Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Corte II
B-1982/2008
{T 0/2}

Sentenza del 17 luglio 2008

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Claude Morvant, Hans Urech,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

1. A._____ (associazione di categoria),
2. B._____,
3. C._____,
4.D._____,
5.E._____,
tutte patrocinate dall'avv. Romina Biaggi,
studio legale avv. Luigi Mattei, via Dogana 2,
casella postale 2747, 6500 Bellinzona,
ricorrenti,

contro

Alp Transit San Gottardo SA, Zentralstrasse 5,
6003 Lucerna
autorità aggiudicatrice

Oggetto

bando di concorso pubblicato su FUSC del 6 marzo 2008 relativo al Lotto 852 - Opere sotterranee Galleria di base del Ceneri.

Fatti:

A.
Con pubblicazione sul foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) no. 46 del 6 marzo 2008 la Alp Transit San Gottardo SA (ATG), con sede a Lucerna, (in seguito: committente, autorità aggiudicatrice) ha dato avvio alla gara, secondo le modalità previste dalla procedura libera, per l'aggiudicazione del "Lotto 852, Opere sotterranee Galleria di base del Ceneri". Nel bando di concorso è tra l'altro indicato che la lingua dell'offerta è l'italiano o il tedesco (cifra 3.10), che tutte le domande inerenti i documenti d'appalto o le procedure devono essere trasmesse per iscritto in italiano o in tedesco entro i tre termini impartiti e infine che la lingua contrattuale è il tedesco (cifra 4.5). Il termine per l'inoltro dell'offerta è il 19 settembre 2008 (cifra 3.9).

B.
Con memoria del 26 marzo 2008 A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, tutte patrocinate dall'avv. Romina Biaggi, (ricorrenti) sono insorte contro il bando di concorso. Esse propongono l'annullamento parziale del bando di concorso e la modifica della cifra 4.5 dello stesso, nel senso che "La lingua contrattuale è l'italiano", protestate tasse, spese e ripetibili.

A motivo delle sue conclusioni le ricorrenti adducono che il bando prevede la possibilità per i concorrenti di scegliere se inoltrare la loro offerta in tedesco o in italiano, però che la lingua contrattuale dovrà forzatamente essere il tedesco. Secondo loro tale disposizione viola il principio della parità di trattamento, in particolare il divieto di discriminazione nei confronti dei concorrenti di madrelingua italiana. Nel caso il lotto venisse aggiudicato alle ricorrenti, esse si vedrebbero costrette a stipulare un contratto in una lingua ad essi estranea, oltre che diversa da quella parlata nel luogo di esecuzione dei lavori. Le ricorrenti deducono che la possibilità data dal bando di presentare le offerte e le domande in una delle lingue abbia valore meramente astratto e fittizio. Infatti, il susseguente obbligo di sottoscrivere il contratto in tedesco rende nella sostanza assolutamente vana ed inutile la facoltà di inoltrare l'offerta e le domande in italiano. Le ricorrenti ravvisano un'importante discriminazione operata dal bando nei confronti dei concorrenti italofoni, poiché non viene data loro una reale ed effettiva possibilità di poter presentare le proprie offerte e di concludere il relativo contratto in una lingua familiare, lingua ufficiale

nel Cantone Ticino. Secondo le ricorrenti tale modo di procedere non è sorretto da alcun elemento giustificativo tale da permettere alla committente di costringere la ditta aggiudicataria a concludere il contratto in tedesco per l'esecuzione dell'opera in un luogo dove si parla l'italiano. Per le ricorrenti appare evidente che il foro in caso di eventuali litigi dovrà essere quello di Bellinzona e non Lucerna, come previsto nella documentazione del bando.

Le ricorrenti indicano che il lotto no. 852, oggetto del bando di concorso impugnato, confina con i lotti nri. 851, 853 , 854 e 813, i quali sono già stati appaltati e la cui lingua contrattuale è l'italiano ed in caso di eventuali litigi il foro è Bellinzona. Perciò esse non comprendono il motivo per cui solo per il lotto no. 852 la committente abbia previsto una lingua contrattuale differente rispetto a quella stabilita per tutti gli altri lotti, i quali, come conferma la stessa committente, rappresentano due terzi dell'opera.

C.
Con risposta datata del 29 maggio 2008, anticipata via fax il 30 maggio 2008, l'autorità aggiudicatrice postula in via principale l'irricevibilità del ricorso per mancata legittimazione ricorsuale delle ricorrenti, in via subordinata la reiezione integrale del gravame, nella misura della sua ricevibilità, protestate tasse, spese e ripetibili.

In primo luogo l'autorità aggiudicatrice contesta la legittimazione a ricorrere di tutte le ricorrenti. In secondo luogo essa ritiene che la scelta del tedesco quale unica lingua di contratto non viola l'art. 8 cpv. 2 Cost, in quanto gli offerenti italofoni godono di diversi benefici: documentazione di appalto in italiano, sopralluogo esperito nelle due lingue italiano e tedesco, facoltà di porre le domande relative alla documentazione di appalto nelle due lingue rispettivamente facoltà di rispondere della committente anche nelle due lingue, facoltà di presentare l'offerta nelle due lingue e assunzione delle spese di traduzione dall'italiano al tedesco a carico del committente. L'autorità aggiudicatrice sottolinea che la LAPub e l'accordo GATT/WTO sugli acquisti pubblici non menzionano la lingua di contratto, ma soltanto la lingua di procedura.

