il carico veicolare della città di Mendrisio, ma anche il fatto che la committenza non dispone di particolari diritti per allargare le vie d'accesso o allontanare ostacoli (rotonde, muri di cinta, candelabri, edifici, segnaletica verticale, ecc.) che si sarebbero incontrati sul percorso. In tale contesto, l'autorità aggiudicatrice allega il piano di verifica di accessibilità dalla N2 all'area di cantiere Tana con un convoglio di 47 metri (Allegato 2 alla risposta), da cui risulta che un simile mezzo di trasporto entra in conflitto, nei paraggi delle Rotonda Laveggio, con barriere, rilevato e il fiume Laveggio, e, nei pressi della Rotonda di Mendrisio, con la rotatoria e segnaletica verticale esistente. Conformemente al piano di verifica dell'accessibilità, un convoglio di una lunghezza di 47 metri non sarebbe in grado di compiere le svolte e le manovre necessarie per raggiungere l'area di cantiere e prenderebbe in urto, a circa 400 metri sulla destra del Viadotto della Tana, stabili e fondi privati. Secondo l'Allegato 3 alla risposta (Piano S.201.013 intitolato "Rappresentazione pista ZM e conflitti"), la pista di cantiere prevista dal subappaltatore delle ricorrenti va a contrastare con scarpate esistenti, il fiume Laveggio, le aree di cantiere Lotto 202 e le strade interne del cantiere. In particolare, l'autorità aggiudicatrice ritiene che la necessità del subappaltatore di creare due piste a pié d'opera lungo il

manufatto sia incompatibile con le esigenze del Lotto 202, al quale dovrebbe essere garantita almeno una pista di collegamento tra i due ingressi Pizzoo-Cercera, come pure con il progetto stesso laddove non permetterebbe la creazione del rilevato per la nuova bretella.

Anche nel capitolato d'oneri viene accentuata l'importanza delle vie d'accesso. Ad esempio, conformemente al documento II.1 (Disposizioni particolari, cifra 363.300, pag. 44) gli accessi disponibili e relative limitazioni sono definite nel modo seguente:

> " Tutti gli accessi possibili al cantiere, come pure le relative area di cantiere messe a disposizione dal committente, sono descritti e indicati nei piani generale, doc. "II.4 Piani del committente".
>
> I principali accessi per raggiungere l'area di cantiere Tana ("piana Laveggio") sono:
>
> - Ingresso Pizzuolo
>
> Da Rancate, presenza del Sottopasso della Tana, transito permesso a veicoli con hmax = 3.70 e b = 4 m
>
> - Ingresso Cercera
>
> Da via Cercera (Mendrisio), presenta linea aerea AET 50 kV, transito permesso a veicoli con hmax = 4 m e b = 3 m
>
> Mentre gli accessi principali per entrare nelle aree di cantiere del lotto 201 sul sedime autostradale cambiano in funzione delle fasi di lavoro e la conduzione del traffico.
>
> Accessi autostradali fase 1A → vedi piano "S.201.015 / II.4 Piani del committente"
>
> Accessi autostradali fase 1B → vedi piano "S.201.016 / II.4 Piani del committente"
>
> Accessi autostradali fase 2 → vedi piano "S.201.017 / II.4 Piani del committente"
>
> Accessi autostradali fase 3 → vedi piano "S.201.018 / II.4 Piani del committente"
>
> La presenza di differenza di quota fra le carreggiate N-S e S-N fra le fasi 1 / 2 implica un adeguamento della geometria stradale dell'accesso (nello spazio per accelerazione). La geometria di tali adeguamenti deve rispettare le normative in vigore.

Tutti gli oneri conseguenti a tale adeguamento sono da comprendere nei prezzi offerti. Gli adeguamenti dovranno essere smantellati. (…)

È compito dell'offerente verificare i raggi di curvatura, le altezze ed i limiti di carico ammessi sulle strade d'accesso al cantiere. Tutti i limiti sono da rispettare in modo rigoroso. (…)"

**5.1.5.2** Le allegazioni del committente relative all'impossibilità di intralciare le aree del cantiere del lotto n. 202 (opere da capomastro e pavimentazioni) trovano del resto conferma nel capitolato d'oneri. Ad esempio, al documento II.1 (Disposizioni particolari, cifra 363.300, pag. 44) si legge quanto segue:

" (…)Nella fase 1B e 2 gli accessi presenti nell'area sulla carreggiata N2 dal km 6+503 al 6+725 sono disponibili all'imprenditore del lotto 201 fino a 2 mesi prima del termine fine fase 1, rispettivamente 2 mesi prima del termine fine fase 2, per consentire il completamento degli interventi al lotto 202.

Gli accessi sono da condividere per tutta la durata dei lavori con i coimprenditori previsti (vedi pos. 152.300 e 152.400) in particolare con lotto 102, 103 e 202.(…)".

