



Corte II
B-579/2015

Sentenza del 19 marzo 2015

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Eva Schneeberger, Marc Steiner;
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X. _____,
c/o A. _____ SA,
composto da:
1. **A.** _____ **SA**,
2. **B.** _____ **GmbH**,
entrambe patrocinata dall'avv. Rocco Olgiati,
ricorrenti,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA,
Servizio giuridico e acquisti di terreno, 3003 Berna,
autorità aggiudicatrice.

Oggetto

Acquisti pubblici; decisione di aggiudicazione concernente il progetto "N2 Galleria Gentilino BSA, Lotto 8410, sostituzione comando traffico e comando della segnaletica esistente, fornitura e installazione di un nuovo sistema di rilevamento colonne mediante telecamere termiche", pubblicata in SIMAP dell'8 gennaio 2015 (N. della pubblicazione 850245; ID del progetto 116171).

Fatti:**A.**

Con pubblicazione su SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; n. della pubblicazione 832715) del 29 agosto 2014 l'Ufficio federale delle strade USTRA (di seguito: autorità aggiudicatrice; committente) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura aperta, per la delibera di una commessa edile, intitolata "N2 Galleria Gentilino BSA, Lotto 8410, sostituzione comando traffico e comando della segnaletica esistente, fornitura e installazione di un nuovo sistema di rilevamento colonne mediante telecamere termiche" (cifra 2.2 del bando di concorso). Secondo la descrizione dettagliata dei compiti riportata alla cifra 2.5 del bando di concorso, i lavori oggetto del presente contratto sono la fornitura, il montaggio e la messa in esercizio dell'impianto di comando traffico e dell'impianto di rilevamento colonne.

B.

Entro il termine di chiusura per presentare le offerte (24 ottobre 2014; cfr. cifra 1.4 del bando di concorso) all'autorità aggiudicatrice sono pervenute tra l'altro l'offerta delle ricorrenti e quella del Consorzio Y._____, c/o C.____ SA (di seguito: aggiudicatario).

C.

Con pubblicazione su SIMAP dell'8 gennaio 2015 l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa al Consorzio Y.____ per un importo di fr. 835'666.70 (esclusi IVA e sconti). Il giorno stesso, l'autorità aggiudicatrice ha comunicato per iscritto alle ricorrenti che la loro offerta era stata esclusa dalla valutazione per non aver rispettato il criterio di idoneità CI-3. A suo dire, la referenza relativa alla persona chiave non era relativa ad un impianto di comando traffico in galleria stradale come previsto al punto 3.8 del bando di concorso, bensì riferita ad una riduzione di velocità sulla tratta a cielo aperto. Allo stesso modo l'autorità aggiudicatrice ha informato le ricorrenti che la commessa era stata aggiudicata al consorzio aggiudicatario, indicando il prezzo dell'aggiudicazione e rimandando alla relativa pubblicazione elettronica in SIMAP per le indicazioni dei rimedi giuridici.

D.

Contro la decisione di aggiudicazione dell'8 gennaio 2015 le ricorrenti sono insorte con ricorso del 28 gennaio 2015, postulando, in via cautelare, di conferire l'effetto sospensivo al ricorso e, nel merito, di annullare la decisione impugnata in riferimento alla loro esclusione dalla gara, nonché di

rinvia gli atti al committente per nuova decisione, protestate tasse, spese e ripetibili.

In sintesi, le ricorrenti sostengono di essere state a torto escluse dalla gara, poiché la persona di riferimento indicata nel relativo oggetto di riferimento dispone, secondo loro, di tutti i requisiti richiesti e l'opera fornita come riferimento non si riferisce, contrariamente a quanto pretende il committente, ad un'opera a cielo aperto ma ad un lavoro in galleria.

E.

Con decisione incidentale del 29 gennaio 2015 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha, tra l'altro, conferito al ricorso, in via superprovisionale, 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 invitato le ricorrenti e l'autorità aggiudicatrice a pronunciarsi entro il 9 febbraio 2015 dapprima sulla questione relativa al raggiungimento del valore soglia, annunciando di rimandare in un secondo tempo la disposizione di eventuali ulteriori provvedimenti istruttori circa l'anticipo spese e lo scambio di scritti.

F.