La committente ritiene infondata la censura delle ricorrenti secondo cui in qualità di potenziali aggiudicatarie sono costrette a stipulare un contratto in tedesco, in una lingua a loro estranea e diversa da quella parlata nel luogo di esecuzione dei lavori. Essa osserva che secondo i

principi sanciti dal diritto privato, in particolare il principio dell'autonomia e della libertà contrattuale, il committente è libero di determinarsi sulla lingua del contratto. Contrariamente all'art. 24 LAPub che fissa ex lege la lingua della pubblicazione, la facoltà di determinarsi sulla lingua contrattuale spetta all'autorità aggiudicatrice.

La committente asserisce che dalla circostanza che l'italiano è la lingua ufficiale nel Canton Ticino non è possibile dedurre alcun diritto in relazione alla procedura d'appalto, tanto è vero che è applicabile il diritto federale e non quello cantonale nel caso di specie. Mettendo a disposizione degli offerenti la documentazione d'appalto nelle due lingue, la committente è andata oltre alle garanzie minime sancite dalle disposizioni federali.
A detta della committente la scelta del solo tedesco quale lingua contrattuale è motivata anche dal fatto che la sede di ATG si trova a Lucerna e la maggior parte dei collaboratori è di madre lingua tedesca. Secondo lei va pure considerato che nell'arco degli anni ATG ha avuto modo di acquisire un considerevole know-how nella gestione dei contratti di appalto sull'intero asse del Gottardo, conoscenze che sono prevalentemente correnti in tedesco. È quindi evidente che per evitare che tali conoscenze vadano disperse, il cosiddetto know-how-transfer debba avvenire in tedesco.
La committente rinvia anche alla circostanza che le norme SIA rilevanti per i lavori in sotterraneo sono disponibili per la maggior parte solo in tedesco. Per lei è indispensabile che gli elementi contrattuali siano coerenti e privi di incongruenze, il che può solo essere raggiunto se gli elementi contrattuali vengono redatti nella medesima lingua in cui sono redatte le norme SIA.
La committente sottolinea in particolare l'aspetto dell'analisi del mercato dei potenziali offerenti. I lavori in sotterraneo sono lavori di dimensione europea e non locale. Le indagini effettuate e l'esperienza sull'asse del Gottardo e del Lötschberg mostrano che vi sono nettamente meno imprese nell'area italofona che dispongono delle competenze necessarie per eseguire i lavori in sotterraneo di volume e complessità analoghi a quelli del Ceneri e che sono interessate ad eseguirli, rispetto alla concorrenza dell'area germanofona.

Per la committente non esiste una disposizione federale che imponga alla stazione appaltante di prevedere la lingua parlata nel luogo di esecuzione dei lavori come lingua di contratto. E nemmeno vi sono disposizioni che escludono il foro di Lucerna a favore di un foro a

Bellinzona, tanto è vero che la NEAT Controlling Weisung impone alla committente solo di fissare il foro in Svizzera.

D.
Con replica del 16 giugno 2008 le ricorrenti si sono espresse sulla questione della loro legittimazione a ricorrere e hanno infine chiesto di giudicare il riconoscimento della stessa.

E.
Il 26 giugno 2008 la committente ha presentato la duplica sul tema della legittimazione a ricorrere e riconfermato in sostanza le proprie conclusioni e motivazioni.

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

Diritto:

1.
Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del gravame che gli viene sottoposto (cfr. DTAF 2007/6 consid. 1 con rinvii).

1.1 Con l’entrata in vigore dell’Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera-CE; RS 0.172.052.68) il 1° giugno 2002 gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cpv. 2 lett. d e cpv. 3 dell'Accordo bilaterale Svizzera-CE e Allegato II B). Nel settore ferroviario (costruzione ed esercizio di infrastrutture ferroviarie) sono direttamente soggette alla legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (LAPub; RS 172.056.1) le Ferrovie federali svizzere come pure le imprese operanti nei settori della costruzione o dell’esercizio di impianti ferroviari, in cui le FFS detengono la maggioranza, o altri operatori ferroviari sotto l’influenza predominante della Confederazione. Fanno eccezione tutte le attività di queste imprese che non sono in rapporto diretto con il settore dei trasporti (art. 2a cpv. 2 lett. b dell’Ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 [OAPub; RS 172.056.11]). Il pacchetto azionario della committente è detenuto al 100% dalle

Ferrovie federali svizzere. La committente rientra pertanto nel novero delle autorità assoggettate alla legge sugli acquisti pubblici in ossequio al combinato degli art. 2 cpv. 2 LAPub, art. 2a cpv. 2 lett. b OAPub.

Inoltre i costruttori della NFTA sono nel contempo subordinati alla legge sugli acquisti pubblici sulla base dell'art. 13 cpv. 1 del Decreto federale concernente la costruzione di una ferrovia transalpina del 4 ottobre 1991 (Decreto sul transito alpino; RS 742.104) e dell'art. 4 dell'Ordinanza del 28 febbraio 2001 sulla costruzione di una ferrovia transalpina (Ordinanza sul transito alpino, OTrAl; RS 742.104.1). Ne consegue anche che la Alp Transit San Gottardo SA rappresenta un'autorità aggiudicatrice soggetta alla LAPub (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich-Basel-Genf 2007, N. a margine 33).