Le possibili interfacce con il lotto 202 e le conseguenze che ne derivano per l'accessibilità ai cantieri sono pure messe in evidenza al documento II.1 (Disposizioni particolari, cifra 152.303 "Lotto 202 – Opere principali sull'asse autostradale", pag. 19 seg.), come riportato di seguito:

"In modo da permettere la realizzazione degli interventi di tracciato autostradale della tratta dal km 6+503.300 al km 6+725.000 (~200m) del lotto 201: l'area del sedime N2 dal km 6+503.300 al km 6+725.000 .

carreggiata S-N: è disponibile all'imprenditore del lotto 201 fino a 2 mesi prima deltermine S6: FINE FASE 1

carreggiata N-S: è disponibile all'imprenditore del lotto 201 fino a 2 mesi prima del termine S11: FINE FASE 2

Pertanto queste aree, alla riconsegna al lotto 202, non potranno essere considerate dall'imprenditore del lotto 201, né quale area di deposito né quale area di lavoro, vedi piani "S.201.010 Area di cantiere fase 1" e "S.201.013 Area di cantiere fase 2B".

Nella fase 2 l'imprenditore del lotto 202 deve realizzare il completamento della bretella SPA 394-N2, in particolare la costruzione del rilevato ~ 50 m nell'area Tana sottostante al viadotto della Tana S-N e N-S, pertanto l'imprenditore del lotto 201 dopo aver realizzato i pali di fonazione, le fondazioni, "l'elevazione" delle pile 2-3 del nuovo viadotto NS e costruito la centina di sicurezza dovrà lasciare libera quest'area. L'area non potrà essere

considerata per il lotto 201 né area di lavoro né area di deposito, vedi piano "S.201.012 Area di cantiere e accessi fase 2A.2".

(…)

L'imprenditore del lotto 201 dovrà sempre garantire una pista di transito in sicurezza nell'area Tana per il collegamento delle aree di lavoro del lotto 202 e l'area logistica del lotto 202.

L'impresa del lotto 202 utilizza le piste di transito nell'area Tana. L'utilizzo delle piste deve essere coordinata tra l'imprenditore lotto 202 e gli altri co-imprenditori lotto 201 con le rispettive DLL (in modo da garantire sempre un passaggio in sicurezza)".

**5.1.5.3** La disponibilità limitata delle aree di lavoro e delle accessibilità per il montaggio della carpenteria metallica, conformemente alle disposizioni di gara è evincibile alla voce 3.4.3 "Impostazione del progetto strutturale" al capitolo II. "Condizioni speciali subordinate all'opera, II.5 Rapporti / Altri documenti del Committente, II. 5. A Manufatti: Informazioni tecniche" (pag. 16; cfr. consid. 5.1.4).

**5.1.6** Un apprezzamento globale dei punti del bando e del capitolato d'oneri suesposti, nonché delle spiegazioni del committente in sede di risposta porta alle conclusioni seguenti.

Nel definire le specificazioni tecniche, più precisamente nel determinare se i requisiti posti alla prestazione richiesta siano da adempiere in maniera assolutamente imprescindibile oppure se la prestazione possa essere realizzata allo stesso modo per il tramite di una variante equivalente, dal profilo funzionale, alla soluzione di base, nonché nell'aggiudicare un appalto alla variante o ad un'offerta conforme alla soluzione ufficiale, l'autorità aggiudicatrice fruisce di un ampio potere d'apprezzamento in cui lo scrivente Tribunale di principio non interviene. Il committente non può essere obbligato ad assumersi i rischi che una variante può comportare, ma deve poter avere la possibilità di scegliere il tipo di soluzione per la prestazione richiesta. In questo ambito lo scrivente Tribunale, il cui potere d'esame in materia di appalti pubblici racchiude la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, ma non l'adeguatezza (art. 31 LAPub), non può arrogarsi il ruolo di autorità aggiudicatrice superiore. In particolare, non può esaminare se la scelta di una soluzione è più o meno adatta o opportuna (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4.3). Tuttavia, il committente non gode di libertà totale nell'allestimento delle prestazioni messe a concorso,

ma deve fondare eventuali limitazioni delle specificazioni tecniche su motivi obiettivi e sostenibili. Dette limitazioni non possono apparire prive di scopo, insensate ed irragionevoli (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-822/2010 del 10 marzo 2010 consid. 4.3, 4.5 e la relativa nota di MARTIN BEYELER in BR 2010 p. 209 seg.).