Con presa di posizione del 9 febbraio 2015 le ricorrenti ritengono che il loro gravame sia ammissibile e chiedono che venga esaminato nel merito. Allo stesso modo chiedono di richiamare dall'autorità aggiudicatrice tutti gli atti del concorso relativo al progetto in oggetto.

In sintesi, le ricorrenti sono del parere che il bando di concorso in parola non abbia come oggetto un'opera edile, dimodoché tornerebbero applicabili i valori soglia per le forniture ed i servizi, i quali sarebbero ampiamente superati nel caso di specie, tenuto conto dell'importo dell'offerta del consorzio aggiudicatario. Le medesime concludono che la LAPub era perfettamente applicabile al bando di concorso e con ciò anche il ricorso risulta a loro dire ammissibile. Infine le ricorrenti sottolineano che un'errata denominazione del tipo di commessa non può nuocere ai concorrenti prima e alle ditte che intendono interporre ricorso poi. Ammettere il contrario significherebbe permettere alla stazione appaltante di qualificare un'opera come lavoro edile, con un valore soglia minimo più elevato, eludendo così i principi di trasparenza e parità di trattamento, nonché di economicità.

G.

Con risposta del 9 febbraio 2015 l'autorità aggiudicatrice propone di dichiarare inammissibile il presente gravame, protestate tasse e spese. Allo stesso modo, produce gli allegati 1-5, i quali, a suo dire, concernono unicamente la questione dell'ammissibilità del ricorso, acconsentendo già sin d'ora a trasmetterli alle ricorrenti.

L'autorità aggiudicatrice spiega che il lotto 8410 si inserisce nelle misure previste dal progetto "SN 02.80 Galleria Gentilino BSA –TUSI (Tunnelsicherheit)" inerenti alla Galleria di Gentilino ed è quindi parte integrante di tale progetto, il quale è stato suddiviso in diversi lotti o in diverse nature dei costi. La stessa autorità adduce che l'ammontare globale dei lavori di realizzazione dell'intero progetto si attesta a fr. 4'608'462.–, di cui fr. 751'360.– sono previsti per la parte relativa al lotto 8410 che, dal canto suo, riguarda la parte della segnaletica. Non essendo quindi raggiunto il valore soglia per le opere edili, l'autorità aggiudicatrice conclude che il progetto in narrativa non è sottoposto alla LAPub come del resto indicato nel bando di concorso e il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

H.

Con ordinanza dell'11 febbraio 2015 il Tribunale ha, tra le altre cose, dato facoltà alle ricorrenti ed all'autorità aggiudicatrice di inoltrare, entro il 26 febbraio 2015, osservazioni aggiuntive sul raggiungimento del valore soglia con particolare riferimento alle rispettive prese di posizione ed ai relativi allegati. Nel contempo è stata data all'aggiudicatario la possibilità di presentare, entro lo stesso termine, conclusioni formali ed annunciare i suoi diritti di parte.

I.

Con risposta del 25 febbraio 2015, anticipata con fax dello stesso giorno, il committente mantiene le proprie conclusioni. A titolo aggiuntivo, egli espone che nel caso della commessa in oggetto si tratta di un'opera edile nel suo insieme. A tale riguardo egli rimanda alla documentazione del bando (Disposizioni particolari BSA, pag. 31/52; Allegato 6), secondo cui l'appaltante riceve in consegna dall'appaltatore l'opera finita in cui gli elementi forniti sono stati integrati, concludendo che in casi del genere la commessa va considerata nel suo insieme di tipo edile. Del resto, tutti gli elementi elencati nel bando rientrerebbero nella categoria di cui al numero 546 della classificazione centrale dei prodotti delle Nazioni Unite (CPC), seconda versione, precisamente nella sottoclasse di lavori 54619 "Other electrical installation services".

J.

Con risposta del 26 febbraio 2015 le ricorrenti si riconfermano nelle loro conclusioni ed allegazioni, chiedendo che vengano richiamati dall'autorità aggiudicatrice tutti gli atti del concorso relativo al progetto "N2 Galleria Gentilino – BSA, Lotto 8410, N. 100007". Esse insistono sul fatto che la commessa in esame, trattandosi di lavori di segnaletica, non sia da considerare un'opera edile, ma una fornitura. Le ricorrenti rimproverano all'autorità aggiudicatrice di aver evidenziato soltanto nell'ambito delle sue prese di posizione che il concorso fosse parte di una commessa pubblica più ampia senza farne esplicita indicazione nel bando di concorso. A loro avviso, un simile comportamento viola l'art. 9 Cost, poiché i partecipanti ad una procedura di appalto pubblico possono pretendere che la stazione appaltante non modifichi le sue richieste nel corso della procedura.