La presente commessa comprende la costruzione delle gallerie ferroviarie a binario unico del Ceneri (GbC), fa quindi parte dei lavori per il progetto della Galleria di base del Monte Ceneri ed è in relazione diretta con l'esercizio delle ferrovie e con l'infrastruttura utilizzata per il traffico delle persone e delle merci.

La committente stima il prezzo del preventivo dei lavori inerenti alla presente commessa a “diverse centinaia di milioni di franchi”, paragonando la portata del lotto 852 ai grandi lotti di galleria stipulati nell'ambito della costruzione della Galleria di base del Gottardo (GbG). Di conseguenza sono chiaramente superati i valori soglia imposti dall'Ordinanza sull'adeguamento degli acquisti pubblici per il 2008 (Art. 1 lett. c dell'Ordinanza del DFE del 26 novembre 2007 sull’adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2008; RS 172.056.12; in relazione all'art. 6 LAPub).

Visto quanto precede si può senz'altro affermare che la presente commessa ha avuto luogo in applicazione dei disposti di diritto federale vigenti (cfr. per le commesse di Alp Transit San Gottardo SA concernenti lavori di costruzione in relazione alle gallerie la decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale del 31 luglio 2007, B-743/2007, consid. 1.1-1.3).

1.2 Il bando di concorso costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'art. 29 lett. b LAPub (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 820 seg.; CARRON/FOURNIER, La protection juridique dans la passation des

marchés publics, Friburgo 2002, pag. 57 seg.). Contro le decisioni del committente aventi come oggetto il bando di concorso è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. b i. r. c. l'art. 27 cpv. 1 LAPub nella versione del 17 giugno 2005). La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF).

1.3 Di seguito va esaminata la questione della legittimazione a ricorrere della A._____ (associazione di categoria) e delle quattro ditte ricorrenti. Detta questione è valutata sulla base dell'art. 48 PA i. r. c. l'art. 26 cpv. 1 LAPub. Conformemente a detti disposti il ricorrente deve aver partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo ("formelle Beschwer"), deve essere particolarmente toccato dalla decisione impugnata ("materielle Beschwer") ed avere un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa.

1.3.1 Nella giurisprudenza la questione della legittimazione a ricorrere è ampiamente trattata in procedimenti di ricorso che sono perlopiù indirizzati contro decisioni di aggiudicazione: gli offerenti non considerati rispettivamente i concorrenti esclusi sono i destinatari diretti di simili decisioni con le quali si portano a termine procedure in materia di acquisti pubblici giusta la LAPub e sono quindi legittimati a ricorrere, indipendentemente dalle loro possibilità concrete di ottenere l'aggiudicazione o dal fatto che non sia stato richiesto l'effetto sospensivo al ricorso e che sia stato già concluso il contratto con l'aggiudicatario (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 850 seg., in particolare N. 854 seg.).

Nella presente fattispecie la procedura d'appalto non si è ancora conclusa con un'aggiudicazione, bensì si trova nella fase dell'annuncio pubblico, vale a dire in uno stadio della procedura ancora ben lontano dall'aggiudicazione. A questo stadio della procedura in materia di acquisti pubblici hanno un interesse degno di protezione tutti quegli offerenti per i quali non è possibile stabilire senza dubbio se essi debbano essere esclusi dalla procedura (cfr. anche per la nozione di "zuschlagsfernen Stadien": MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, N. 404). Ad una conclusione analoga è giunta anche la Corte I di

diritto pubblico del Tribunale federale quando afferma che di principio la legittimazione a contestare un bando di concorso deve essere riconosciuta a qualsiasi potenziale partecipante alla gara che si ritiene danneggiato nei propri interessi giuridicamente protetti da tale atto (sentenza del Tribunale federale dell'11 agosto 2004, 1P.338/2004, consid. 2.2). Conformemente alla particolarità del diritto in materia di acquisti pubblici nel quadro dell'impugnabilità del bando, per la cosiddetta “formelle Beschwer” (il ricorrente deve aver partecipato al procedimento dinanzi all’autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo) non possono valere le condizioni che di solito sono richieste.

1.3.2 La A._____ è un'associazione di categoria secondo gli art. 60 e seguenti del Codice Civile Svizzero che raggruppa le imprese dell'edilizia, del genio civile e dei rami affini (settore principale della costruzione) (cfr. art. 1.1 dello Statuto 2004 della A._____).

1.3.2.1 I disposti federali in materia di acquisti pubblici non prevedono una legittimazione a ricorrere particolare per le organizzazioni professionali. Pertanto esse sono legittimate a ricorrere solamente nella misura in cui sono adempiute in modo cumulativo le premesse del cosiddetto ricorso collettivo nell'interesse dell'associazione (“egoistische Verbandsbeschwerde”) (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 862). Un'associazione ha il diritto di interporre ricorso quando: - essa ha personalità giuridica ed è abilitata dagli statuti a tutelare per i membri gli interessi in questione; - gli interessi da essa fatti valere sono comuni alla maggioranza dei membri dell'associazione o almeno ad un grande numero di membri; - ciascun membro che essa rappresenta ha il diritto di interporre ricorso individuale per far valere i propri interessi (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 862 CARRON/FOURNIER, op. cit., pag. 66 seg.). Nella prassi la legittimazione a ricorrere collettiva delle associazioni professionali viene spesso negata poiché sembra molto difficile adempiere l'esigenza che la maggior parte o un gran numero di membri sia toccato dalla decisione impugnata. Secondo il parere di HUBERT STÖCKLI (cfr. le sue osservazioni in BR 2001 pag. 161 seg.) ciò ha come conseguenza che le associazioni sono in grado solo difficilmente di impugnare una decisione diretta contro un'aggiudicazione. Pertanto a suo avviso le cose si presentano in modo diverso, se il ricorso collettivo nell'interesse dell'associazione è indirizzato contro un bando di concorso, un invito nella procedura mediante invito oppure contro un'aggiudicazione mediante trattativa privata, poiché si tratta ogni