Nel caso in esame l'autorità aggiudicatrice ha fissato nel capitolato d'oneri precise direttive inerenti alla lunghezza, al trasporto ed alla saldatura sul posto delle travi principali per la carpenteria metallica, le quali potevano misurare tra un minimo di 14 metri ad un massimo di 26 metri. Nella risposta al ricorso, il committente ha motivato la scelta di una tale soluzione fondandosi in sostanza su tre motivi: le problematiche legate al trasporto di travi di 40 metri, l'impossibilità di invadere le aree del cantiere parallelo inerente al lotto n. 202 e infine la disponibilità limitata delle aree di lavoro e delle accessibilità per il montaggio della carpenteria metallica. Come dimostrano i considerandi 5.1.4 e 5.1.5.1-5.1.5.3, i motivi addotti dall'autorità aggiudicatrice per le dimensioni limitate delle travi, incentrati sulle difficoltà in fase di trasporto, accesso e montaggio in cantiere, sono corroborati anche dai dati contenuti nel capitolato d'oneri. Oltracciò, il piano di verifica di accessibilità dalla N2 all'area di cantiere Tana con un convoglio di 47 metri (Allegato 2 alla risposta) mette in evidenza i disagi al traffico che un tale mezzo di trasporto potrebbe provocare, in particolare l'impossibilità di svolgere manovre per raggiungere l'area di cantiere e i conflitti con barriere, rilevato e il fiume Laveggio, nonché con la rotatoria e segnaletica verticale esistente, come pure con stabili e fondi privati. Alla luce di simili circostanze è chiaramente dato di vedere come l'autorità aggiudicatrice nella scelta delle specificazioni tecniche, ossia la definizione della lunghezza delle travi per la carpenteria metallica, si sia lasciata guidare da motivi oggettivi e ragionevoli e non sia incorsa nell'arbitrio. La soluzione optata per l'offerta di base appare quindi sostenibile e fondata, indipendentemente dalla circostanza che il procedimento adottato dalle ricorrenti possa essere realizzato o offrire benefici sia a livello tecnico che finanziario.

Per contro, le ricorrenti non riescono ad avvalorare con le loro allegazioni che la scelta adottata dal committente in riferimento alla lunghezza delle travi non poggi su alcun criterio oggettivo. Laddove richiamano la fattibilità e i vantaggi della loro soluzione, segnatamente le risposte in sede di chiarimenti d'offerta e il risparmio finanziario di circa 0.8 milioni di franchi, le ricorrenti misconoscono di non aver un diritto ad imporre al committente il prodotto che ritengono più adatto, giacché l'autorità aggiudicatrice ha fornito ragioni valide per i limiti di lunghezza delle travi.

In sostanza, le asserzioni delle ricorrenti fanno un chiaro riferimento all'inadeguatezza e sono, come già detto, sottratte al potere d'esame dello scrivente Tribunale (art. 31 LAPub).

**5.1.7** Le ricorrenti hanno proposto la soluzione del loro subappaltatore F._____ SA, la quale contemplava il trasporto di travi intere di 40 metri di lunghezza evitando l'assemblaggio al suolo. La soluzione da loro proposta entra dunque in contrasto con le prescrizioni del capitolato d'oneri non solo in relazione alle modalità di trasporto come vorrebbero le ricorrenti, ma soprattutto alla lunghezza delle travi ed alla possibilità di saldarle sul posto. Nel fissare la lunghezza delle travi tra 14 e 26 metri e la possibilità di saldatura sul posto, il committente ha posto chiaramente dei limiti alla libertà imprenditoriale degli offerenti a cui le ricorrenti non possono che appellarsi invano. Parimenti ininfluente il rinvio delle ricorrenti a diverse posizioni del capitolato CPN 321.700 dove è sì indicato "sistema di montaggio a libera scelta dell'impresa", mentre nulla si legge sull'ammissibilità di travi di 40 metri di lunghezza. Di conseguenza, l'offerta delle ricorrenti si scosta dai parametri definiti dalla documentazione di gara e costituisce dunque una variante esecutiva. Pertanto, l'esclusione della loro offerta risulta giustificata nella misura in cui non è stata inoltrata un'offerta di base contestualmente alla variante, come invece imperativamente previsto dal bando di concorso. È perciò fuori discussione che l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto valutare la soluzione delle ricorrenti attribuendo un punteggio più basso.

**5.1.8** A titolo prettamente abbondanziale può essere rilevato che il committente ha anche documentato in maniera plausibile in base a piani speciali (Allegati 2 e 3 alla risposta) che la soluzione delle ricorrenti non è suscettibile di fugare i timori sulle difficoltà di trasporto di travi di 40 metri di lunghezza, sulla disponibilità limitata delle aree di lavoro, sulle accessibilità ristrette per il montaggio della carpenteria metallica, nonché sul conflitto con il lotto n. 202. Già nella fase di chiarimenti d'offerta, quindi prima dell'aggiudicazione, l'autorità aggiudicatrice ha comunque lasciato intendere alle ricorrenti di voler fare luce sulle modalità di trasporto e montaggio (cfr. atti preliminari Doc. 3 domanda e risposta 8, p. 39 seg.). Dalla risposta delle ricorrenti traspare che loro stesse non sono sicure di poter garantire la loro soluzione, tanto più che hanno ventilato l'ipotesi di trasportare travi di 20 metri da assemblare in cantiere (ibidem).