K.

Entro il termine impartito con ordinanza dell'11 febbraio 2015 l'aggiudicatario non ha inoltrato alcuna presa di posizione.

L.

Con ordinanza del 3 marzo 2015 lo scrivente Tribunale ha, tra l'altro, comunicato alle parti di non prevedere di ordinare d'ufficio un ulteriore scambio di scritti riguardo al raggiungimento dei valori soglia ed all'applicabilità della LAPub, rimandando la disposizione di eventuali ulteriori provvedimenti istruttori circa l'effetto sospensivo al ricorso e la richiesta di esame degli atti ad un periodo successivo.

Diritto:**1.**

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

2.

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 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub; RS 172.056]). 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 dispongono altrimenti (art. 26 cpv. 1 e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

3.

La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT; RS 0.632.231.422; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). Dalla sistemica della LAPub (Sezione 5) e dell'OAPub (Capitolo 3) discende che un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale è unicamente ammissibile nella misura in cui è diretto contro una decisione resa conformemente alle procedure di aggiudicazione previste e disciplinate nella LAPub (art. 2 cpv. 3 quarta frase a contrario; art. 39 OAPub; DTAF 2008/61 consid. 3.1, DTAF 2008/48 consid. 2.1).

4.

La LAPub trova applicazione se il committente è soggetto alla legge (art. 2 LAPub), se il tipo di commessa rientra nelle definizioni di cui all'art. 5 LAPub, se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge i valori soglia descritti all'art. 6 cpv. 1 LAPub e se non vi sono eccezioni di cui all'art. 3 LAPub.

4.1 L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetto alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub).

4.2 Per commessa di forniture si intende il contratto tra il committente e un offerente riguardo l'acquisto di beni mobili, segnatamente mediante compra-vendita, leasing, locazione, affitto o nolo-vendita (art. 5 cpv. 1 lett. a LAPub).

Una commessa di servizi è descritta come il contratto tra il committente e un offerente riguardo la fornitura di prestazioni di servizio conformemente all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT (art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub).

Una commessa edile è costituita dal contratto tra il committente e un offerente riguardo l'esecuzione di lavori edilizi o del genio civile conformemente al numero 51 della classificazione centrale dei prodotti (elenco CPC) che figura nell'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT (art. 5 cpv. 1 lett. c LAPub). La cosiddetta "Central Product Classification" (CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991) consiste in un elenco dettagliato di

beni e servizi classificati tramite determinati numeri di referenza. La CPC esiste oggi in una seconda versione, anche se le relative disposizioni e allegati rinviano alla classificazione provvisoria ("prov. CPC"), la quale continua ad essere determinante per l'assoggettamento alla LAPub ed all'Accordo GATT (DTAF 2011/17 consid. 5). Un'opera edile è il risultato del complesso di lavori edilizi o del genio civile di cui al capoverso 1 lettera c (art. 5 cpv. 2 LAPub).

È immaginabile che un acquisto racchiuda nel contempo più di una delle singole categorie delle commesse previste all'art. 5 cpv. 1 lett. a-c LAPub. Per individuare di quale tipo di commessa si tratta, la dottrina ha sviluppato dei criteri di distinzione. Nel caso una commessa comprenda prestazioni edili e forniture, si parte dal presupposto che si tratti di una fornitura, se il committente acquista materiali di costruzione in forma mobile per il proprio uso, ad esempio per installarli lui stesso o per metterli a disposizione di terzi, mentre si tratterebbe di una prestazione edile se il materiale o parti dello stesso vengono utilizzati dal mandatario per la costruzione, il montaggio e l'installazione (cfr. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurigo-Basilea-Ginevra 2012, n. 939-941). Non sono assimilati alle prestazioni edili quei servizi che, pur trovandosi in relazione con l'edificazione, mutazione o distruzione di un'opera edile, non concernono però direttamente lavori di natura fisica, ma in primo luogo intellettuale, come lo possono essere prestazioni d'architettura o d'ingegneria. Nel dubbio è instaurata la regola generale secondo cui viene qualificato come opera edile tutto quello che si lascia sussumere piuttosto sotto una delle sottoclassi della classificazione centrale provvisoria dei prodotti (prov. CPC) "Division 51" che non sotto qualsiasi altra sottoclasse di detta classificazione (BEYELER, op. cit. 942).