volta di casi in cui la cerchia dei prevedibili offerenti è aperta e quindi è toccato un gran numero dei membri dell'associazione. In questi casi la legittimazione a ricorrere è data se sono adempiute le esigenze poste alla personalità giuridica e alla base statuaria vertente sulla tutela degli interessi.

1.3.2.2 Nel caso in esame l'art. 1 dello statuto di A._____ (associazione di categoria) prevede che A._____ è un'associazione ai sensi dell'art. 60 seg. del Codice Civile Svizzero (RS 210). Ne discende che A._____è una persona giuridica indipendente con personalità giuridica propria. All'art. 2 dello statuto di A._____ è disciplinato lo scopo dell'associazione. Di particolare attenzione sono l'art. 2.2 (*"A._____ tutela gli interessi dei suoi membri nel settore degli appalti pubblici di fronte alle autorità e agli uffici competenti."*) e l'art. 2.3 (*"A._____ può prendere tutti i provvedimenti necessari, come presentare ricorsi e azioni contro atti e decisioni delle autorità, in particolare nel contesto degli appalti pubblici."*).

Dagli atti si evince che A._____ comprende al momento attuale 170 membri. Conformemente all'art. 1 dello statuto, nella A._____ sono raccolte le imprese dell'edilizia, del genio civile e dei rami affini (settore principale della costruzione). In linea di massima e a titolo generale è immaginabile che con il presente bando di concorso sia toccato un numero considerevole di membri della A._____, se si tiene conto della circostanza che nel caso di specie si tratta di un contratto di appalto ("Bauauftrag", cifra 1.6 del bando) e che le prestazioni ivi indicate si muovono nel quadro del settore delle costruzioni.

Tuttavia la committente rivendica che a suo avviso, in considerazione della portata della presente commessa, il numero dei membri della A._____ che può entrare nel novero delle imprese attive nell'ambito dei lavori di sotterraneo si riduce a tre, per cui verrebbe a mancare la legittimazione a ricorrere della A._____. Secondo lei, a causa dell'assenza di esperienza nel ramo dei lavori in sotterraneo non sarebbero adempiuti nemmeno i presupposti di idoneità esplicati nel bando di concorso alle cifre 3.5 e 3.6.

In primo luogo, in riferimento alla censura della mancata idoneità va sottolineato che l'esame dell'idoneità non deve essere anticipato già nell'ambito dell'esame della legittimazione a ricorrere contro il bando di concorso. In secondo luogo va rilevato che il bando di concorso stesso alla cifra 3.4 ammette in maniera esplicita la formazione di con-

sorzi. Non sono quindi ravvisabili motivi per cui si debba escludere la possibilità che i membri della A._____, che sono pur sempre attivi nell'ambito delle costruzioni, si riuniscano in un consorzio con una o più ditte specializzate nella categoria dei lavori in sotterraneo. A questo riguardo va osservato che si giustifica esaminare la legittimazione a ricorrere dei ricorrenti al momento dell'inoltro del ricorso, cosicché di principio, a mente del Tribunale amministrativo federale, non ha importanza se la cerchia dei potenziali membri può restringersi poiché non si è ancora verificata un'annessione ad un consorzio malgrado l'avanzare della scadenza del termine per presentare le offerte. Ne consegue che tutti i membri della A._____ o perlomeno un gran numero di essi possono rappresentare potenziali partecipanti a un consorzio e in questa veste possono essere potenziali concorrenti nel quadro della presente procedura in materia di acquisti pubblici.

Considerato che sono date tutte e tre le condizioni per un ricorso collettivo nell'interesse dell'associazione (“egoistische Verbandsbeschwerde”) si può ragionevolmente affermare che sono dati tutti i presupposti per la legittimazione a ricorrere della A._____.

1.3.3 Per quanto attiene alla questione a sapere se anche le quattro ditte ricorrenti hanno diritto ad interporre ricorso, essa può essere lasciata indecisa, nella misura in cui si deve accettare la legittimazione a ricorrere dell'associazione A._____ e in ogni caso si deve entrare nel merito del ricorso.

1.3.4 I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti. Il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri tramite una procura scritta valida. Gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti.
Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso.

2.
Oggetto di lite nella presente fattispecie è soltanto la questione a sapere se la disposizione contenuta alla cifra 4.5 del bando “La lingua contrattuale è il tedesco” è lecita o meno.

3.
In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti

(art. 49 lit. a e b PA). Non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub).

Il Tribunale amministrativo federale esamina liberamente la violazione del diritto federale, esso si impone tuttavia un certo riserbo nel quadro dell'esame dell'apprezzamento delle prestazioni in base ai criteri di aggiudicazione (cfr. in materia di potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale la decisione incidentale del 2 luglio 2008, B-3544/2008 consid. 5 con rinvii).