Non va infine dimenticato che le stesse ricorrenti nel loro memoriale non negano che vi siano difficoltà in fase di trasporto, accesso e montaggio in

cantiere, anche se, a loro dire, superabili. Tuttavia, si osserva, non senza un certo stupore, che le ricorrenti non sostanziano minimamente come intendono porre rimedio alle lacune riscontrate nella fattibilità della loro soluzione. Nemmeno nella motivazione aggiuntiva le ricorrenti si occupano a fondo della questione, limitandosi a rilevare che nel corso dei lavori di potenziamento della sottostazione AET di Mendrisio sia apparentemente transitato un convoglio lungo oltre 60 metri. La loro esposizione dei fatti è tuttavia relativizzata dalla presa di posizione delle controparti del 17 giugno 2014, dove è illustrato in maniera plausibile come i due convogli non siano paragonabili. Secondo le verifiche delle controparti, il convoglio menzionato dalle ricorrenti sarebbe composto da più elementi snodati (2 elementi motrici e 4 snodi), mentre la parte fissa misurerebbe 25 metri e l'elemento trasportato 9 metri. Vi sono perciò buone ragioni per credere che l'esempio portato dalle ricorrenti manchi di pertinenza. Quand'anche le loro critiche riferite alla fattibilità della loro soluzione possano apparire sostenibili, esse non possono in nessun caso compensare il fatto che la loro offerta si scosta dalle prescrizioni del capitolato d'oneri e che l'estromissione della medesima dalla valutazione non ha nulla da eccepire nell'ottica del diritto in materia di appalti pubblici. Le ricorrenti sembrano misconoscere che nel presente caso non è rilevante sapere se la soluzione da loro offerta sia altrettanto fattibile e oltretutto più economica, ma unicamente se l'autorità aggiudicatrice ha motivato in maniera plausibile e sostenibile la scelta delle specificazioni tecniche.

**5.1.9** Alle ricorrenti non giova nemmeno fare riferimento alla gara d'appalto di USTRA concernente il cantiere Arbedo-Roveredo (EP 27 lotto 2) per avvalorare la tesi che l'autorità aggiudicatrice adotti una prassi contraddittoria nelle procedure di aggiudicazione.

A dire delle ricorrenti, nella gara pubblica summenzionata il medesimo committente avrebbe accettato due modalità di esecuzione divergenti dalla soluzione proposta dal bando – esecuzione del lavoro con 2 anziché 3 finitrici, diverso sistema di demolizione – senza chiedere allo stesso tempo l'inoltro di un'offerta di base, quindi senza definirle come variante. Come sottolinea il committente, la procedura di aggiudicazione indicata dalle ricorrenti non può essere paragonata alla presente in quanto le condizioni di gara nel primo caso conferivano all'offerente la facoltà di proporre soluzioni alternative (cfr. Allegato 4, Condizioni speciali subordinate all'opera – Disposizioni particolari, pos. 982.700), mentre nel caso di specie la lunghezza massima delle travi era imperativamente dettata dal capitolato d'oneri. Ciò posto, alle censure delle ricorrenti viene

comunque a mancare il fondamento poiché, come precedentemente esposto, l'esclusione della loro offerta appare giustificata, fermo restando che l'autorità aggiudicatrice non è incorsa nell'arbitrio né nel definire il progetto e le condizioni quadro dello stesso, né nella scelta delle prescrizioni tecniche riferite all'esecuzione della commessa. Non si pone quindi la necessità di dare seguito alla richiesta delle ricorrenti a che il committente trasmetta tutti i documenti che abbiano una relazione diretta o indiretta con le questioni sollevate nel ricorso.

**5.1.10** Le ricorrenti ritengono che l'imposizione da parte dell'autorità aggiudicatrice del trasporto in pezzi da 14 a 26 metri costituisca una limitazione indebita della concorrenza poiché penalizzerebbe i grossi metalcostruttori d'oltralpe, ma tornerebbe a vantaggio del subappaltatore ticinese delle controparti. A tale riguardo, l'autorità aggiudicatrice sostiene come una simile contestazione sia tardiva poiché, se del caso, avrebbe dovuto essere rivolta contro il bando di concorso stesso, il quale però non è stato impugnato.

Nel caso di specie, nel bando di concorso, impugnabile di principio a titolo indipendente, non vi è alcun riferimento diretto alla lunghezza delle travi. Una simile indicazione poteva essere desunta solo consultando attentamente la documentazione di gara. Non si può dire con certezza se le ricorrenti siano state in grado di riconoscere la portata delle informazioni relative alla lunghezza delle travi in modo sufficientemente chiaro già al momento della pubblicazione del bando di concorso. Pertanto sarebbe eccessivo ritenere precluso il diritto delle ricorrenti a contestare la norma contenuta nella documentazione di gara nella procedura di ricorso contro l'aggiudicazione (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-1358/2013 del 23 luglio 2013 intero consid. 2).