4.3

4.3.1 La LAPub si applica unicamente se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge il seguente valore soglia, esclusa l'imposta sul valore aggiunto: (a.) 230 000 franchi per forniture; (b.) 230 000 franchi per servizi; (c.) 8,7 milioni di franchi per opere edili (art. 6 cpv. 1 LAPub in combinato disposto con l'art. 1 dell'ordinanza del 2 dicembre 2013 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR) sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2014 e 2015, RS 172.056.12).

Se il valore soglia non è raggiunto, la commessa non rientra nel campo di applicazione della LAPub e non è quindi data la competenza del Tribuna-

le amministrativo federale in qualità di istanza di ricorso giusta l'art. 27 LAPub (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6038/2011 del 20 dicembre 2011 consid. 2.2.2.1 con ulteriori riferimenti).

4.3.2 Una commessa non può essere suddivisa con l'intento di eludere l'applicazione della presente legge (art. 7 cpv. 1 LAPub; cosiddetto "Zerstückelungsverbot"). L'intenzione di eludere è data se una suddivisione non si lascia giustificare da motivi obiettivi, vale a dire se prestazioni parziali si trovano in uno stretto rapporto oggettivo e giuridico (art. 14a cpv. 2 OAPub).

4.3.3 Se, per la realizzazione di un'opera edile, il committente aggiudica diverse commesse edili, è determinante il loro valore complessivo (art. 7 cpv. 2 LAPub; cosiddetta "Bauwerkregel"). Tale principio ancorato espressamente nella LAPub è applicabile a tutte le commesse edili e significa che il committente, nell'ambito di un unico progetto di costruzione, è tenuto a sommare il valore di tutte le commesse edili in esso comprese e confrontare la somma totale con il rispettivo valore soglia (MARTIN BEYELER, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in: *Anwaltsrevue / Revue de l'avocat*, 2008, p. 264 segg., n. 19, 25). La somma di tutti i valori stimati di tutte le commesse edili che appartengono ad un'intera opera edile e non il valore stimato della singola commessa è determinante per stabilire il diritto applicabile concretamente ad ogni singola commessa, in particolare la corretta procedura di aggiudicazione, sulla base delle disposizioni sui valori soglia: se la somma dei valori stimati delle commesse edili che appartengono ad un'unica opera edile supera il valore soglia di 8,7 milioni di franchi, allora a tutte le commesse edili contenute nell'opera edile sono applicabili l'Accordo GATT e la LAPub, anche se il valore stimato di ogni singola commessa, da solo, si trova al di sotto dei valori soglia per commesse edili; se invece il valore complessivo delle singole commesse edili si trova al di sotto del valore soglia per commesse edili, l'aggiudicazione della commessa resta fuori dal campo di applicazione della LAPub e dell'Accordo GATT (cfr. BEYELER, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 948 seg.).

Per valutare se nell'oggetto di una commessa edile è individuabile un'opera edile singola isolata oppure una parte di un grande progetto edilizio il Tribunale amministrativo federale ritiene determinante la funzione economica o tecnica di un progetto nel suo complesso (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-3311/2009 del 16 luglio 2009 consid. 3.6.3, sentenza B-2778/2008 del 20 maggio 2009 consid. 2.4.1, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 309 segg.; BEYELER, *Geltung-*

sanspruch, op. cit., n. 948 segg.). Nell'ambito di progetti stradali o ferroviari, l'autore BEYELER ritiene che sussista un'unica opera edile solo laddove una tratta stradale o ferroviaria dà un'entità utilizzabile economicamente; singoli lotti nell'ambito della costruzione di una galleria non sono visti come un'unica opera edile, bensì come parti della medesima assieme a tutti gli altri lotti e alle ulteriori prestazioni edili, come pure alle vie di accesso ed allacciamento in relazione alla galleria in questione; questo perché un foro isolato nel mezzo di una montagna oppure un ponte senza le strade di collegamento non possono avere un'entità tecnica funzionale (BEYELER, Geltungsanspruch, op. cit. n., 953). Lo scrivente Tribunale ha per esempio qualificato la riparazione ed il rinnovamento di una galleria stradale come un'unica opera edile (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6837/2010 del 15 marzo 2011 consid. 1.4). In un altro caso, una commessa è stata ritenuta far parte di una singola fase relativa ad un progetto complessivo, ma comunque suscettibile di essere considerata separatamente (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6038/2011 del 20 dicembre 2011 consid. 2.2.2.5). Nella realizzazione di barriere antirumore in diverse tappe lungo una linea ferroviaria, il Tribunale ha riconosciuto singoli progetti edili separati e non un'unica opera edile (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-913/2013 del 28 marzo 2012 consid. 4.2.1).