Nella motivazione del ricorso si spiega che il bando prevede la possibilità per i concorrenti di scegliere se inoltrare la loro offerta in tedesco o in italiano, però che la lingua contrattuale dovrà forzatamente essere il tedesco. Secondo la ricorrente tale disposizione viola il principio della parità di trattamento, in particolare il divieto di discriminazione nei confronti dei concorrenti di madrelingua italiana. Essendo invocata una violazione del diritto federale, il Tribunale amministrativo federale esamina la censura mossa dalla ricorrente con pieno potere di cognizione.

4.

4.1 Come già indicato precedentemente, il bando di concorso costituisce una decisione suscettibile d'essere impugnata tramite ricorso (cfr. consid. 1.2). L'impugnazione è possibile nei confronti di quelle disposizioni del bando che appaiono di per sé illecite e il cui significato rispettivamente la cui portata sono senz'altro riconoscibili per gli interessati; questo vale di regola ad esempio per quelle disposizioni concernenti il tipo di procedura, i termini di inoltro per l'offerta, l'ammissibilità di un consorzio di offerenti, di offerte parziali, di varianti, di formazione di lotti oppure la lingua o le lingue della procedura (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 820 con rinvii alla giurisprudenza della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici). Dai principi sviluppati dalla prassi si può ragionevolmente desumere che di regola sono impugnabili quelle disposizioni che per legge devono essere contenute nel bando di concorso.

4.2 Essendo la committente assoggettata alla legislazione federale in materia di acquisti pubblici (consid. 1.1), ciò significa che il bando di concorso e la documentazione del bando per le commesse nel quadro della NFTA devono soddisfare le esigenze poste nella LAPub

(GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurigo 1996, N. 303).

4.3 Ogni commessa che viene aggiudicata nell'ambito di una procedura libera o selettiva deve essere messa a pubblico concorso singolarmente (art. 18 cpv. 1 i. r. c. art. 14 cpv. 1 e art. 15 cpv. 1 LAPub). Per quanto attiene al contenuto all'art. 9 cpv. 2 LAPub è previsto di rendere noti nel bando (al più tardi nella relativa documentazione) i criteri e le prove d'idoneità. Giusta l'art. 20 cpv. 1 lett. a LAPub possono essere condotte trattative se ne è fatta menzione nel bando. L'art. 16 cpv. 1 OAPub rimanda per quel che riguarda le indicazioni del bando all'allegato 4 OAPub. L'allegato 4 OAPub contiene le indicazioni minime per il bando pubblico di una commessa nell'ambito della procedura libera o selettiva. In materia di lingua l'allegato 4 OAPub prevede che il bando debba almeno indicare la lingua o le lingue delle domande o delle offerte (cifra 6 b allegato 4 OAPub). L'allegato 5 OAPub si esprime sulle indicazioni minime per la documentazione del bando consegnata nell'ambito della procedura libera o selettiva, richiedendo tra l'altro almeno che vengano indicate la lingua o le lingue delle offerte (cifra 3 allegato 5 OAPub). Nel bando il committente può tuttavia limitare o escludere la possibilità della formazione di consorzi (art. 21 cpv. 1 OAPub). Se, per una corretta esecuzione della commessa, è necessaria una determinata forma giuridica per la formazione di consorzi, il committente può esigere che questa sia costituita prima dell'aggiudicazione (art. 21 cpv. 2 OAPub). Nel bando, il committente esige di principio un'offerta globale per le prestazioni che intende acquisire (art. 22 cpv. 1 OAPub). Egli può tuttavia limitare o escludere in esso la possibilità dell'inoltro di varianti (art. 22 cpv. 2 OAPub). Nel caso di offerte parziali, il committente può rinunciare ad un'offerta globale, indicando ciò nel bando (art. 22 cpv. 2 OAPub). Il committente deve indicare nel bando le eccezioni dal principio che gli offerenti non hanno diritto ad un'indennità per l'elaborazione dell'offerta (art. 23 OAPub). Nell'ambito dell'aggiudicazione, il committente può suddividere la commessa in commesse parziali oppure aggiudicarla integralmente a più offerenti. Questa intenzione dev'essere indicata nel bando (art. 27 cpv. 1 OAPub).

In riferimento alla forma linguistica del bando l'art. 24 cpv. 3 LAPub statuisce che per commesse edili e relative forniture nonché servizi nell'ambito di progetti di costruzione, il bando di concorso e l'aggiudicazione avvengono almeno nella lingua ufficiale del luogo

della costruzione, mentre per altre forniture e servizi in almeno due lingue ufficiali. Se una commessa prevista non è pubblicata in lingua francese, al bando dev'essere allegato un riassunto in lingua francese, inglese o spagnola (art. 24 cpv. 4 LAPub). Il contenuto di tale riassunto si evince dall'art. 16 cpv. 2 OAPub.

4.4 Di principio il bando (o la documentazione del bando) deve (devono) contenere una descrizione chiara e completa della prestazione richiesta. Quest'ultima forma la base diretta per il contratto da stipulare con l'offerente che ha ottenuto l'aggiudicazione (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. 224 segg.).