Malgrado la censura delle ricorrenti non possa essere considerata tardiva, la medesima è in ogni caso votata all'insuccesso. Fermo restando che la scelta delle specificazioni tecniche adottata dal committente, ossia la definizione della lunghezza delle travi per la carpenteria metallica, poggia su motivi oggettivi, ragionevoli e sostenibili (cfr. consid. 5.1.6), eventuali restrizioni della concorrenza potrebbero essere tollerate, a condizione che permanga una concorrenza residua sufficientemente efficace; ciò non è il caso laddove la descrizione delle specificazioni tecniche è impostata in modo tale che la prestazione possa essere fornita da un unico offerente (cfr. BEYELER in BR 2010 pag. 209 segg., pag. 210). Ora, nella presente fattispecie, sono le stesse ricorrenti ad indicare che per le opere di metal costruttore si erano presentati tre subappaltatori,

vale a dire F._____ SA, G._____ SA e H._____AG, sottolineando che la soluzione presentata da F._____ SA era la più a buon mercato, mentre le offerte dei restanti subappaltatori differivano per il trasporto, il montaggio e il prezzo. Oltre a ciò, le ricorrenti spiegano che F._____ SA ha offerto la fornitura della carpenteria metallica in travi da 40 m, mentre sia le G._____ SA che la H._____AG hanno offerto la carpenteria in travi da saldare sul posto. Dagli atti emerge pure che le ricorrenti nella fase dei chiarimenti dell'offerta hanno ventilato l'ipotesi di trasportare travi di 20 metri da assemblare in cantiere nel caso di difficoltà di trasporto. Da tutti gli elementi suindicati risulta quindi come tutti i subappaltatori sarebbero stati in grado di fornire travi della lunghezza definita nella documentazione di gara. Non è quindi dato di vedere come la descrizione delle relative specificazioni tecniche possa condurre ad una limitazione indebita della concorrenza.

**5.1.11** Le ricorrenti contestano l'atteggiamento del committente nella fase di esame e di discussione dell'offerta, chiedendosi come mai siano state poste loro diverse serie di domande per poi escludere la loro offerta dalla gara per motivi formali. A loro dire, il committente avrebbe subito pressioni che l'avrebbero portato a fare analizzare l'offerta delle ricorrenti da un ufficio indipendente d'oltralpe. Infine le ricorrenti sospettano che abbiano avuto luogo trattative dirette fra i dirigenti della D._____con un ingegnere coinvolto attivamente nel progetto.

Prima di tutto occorre rilevare che, per legge, gli offerenti non hanno di principio diritto di essere sentiti previamente prima di essere esclusi; questo perché l'art. 30 cpv. 1 PA, secondo cui l'autorità, prima di prendere una decisione, sente le parti, non è applicabile nei procedimenti condotti dall'autorità aggiudicatrice (cfr. art. 26 cpv. 2 LAPub; sentenza del Tribunale amministrativo federale B-3013/2012 del 31 agosto 2012 consid. 2.2 con ulteriori rinvii). Inoltre, l'ordine giuridico in materia di acquisti pubblici non prevede che la decisione d'esclusione impugnabile separatamente debba essere presa prima dell'aggiudicazione. Secondo la dottrina, una simile circostanza non comporta, di norma, un pregiudizio per l'offerente non considerato, poiché con il ricorso diretto contro l'aggiudicazione egli può ancora far valere l'estromissione illecita della sua offerta dalla gara (STEPHAN SCHERLER, Die Verfügungen im Vergaberecht, in; Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [editori] Aktuelles Vergaberecht 2012, Zurigo-Basilea-Ginevra, p. 359). In singoli casi è tuttavia concepibile che una decisione d'esclusione che non sia stata emessa immediatamente dopo averne scoperto le ragioni possa condurre ad una responsabilità per culpa in contrahendo. Una violazione

dell'obbligo di fedeltà potrebbe sussistere se il committente sa che escluderà un offerente ma lo induce ad affrontare un ulteriore dispendio (presentazione dell'offerta, prima serie di trattative; SCHERLER, op. cit., p. 359).

A ciò si aggiunge che l'autorità aggiudicatrice dispone di un margine d'apprezzamento nello statuire se un'offerta deve essere scartata già in partenza oppure rettificata eventualmente per mezzo della richiesta di ulteriori informazioni, sempre a condizione che la stessa tratti tutti gli offerenti in modo uguale. Nel caso di specie, l'autorità aggiudicatrice ha addotto nella risposta di aver subito proceduto con i necessari chiarimenti delle offerte per ottimizzare i tempi e che in tale occasione ha potuto rendersi conto delle inadempienze formali nell'offerta delle ricorrenti. Così facendo, il committente ha scelto di effettuare una rettifica delle offerte. Dagli atti risulta che la fase di chiarimenti d'offerta è avvenuta in modo uguale per tutti e tre gli offerenti. Per quanto attiene alla fase di chiarimenti riferita all'offerta delle ricorrenti si evince dagli atti che il committente ha posto alle ricorrenti 12 domande in totale, la prima parte in data 31 gennaio 2014, la seconda parte in data 24 febbraio 2014, mentre le risposte delle ricorrenti sono state inoltrate la prima volta il 14 febbraio 2014 e la seconda volta il 3 marzo 2014. Il committente ha proceduto allo stesso modo con l'offerta delle controparti. Salta all'occhio che la serie di domande del 24 febbraio 2014 (D8-D12) posta alle ricorrenti ha per oggetto delucidazioni circa le modalità di trasporto e montaggio delle travi metalliche, con particolare attenzione alle dimensioni del convoglio di trasporto dei conci fino al cantiere, ai percorsi di accesso al cantiere con le travi metalliche da 40 metri e ai percorsi e modalità di accesso dell'autogrù da 500 tonnellate. Da quanto precede risulta che il committente ha esaminato accuratamente l'offerta delle ricorrenti e che l'estromissione della stessa dalla gara è entrata in considerazione solo dopo un attento esame della situazione concreta. Non si può rimproverare all'autorità aggiudicatrice di aver svolto la rettifica delle offerte contrariamente ai principi della trasparenza e della parità di trattamento, né di aver ecceduto o abusato nell'esercizio del proprio potere di apprezzamento e nemmeno di aver violato il diritto federale se non ha comunicato immediatamente alle ricorrenti l'esclusione della loro offerta dalla gara. In sunto, con riguardo al potere di apprezzamento del committente nel contesto summenzionato, al numero esiguo di offerenti e infine tenuto conto che è l'autorità aggiudicatrice stessa e non un collaboratore scientifico sulla base di un esame preliminare a statuire sull'esclusione dell'offerta dalla gara, non appare intollerabile che la