La cosiddetta "Bauwerkregel" vale sempre e solo per quegli acquisti che sono da qualificare come un'opera edile ed esplica i suoi effetti soltanto laddove l'opera edile rilevante si trova, nel caso concreto, al di sopra dei valori soglia previsti dalla legge (BEYELER in BR 2012 S173 p. 266). Per tale regola non sono determinanti le commesse di forniture e servizi in relazione ad un'opera edile, le quali possono essere appaltate separatamente. In altre parole, i valori stimati di dette forniture e servizi non vengono, di principio, aggiunti alle commesse edili (art. 7 cpv. 2 LAPub). Vengono invece conteggiati con le prestazioni edili ai sensi della "Bauwerkregel" i valori stimati di quelle forniture e servizi inseriti in un unico acquisto in cui prevalgono le prestazioni edili e che nel suo complesso va qualificato come commessa edile. Se i criteri sviluppati per le commesse di tipo misto portano a qualificare un acquisto come commessa edile nel suo complesso nonostante l'aggiunta di servizi o forniture, allora un simile acquisto vale globalmente come commessa edile ai sensi della "Bauwerkregel" e se, singolarmente o eventualmente con altri acquisti, raggiunge il valore soglia minimo definito dalla LAPub, allora la LAPub è applicabile a tutte le commesse edili dell'opera edile complessiva (BEYELER, Geltungsanspruch, op. cit., n. 950).

4.3.4 Come il divieto di suddivisione di una commessa ("Zerstückelungsverbot"), anche la "Bauwerkregel" vale solo per la stima del valore determinante della commessa che dal canto suo è rilevante per il raggiungimento del valore soglia (BEYELER, in: *Anwaltsrevue* 2008, n. 25). Rientra nel potere d'apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice di suddividere i lavori in tante commesse a sua scelta oppure di raggruppare i lavori nel loro complesso, purché siano osservati l'art. 7 cpv. 1 LAPub ("Zerstückelungsverbot") e l'art. 7 cpv. 2 LAPub ("Bauwerkregel"; cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-913/2013 del 28 marzo 2012 consid. 4.2.4). Entrambi i principi trattano unicamente l'addizione aritmetica dei valori di commesse singole ai fini di determinare il valore soglia, non vogliono però impedire la ripartizione reale di prestazioni su diverse commesse (BEYELER, in *Anwaltsrevue* 2008, n. 27).

4.3.5 Anche se la LAPub risulta applicabile all'opera edile complessiva, il committente può volontariamente aggiudicare determinate commesse edili necessarie alla sua realizzazione al di fuori della LAPub, alle condizioni ed entro i limiti previsti dall'art. 14 OAPub, vale a dire se il valore di ogni singola commessa non raggiunge 2 milioni di franchi e il valore totale di tali commesse non eccede il 20 per cento del valore complessivo dell'opera edile (clausola bagatellare). Il committente deve manifestare esplicitamente la sua intenzione di far uso della clausola bagatellare (DTAF 2009/18 consid. 2.4.2, sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6038/2011 consid. 2.2.2.6).