Salvo che per le disposizioni di carattere imperativo previste dalla LAPub e dall'OAPub in materia di requisiti per il contenuto del bando (cfr. consid. 4.3), al committente è di principio conferita una grande libertà nel quadro dell'allestimento del bando e della relativa documentazione. Né la LAPub né l'OAPub esigono dal committente che egli renda noto nel bando la lingua del contratto. In particolare, la lista delle indicazioni minime giusta l'allegato 4 OAPub non regola che il committente debba rendere noto le condizioni contrattuali in maniera completa nel bando (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op. cit., N. 280). Dal momento che la lingua del contratto non deve quindi essere oggetto del bando, diventa lecito chiedersi se l'impugnazione di una disposizione del bando che per legge non vi deve essere obbligatoriamente regolata è di per sé possibile. Tenuto conto che nella fase che segue l'aggiudicazione della commessa è il diritto privato che trova applicazione nell'ambito della conclusione del contratto e degli effetti di quest'ultima (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. N. 828 e 701; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Quid après l'adjudication? Les effets du droit (public) des marchés publics sur la conclusion et l'exécution du contrat (de droit privé) – in BR 2004 Sonderheft, pag. 62 seg. con rinvii), si può ritenere che il committente gode di una certa libertà nell'impostazione del contratto.

Benché le disposizioni relative alla lingua non richiedano di comunicare espressamente la lingua contrattuale nel bando e benché quest'ultima possa essere a prima vista oggetto di un conflitto di diritto privato, una regolamentazione esplicita della lingua del contratto nel bando può avere effetti sulla situazione di fatto e di diritto degli interessati nella fase di inoltro delle offerte, come dimostreranno i considerandi che seguono. Di principio non possono essere tollerate quelle disposizioni del bando che potrebbero essere atte a

discriminare i singoli potenziali offerenti già nella fase tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 239 seg.).

4.5 Visto quanto precede va di seguito esaminato se la disposizione impugnata che prevede il tedesco come lingua contrattuale viola il principio della garanzia della parità di trattamento (art. 1 cpv. 2 e art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub).

Il principio della parità di trattamento significa nel diritto degli appalti pubblici che a nessun offerente possono essere imposti pregiudizi, che non valgono per altri offerenti e che a nessun offerente possono essere concessi privilegi che sono negati agli altri offerenti. La legislazione svizzera in materia di appalti pubblici esige non solo la parità di trattamento tra offerenti stranieri e offerenti nazionali e tra offerenti stranieri tra loro, ma anche la parità di trattamento degli offerenti nazionali tra di loro (non-discriminazione) (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op. cit., N. 193 seg.).

4.5.1 Per quanto attiene alla parte collegata alla lingua, il bando di concorso è stato pubblicato integralmente in tedesco e in italiano, mentre per la versione francese è stato pubblicato un breve riassunto, il che è conforme all'art. 24 cpv. 3 e 4 LAPub. Per il resto, il bando di concorso prevede l'inoltro di offerte nelle lingue italiano o tedesco e la facoltà di porre domande relative alla documentazione di appalto nelle lingue tedesco e italiano, alle quali il committente risponde in tedesco o in italiano (cifra 4.5). Inoltre la documentazione del bando è disponibile sia in italiano che in tedesco e i sopralluoghi (uno tecnico e uno geologico) a detta della committente sono stati anch'essi esperiti nelle due lingue. Le disposizioni concernenti la lingua previste dalla committente fino alla fase dell'aggiudicazione osservano pienamente le condizioni poste al contenuto minimo del bando di concorso giusta la LAPub e l'OAPub (cfr. consid. 4.3), anzi esse vanno addirittura oltre i requisiti minimi richiesti.

4.5.2 Pertanto, proprio perché fino alla fase dell'aggiudicazione della commessa la committente ha optato a favore di una procedura bilingue, sorprende e dimostra una certa incoerenza che per la lingua del contratto si sia scelto soltanto la lingua tedesca. Dalla lettera della committente dell'11 marzo 2008 alla A._____ (doc. R allegato al ricorso) si evince che tutti i contratti finora stipulati e concernenti il Ceneri sono già stati messi in appalto e aggiudicati in italiano e hanno

il foro a Bellinzona. Se si considera inoltre che la documentazione del bando comprende il progetto di contratto non solo in tedesco ma anche in lingua italiana, è ravvisabile che la stesura del contratto in italiano non rappresenta più un dispendio notevole per la committente (cfr. Elemento IA: Atto di contratto con appendici; classificatore no. 1). Alla luce di queste circostanze sorge il dubbio che la scelta del tedesco come lingua contrattuale non sia altro che una conseguenza scaturita dalla scelta del foro di Lucerna per decidere su eventuali controversie derivanti dal contratto.

4.5.3 Come già accennato precedentemente (cfr. sopra consid. 4.4) la lingua del contratto non rientra nei requisiti minimi posti al contenuto del bando di concorso. Dal momento che questo criterio è però stato inserito dalla committente nel bando di concorso, essa deve sopportare le critiche sollevate contro questa scelta e vertenti su una presunta discriminazione dei partecipanti al concorso.

Per esaminare l'aspetto della violazione della parità di trattamento possono senz'altro essere consultati per analogia i principi relativi alla lingua della procedura di aggiudicazione. Giusta l'art. 24 cpv. 3 LAPub per commesse edili e relative forniture nonché servizi nell'ambito di progetti di costruzione, come si tratta nel caso di specie, il bando di concorso e l'aggiudicazione avvengono almeno nella lingua ufficiale del luogo della costruzione.