decisione di esclusione sia stata comunicata contemporaneamente con l'aggiudicazione il 20 marzo 2014.

Per il resto, le ricorrenti non dicono, né sostanziano se e in che misura la comunicazione dell'esclusione contestualmente all'aggiudicazione abbia recato loro un qualsivoglia pregiudizio. Parimenti ininfluenti appaiono le censure legate a presunte trattative e pressioni subite dal committente, in quanto concepite in maniera assolutamente speculare e non fondate su argomenti sostanziati, né corredate da elementi giustificativi. Non è quindi più necessario chinarsi sulle domande delle controparti di estromettere tali contestazioni dagli atti.

**5.1.12** A titolo di risultato intermedio è accertato che il committente ha fondato la descrizione delle specificazioni tecniche relativa ai limiti di lunghezza delle travi su parametri obbiettivi e difendibili senza eccedere o abusare nell'esercizio del proprio potere di apprezzamento. Le ricorrenti non sono invece in grado di dimostrare che la definizione delle specificazioni tecniche sia avvenuta in maniera arbitraria. Pertanto, scostandosi la loro soluzione dalle prescrizioni del capitolato d'oneri in riferimento alle dimensioni delle travi, non può dare adito a critiche che la loro offerta sia stata vista come variante esecutiva e non essendo stata inoltrata contestualmente un'offerta di base sia stata estromessa dalla gara.

**5.2**
A mente delle ricorrenti l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto si tratterebbe di una variante esecutiva e nel considerarla il committente avrebbe violato il principio della parità di trattamento.

Ferma restando l'ammissibilità della decisione di esclusione, le ricorrenti non dovrebbero più essere legittimate a contestare la delibera in favore delle controparti (cfr. consid. 1.3). Dal principio della parità di trattamento (art. 8 cpv. 1 Cost.) scaturisce tuttavia la necessità di esaminare le censure delle ricorrenti dirette contro l'esclusione dell'offerta delle controparti. Le contestazioni sollevate su questo tema sono ammissibili perché non riguardano la decisione di aggiudicazione, ma quella di esclusione, la quale rischierebbe di risultare discriminatoria se le censure mosse dalle ricorrenti dovessero rivelarsi infondate (CASSINA, op. cit., pag. 63 seg.; sentenza del Tribunale cantonale amministrativo del Cantone Ticino del 7 gennaio 2013 consid. 3.1; JÄGER, op. cit., pag. 355 seg.).

**5.2.1** In primo luogo le ricorrenti ritengono che già la scelta delle dimensioni delle travi sia contraria alle prescrizioni contenute nella documentazione di gara, in quanto l'offerta aggiudicataria avrebbe previsto di fornire tutti i pezzi con lunghezza di 20 metri, mentre il progetto prevedeva pezzi da 14 metri a 26 metri.

Orbene, il capitolato d'oneri riporta alla lettera che "l'ossatura portante è integralmente prefabbricata in officina e trasportata in sito con automezzi in pezzi di 14-26 m (travi principali)" (documento II.5 Manufatti: Informazioni tecniche, punto 3.7.4.5), per cui è di meridiana evidenza che l'autorità aggiudicatrice ha definito la lunghezza minima e massima delle travi e che i partecipanti alla gara pubblica erano liberi di scegliere, perlomeno entro i limiti imposti dal capitolato d'oneri, quali dimensioni dare alle loro travi. Se, come indicano le ricorrenti, il subappaltatore delle controparti ha offerto le travi principali con una lunghezza di 20 metri, allora la scelta di una tale misura appare assolutamente conforme alle prescrizioni di gara. L'interpretazione delle ricorrenti risulta invece avversa al testo del capitolato d'oneri e non può essere tutelata.

**5.2.2** Le ricorrenti sono infine del parere che la sequenza di montaggio prevista dalle controparti differisca dalle disposizioni contenute nel capitolato d'oneri, rappresentando una vera e propria variante esecutiva che in assenza di un'offerta di base avrebbe dovuto essere scartata conformemente al bando di concorso.

A tale riguardo, nel capitolato d'oneri (documento II.5 Manufatti: Informazioni tecniche, punto 3.7.4.5) si legge:

> "I tronconi sono sollevati con autogru circolante (~ 70-100 t), posati e regolati sulle pile e sostenuti da ev. torri intermedie provvisorie, secondo una specifica sequenza. I tronconi sono sollevati con autogru circolante (~ 70-100 t), posati e regolati sulle pile e sostenuti da ev. torri intermedie provvisorie, secondo una specifica sequenza. Una volta posata la coppia di travi principali (con relativo supporto intermedio), segue l'assemblaggio delle travi trasversali e relativa controventatura provvisoria (da smontare al termine dell'esecuzione dell'impalcato) a formazione del concio autostabile. L'unione fra conci è prevista con saldature in opera, in corrispondenza di giunti di montaggio."

Alla Figura 15 (punto 3.7.4.5 del capitolato) è riportato lo schema per la posa dei conci della carpenteria metallica, in quattro fasi esecutive. Secondo le ricorrenti, le controparti avrebbero posato i conci invertendo in maniera inammissibile la fase 4 con la fase 3.

Dal testo del capitolato d'oneri succitato emerge che il committente ha previsto di sollevare i tronconi con autogru circolante, posarli, regolarli, eventualmente sostenerli con l'aiuto di torri intermedie provvisorie, secondo una specifica sequenza. Ora, già con l'impiego dell'articolo indeterminativo "una" prima di "specifica sequenza" senza un richiamo esplicito a seguire lo schema della Figura 15, nonché con la prevista eventualità di sorreggere i tronconi per mezzo di torri intermedie provvisorie, come risulta dal testo del capitolato d'oneri e dalla Figura 15, vi sono importanti indizi sul fatto che il committente non abbia definito i requisiti posti alla sequenza per il montaggio dei tronconi in modo vincolante ed obbligatorio come l'ha fatto invece nel definire la lunghezza massima delle travi. Sembra piuttosto che egli abbia voluto affidare il sistema per la posa dei conci alla libertà imprenditoriale degli offerenti. Tale indizio è del resto consolidato dalle posizioni d'offerta 711.001/002/003/004 CPN 321 riguardanti "il montaggio della costruzione in acciaio. Elementi costruttivi secondo indicazioni contenute nell'incarto di messa in appalto", dove si legge "Sistema di montaggio a libera scelta dell'impresa". Un simile modo di descrivere ed interpretare il capitolato d'oneri appare sostenibile e le ricorrenti, in base alle loro nozioni ed esperienze in lavori di metal costruttore, avrebbero dovuto riconoscere, in buona fede, la portata delle relative disposizioni.

Tenuto conto di tutti gli elementi menzionati è possibile concludere che la sequenza per la posa dei conci non poteva essere intesa dagli offerenti come vincolante, ma rientrava nella libera scelta dell'impresa. Se il committente avesse voluto il contrario, l'avrebbe espressamente indicato come è avvenuto nel documento II.5 Manufatti: Informazioni tecniche al punto 3.7.4.6 "Getto della piattabanda con carrello (centina) mobile", dove si precisa che *"l'ordine di getto progressivo delle tappe deve seguire lo schema di Figura 16 al fine di limitare le tensioni di trazione del calce strutto"*, ciò che invece non ha fatto. Ora, se il committente ha definito i limiti di lunghezza delle travi in maniera vincolante, appare chiaro che se un'offerta diverge da queste restrizioni, la medesima debba essere ritenuta come una variante con la conseguenza dell'estromissione dalla gara se non è stata inoltrata nel contempo un'offerta di base. Se per la sequenza di posa dei conci della carpenteria metallica il committente dà invece disposizioni orientative, come nel caso di specie, le offerte che derogano a simili indicazioni non possono essere considerate ai sensi di una variante.

Per tutti questi motivi, la soluzione delle controparti per la posa dei conci, rientrando nel potere discrezionale dell'impresa, non può essere reputata

una variante esecutiva e le censure volte a voler estromettere detta offerta dalla gara non reggono.

**6.**

In sunto, è appurato che la scelta delle specificazioni tecniche adottata dall'autorità aggiudicatrice, in concreto la definizione della lunghezza delle travi per la carpenteria metallica, è fondata su motivi oggettivi e ragionevoli, in nessun modo arbitrari. Le ricorrenti non sono riuscite a dimostrare con le loro allegazioni che la scelta impiegata dal committente in riferimento alla lunghezza delle travi non poggi su criteri obbiettivi e sostenibili. Nel fissare la lunghezza delle travi tra 14 e 26 metri il committente ha messo delle restrizioni alla libertà imprenditoriale degli offerenti. Avendo previsto travi di 40 metri di lunghezza ed evitando l'assemblaggio al suolo delle stesse, l'offerta delle ricorrenti configura una variante esecutiva, e nella misura in cui non è stata inoltrata un'offerta di base contestualmente alla variante, come imperativamente previsto dal bando di concorso, può essere estromessa dalla valutazione. Infine, le contestazioni delle ricorrenti volte ad escludere dalla gara l'offerta delle controparti non sono supportate da argomenti pertinenti. Per questo motivo, il ricorso si rivela infondato e va respinto.