Nel Messaggio concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT / OMC (Uruguay-Round) (Messaggio 2 GATT) del 19 settembre 1994 (FF 1994 923 segg., in particolare pag. 1163 e 1164) si precisa che la differenziazione della lingua di pubblicazione tra opere di costruzione, da una parte, e forniture e prestazioni di servizi, dall'altra, è giustificata dal fatto che per i progetti di costruzione la lingua ufficiale è legata al luogo della costruzione. Dato che la Confederazione esegue costruzioni in tutte le regioni linguistiche della Svizzera, l'alternanza linguistica della pubblicazione è garantita. L'obbligo di pubblicare le aggiudicazioni non dovrebbe servire unicamente all'informazione a livello internazionale bensì anche in tutte le regioni della Svizzera.

La vecchia Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici ha già avuto modo di occuparsi nella sua prassi dell'art. 24 LAPub. Essa ha rilevato che l'art. 24 cpv. 3 e 4 LAPub ha come scopo quello di informare la cerchia maggiore possibile di

potenziali candidati e persegue un obiettivo di trasparenza e di apertura di mercato (cfr. decisione del 9 dicembre 1999, CRM 1999-011, consid. 3; in quel caso si trattava di una commessa per forniture e per prestazioni di servizi). Anche per Bernard Waldmann, pur quanto la lingua del bando offra uno strumento ideale per canalizzare l'origine degli offerenti, laddove il diritto in materia di acquisti pubblici si esprime sulla lingua del bando, esso lo fa prevalentemente in vista dello scopo di raggiungere il maggior numero possibile di potenziali candidati (cfr. BERNHARD WALDMANN, Die Sprache im öffentlichen Vergabeverfahren in FZR 2003, pag. 16 seg.; questo articolo rinvia esplicitamente alla decisione della CRM 1999-011 appena citata).

Tuttavia ci si può porre la domanda se le interpretazioni addotte sopra possono essere riprese per la presente commessa edile che ha la particolarità di avere il luogo della costruzione nel Cantone Ticino e che riveste il carattere di un progetto di dimensioni almeno nazionali. Nel contesto del caso in esame, la disposizione dell'art. 24 cpv. 3 LAPub è da considerare come esigenza minima, la quale ha un effetto informativo per i potenziali concorrenti residenti nella regione. Il privilegio linguistico che de facto ne deriva automaticamente per gli offerenti residenti nella regione è statuito esplicitamente nella legge e deve essere rispettato.

4.5.4 Prevedere già a livello dell'inoltro delle offerte che il contratto sarà unicamente concluso in lingua tedesca, come nel caso in esame, appare criticabile sotto tre punti di vista.
Dapprima per le ditte di madre lingua italiana risulta comprensibilmente contraddittorio e inconsistente se da una parte viene data loro la possibilità prima dell'aggiudicazione di presentare le loro offerte in italiano, porre domande chiarificatorie in italiano e richiedere la documentazione del bando in italiano, ma dall'altra si esclude l'italiano come lingua contrattuale. In secondo luogo, la regolamentazione del tedesco come lingua contrattuale già al grado di bando di concorso può allora rivelarsi restrittiva, nella misura in cui essa è atta a distogliere i potenziali offerenti che risiedono nel luogo della costruzione del progetto ad inoltrare le proprie offerte. Infine, la committente deve quindi assumere la critica che l'introduzione della disposizione querelata nel bando potrebbe servire in un certo modo quale mezzo per controllare l'origine dei potenziali concorrenti rispettivamente per influenzare l'associazione degli stessi ad un consorzio. Del resto è la stessa committente ad affermare che le ditte

dell'area germanofona hanno più esperienza e mostrano più interesse per i lavori messi in concorso che le ditte del Cantone Ticino.
Considerati questi aspetti, nonché la regolamentazione legale della lingua nel quadro della pubblicazione del bando e dell'aggiudicazione, l'abbandono della via del bilinguismo allo stadio della conclusione del contratto rispettivamente la relativa comunicazione nel bando comportano in casu uno svantaggio per i potenziali offerenti regionali rispetto alla situazione che si presenta per le ditte (svizzero-)tedesche.

Ne consegue che la disposizione del bando che prevede come lingua contrattuale il tedesco - già allo stadio di procedura dell'inoltro delle offerte - ha un effetto discriminatorio nei confronti di potenziali offerenti di lingua italiana. Gli argomenti portati dalla committente non sono sufficienti a giustificare la lesione del principio della parità di trattamento. Infatti le circostanze che la committente abbia la sede a Lucerna, che il know-how-transfer nella gestione dei contratti di appalto sia spesso avvenuto in tedesco e che le normative SIA in materia di “lavori in sotterraneo” sono disponibili in gran parte solo in tedesco non le hanno comunque impedito finora di concludere un buon numero di contratti in italiano (cfr. doc. R allegato al ricorso). Giova infine ricordare che per la presente commessa esiste già nella documentazione del bando un modello del contratto in versione italiana.

4.5.5 Dai considerandi suesposti emerge che le censure sollevate dalla ricorrente in relazione alla violazione della parità di trattamento si rivelano fondate. Per questo la decisione impugnata è da annullare parzialmente al punto 4.5 solo per quanto attiene alla disposizione “La lingua contrattuale è il tedesco”. In questo punto il ricorso va quindi accolto.