**7.**

La presente sentenza ha potuto essere presa in sostanza sulla base del ricorso, della risposta dell'autorità aggiudicatrice (compresi gli allegati da 1-4), delle osservazioni delle controparti, della motivazione aggiuntiva delle ricorrenti sulla scorta degli atti di gara loro trasmessi con ordinanza del 13 maggio 2014 in conformità alle richieste dell'autorità aggiudicatrice, nonché delle prese di posizione delle ricorrenti e controparti sulle pagine 7 e 8 del rapporto di valutazione. Alfine di statuire sulla presente vertenza, l'atto di ricorso, le osservazioni del committente e delle controparti, con i relativi allegati, hanno fornito informazioni assai complete. In riguardo alla decisione su ricorso un ulteriore scambio di scritti non si è pertanto rilevato necessario. Un'estensione del diritto a visionare gli atti di gara oltre a quelli già trasmessi risulta superflua. A titolo aggiuntivo è rimarcato che le ricorrenti, nel complemento alla motivazione del ricorso, chiedono di poter consultare il protocollo della discussione d'offerta del 18 febbraio 2014. A tale proposito, secondo la pag. 8 del rapporto di valutazione trasmessa alle parti emerge che gli offerenti in questione sono stati invitati in tale data al chiarimento delle rispettive offerte e che i contenuti dei chiarimenti intercorsi durante l'incontro sono stati formalizzati nell'elenco di domande e risposte inoltrato successivamente in data 24 febbraio 2014. Pertanto resta fermo

che non è stato steso un verbale di discussione d'offerta e un simile documento non può essere rimesso alle ricorrenti. Nella misura in cui sono stati resi loro accessibili i chiarimenti della loro offerta, si può concludere che il diritto di esaminare gli atti delle ricorrenti è stato sufficientemente osservato.

**8.**
Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale,TS-TAF, RS 173.320.2). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata a seconda del valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, tenuto conto che le ricorrenti sono da reputare quale parte totalmente soccombente e considerata la procedura parallela B-1927/2014 perlopiù incentrata su questioni di diritto e censure analoghe, è giustificato ridurre la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 10'000.–. Tale importo è computato con l'anticipo spese di fr. 16'000.–, entrato il 22 aprile 2014. L'avanzo di fr. 6'000.– è rimborsato alle ricorrenti in ragione di fr. 2'000.– ciascuna.

**9.**
Le controparti in qualità di parte vincente hanno diritto alle ripetibili per le spese necessarie derivanti dalla causa (art. 7 cpv. 1 TS-). Le parti che chiedono la rifusione di ripetibili e gli avvocati d'ufficio devono presentare al Tribunale, prima della pronuncia della decisione, una nota particolareggiata delle spese e il Tribunale fissa l'indennità dovuta alla parte e quella dovuta agli avvocati d'ufficio sulla base della nota particolareggiata delle spese, e, se quest'ultima, come nel caso di specie, non è stata inoltrata, sulla base degli atti di causa. (art. 14 cpv. 1 e 2 TS-TAF).

Il contributo del patrocinatore delle controparti nel presente procedimento consiste nelle osservazioni al ricorso del 6 maggio 2014 (11 pagine), nonché nella presa di posizione sulle pagine 7 e 8 del rapporto di valutazione (2 pagine) in risposta all'ordinanza del 10 giugno 2014. È quindi giustificato fissare l'indennità a titolo di ripetibili a fr. 6'000.– IVA inclusa.

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

**10.**
L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione dell'istanza volta a concedere effetto sospensivo all'impugnativa presentata con il ricorso, nonché della domanda, proposta con scritto del 15 luglio 2014, di ordinare, a titolo provvisionale, la sospensione di ogni attività che riguarda le prestazioni in oggetto. Le misure superprovvisionali indette con ordinanza del 9 aprile 2014 decadono.

## Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

**1.**
Il ricorso è respinto.

**2.**
La tassa di giustizia di fr. 10'000.– è posta a carico delle ricorrenti, le quali rispondono solidalmente per l'intero importo. Essa è computata con l'anticipo spese di fr. 16'000.–. L'avanzo di fr. 6'000.– è rimborsato alle ricorrenti in ragione di fr. 2'000.– ciascuna. L'importo sarà rimborsato dopo la crescita in giudicato della presente decisione.

**3.**
Le ricorrenti versano alle controparti un'indennità di fr. 6'000.– (IVA compresa) a titolo di spese ripetibili (fr. 2'000.– per ciascun ricorrente). Esse rispondono solidalmente per l'intero importo.

**4.**
Comunicazione a:

– ricorrenti (atto giudiziario; allegato: formulario indirizzo per il pagamento);
– autorità aggiudicatrice (SIMAP ID del progetto 105409; atto giudiziario);
– controparti (atto giudiziario).

Il presidente del collegio: 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 decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), se il valore stimato della commessa raggiunge la soglia determinante secondo la legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici o secondo l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (art. 83 lett. f cifra 1 LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 21 luglio 2014