4.5.6 La ricorrente chiede di modificare il punto 4.5 con la formulazione “La lingua contrattuale è l'italiano”. A questa conclusione, che mira ad escludere il tedesco in modo concreto, non può tuttavia essere dato seguito per gli stessi o gli analoghi motivi per i quali si voleva escludere l'italiano. Potrebbero infatti nascere delle notevoli incongruenze se si aggiudicasse l'appalto ad una ditta germanofona o romanda. Il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che conviene unicamente annullare la disposizione “La lingua contrattuale è il tedesco”. Sulla base dei considerandi precedenti risulterebbe fuori luogo, se si desse spazio ad una regolamentazione concreta della lingua contrattuale nel bando di concorso, così come

auspicato dalla ricorrente, tanto più che la conclusione stessa del contratto non sottostà più alla LAPub, ma dipende dalla sfera privata delle parti. Pur quanto possa apparire coerente attendersi anche per il contratto l'alternatività del tedesco e dell'italiano come previsto nella fase precedente l'aggiudicazione, si ritiene pertanto meglio indicato dare comunque la possibilità alla committente e al futuro aggiudicatario di mettersi d'accordo su un'altra lingua contrattuale. La disposizione “La lingua contrattuale è il tedesco” deve essere quindi cancellata senza sostituzione.

Ne discende che il ricorso non può essere accolto in questo punto.

4.5.7 In considerazione del risultato al quale si è giunti ci si può porre la domanda se la soppressione della disposizione “La lingua contrattuale è il tedesco” può avere degli effetti sul bando intero, nella misura in cui con il mutamento della situazione devono essere ordinati dei nuovi termini per l'inoltro delle offerte (giusta la cifra 3.9 del bando il termine per l'inoltro dell'offerta è il 19 settembre 2008). Il Tribunale amministrativo federale conclude che non sono ravvisabili motivi per la fissazione di nuovi termini per l'inoltro delle offerte, in quanto le ricorrenti non hanno chiesto il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso e in secondo luogo esse non hanno dimostrato in modo concreto se rispettivamente a partire da quando e sotto quali condizioni esse si vedrebbero costrette di dover rinunciare ad una candidatura, nel caso in cui nel bando dovesse valere la disposizione che il tedesco rimane la lingua contrattuale.

5.

Dai considerandi suesposti si evince che la ricorrente non riesce ad imporsi completamente con le sue conclusioni. Il ricorso va quindi accolto solo parzialmente. La decisione impugnata va annullata solo per quanto attiene alla disposizione prevista al punto 4.5 “La lingua contrattuale è il tedesco”. Per il resto il ricorso va respinto.

La committente è tenuta inoltre a pubblicare debitamente il risultato della presente decisione nel senso della modifica del bando che ne deriva.

6.

Visto quanto precede, alla ricorrente che soccombe solo parzialmente sono messe a carico spese processuali (tassa di decisione nelle tasse di cancelleria e negli sborsi) ridotte (art. 63 cpv. 1 frase 2 PA). Si

giustifica fissare le spese processuali a fr. 2'000.-. Esse verranno computate con l'anticipo spese dell'ammontare di fr. 5'000.-, versato in data 11 aprile 2008. Nessuna spesa processuale è messa a carico dell'autorità inferiore né delle autorità federali (art. 63 cpv. 2 PA).

L'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente una indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (art. 64 cpv. 1 PA e art. 7 del Regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale; TS-TAF RS 173.320.2). Il dispositivo indica l'ammontare dell'indennità e l'addossa all'ente o all'istituto autonomo, nel cui nome l'autorità inferiore ha deciso, in quanto non possa essere messa a carico di una controparte soccombente (art. 64 cpv. 2 PA). La parte ricorrente non ha inoltrato una nota delle spese, per cui il Tribunale fissa l'indennità sulla base degli atti in causa (art. 14 cpv. 2 TS-TAF). In considerazione che la parte ricorrente è vincente solo parzialmente, si giustifica fissare spese ripetibili ridotte per un importo di fr. 2'500.- (IVA compresa).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Il ricorso è parzialmente accolto. La decisione relativa al bando di concorso pubblicata in FUSC no. 46 del 6 marzo 2008 è annullata al punto 4.5 solo per quanto attiene alla disposizione: “La lingua contrattuale è il tedesco”. Tale disposizione è cancellata senza sostituzione.

2.
L'autorità aggiudicatrice si impegna di pubblicare nel FUSC il contenuto della cifra 1 del dispositivo della presente decisione entro 8 giorni a partire dalla notificazione della medesima, ma al più tardi entro il 31 luglio 2008.

3.
Alla parte ricorrente sono messe a carico spese processuali ridotte per un importo di fr. 2'000.- Esse vengono computate con l'anticipo spese versato di fr. 5'000.- La differenza di fr. 3'000.- è versata alla

parte ricorrente (fr. 500.- per ogni ricorrente) dalla cassa del Tribunale dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

4.
Alle ricorrenti è assegnata un'indennità a titolo di spese ripetibili per un importo di fr. 2'500.-, cioè fr. 500.- per ogni ricorrente, a carico dell'autorità aggiudicatrice.

5.
Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario)
- autorità aggiudicatrice (atto giudiziario)

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

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 della 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: 18 luglio 2008