4.3.6 Se una commessa comprende prestazioni di tipo misto invece di abbracciare una sola ed unica categoria (costruzioni, forniture, servizi), allora è determinante il valore soglia che si riferisce alla parte più importante e preponderante della commessa, evincibile per lo più in senso finanziario (cosiddetta "Schwergewichts-" anche chiamata "Präponderanztheorie"; cfr. MARTIN BEYELER, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 1128-1130; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a edizione, Zurigo 2013, n. 240 segg., HANS RUDOLF TRÜEB, *Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*, in: Oesch/Weber/Zäch [ed.], *Kommentar Wettbewerbsrecht*, Band II [OFK-Wettbewerbsrecht II], Zurigo 2011, Art. 7 n. 36). La Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP) ha considerato un contratto misto come commessa di forniture se il valore di queste ultime è superiore a quello delle costruzioni, mentre nel caso inverso si tratterebbe di una commessa edile (sentenza della CRAP del 29 giugno 1998 pubblicata in *Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione*, GAAC, 63.15 consid. 1b):

Secondo la cosiddetta "Präponderanztheorie", le forniture o i servizi possono eventualmente sfuggire al campo di applicazione della LAPub se sono affiancate ad una commessa edile e non prevalgono sulle prestazioni edili, ma a condizione che la commessa edile nel suo complesso non raggiunga il relativo valore soglia minimo, più elevato rispetto alle commesse per forniture e servizi. In tal senso, una commessa di servizi dal valore di fr. 600'000.– e che dovrebbe essere aggiudicata secondo la LAPub, verrebbe sottratta al campo di applicazione di quest'ultima se venisse aggiudicata in unione con una commessa edile il cui valore si trova al di sotto del valore soglia minimo per prestazioni edili (BEYELER, Geltungsanspruch, op. cit., n. 1129).

4.4

4.4.1 L'autorità aggiudicatrice spiega che il lotto 8410 consiste nella sostituzione del comando traffico e posa di un nuovo sistema di rilevamento colonne mediante telecamere termiche e che è inserito nelle misure previste dal progetto "SN 02.80 Galleria Gentilino BSA – TUSI (Tunnelsicherheit)" inerenti la galleria di Gentilino, il quale, a sua volta, è stato suddiviso in diversi lotti, rispettivamente in diverse nature dei costi. Il lotto 8410 corrisponderebbe alla natura dei costi relativi alla posizione "3.5730 Segnaletica". La medesima autorità indica che l'ammontare globale dei lavori di realizzazione previsti per l'intero progetto equivale a fr. 4'608'682.–, di cui fr. 751'360.– spettano ai lavori di segnaletica che fanno oggetto del lotto 8410, concludendo che non sarebbe quindi raggiunto il valore soglia per le opere edili.

Nel complemento alle loro osservazioni l'autorità aggiudicatrice sostiene che la commessa in esame deve essere considerata nel suo insieme di tipo edile in quanto l'appaltatore, oltre a fornire le apparecchiature, le deve integrare in un'opera edile. Inoltre, i lavori di installazione rientrerebbero in una delle categorie di lavori edilizi della CPC, seconda versione, alla voce 54619 "Other electrical installation services".

4.4.2 Le ricorrenti reputano che l'oggetto della commessa non rientra nella nozione di commessa edile bensì rappresenta, a loro avviso, una fornitura o un servizio per i quali sarebbero superati i corrispondenti valori soglia minimi (fr. 230'000.–). Da ciò deducono che sia data l'applicazione della LAPub alla presente fattispecie, non condividendo la tesi del committente che il concorso pubblico relativo al Lotto 8410 sia attinente e da considerare nel contesto di un'opera più ampia.

4.4.3 Il bando di concorso definisce l'oggetto da appaltare espressamente quale commessa edile (punto 1.8 del bando di concorso). Il titolo dell'avviso di gara è "N2 Galleria Gentilino BSA, Lotto 8410, sostituzione comando traffico e comando della segnaletica esistente, fornitura e installazione di un nuovo sistema di rilevamento colonne mediante telecamere termiche" (punto 2.2). Secondo il punto 2.5 del bando di concorso

"i lavori oggetto del presente contratto sono la fornitura, il montaggio e la messa in esercizio dell'impianto di comando traffico e dell'impianto di rilevamento colonne. I principali elementi del presente contratto sono:

- 1) Sistema di comando dell'impianto traffico composto da
 - no. 1 armadio con calcolatore di testa CT (in centrale)
 - no. 4 armadi con calcolatori subordinati CS (nelle centrali)
 - no. 10 armadietti con calcolatori subordinati CS remoti (nelle zone esterne)
 - no. 1 cartello a messaggio variabile a prisma
- 2) Sistema di rilevamento colonne, composto da
 - no. 1 armadio sistema di rilevamento automatico traffico hardware e software
 - no. 6 armadietti di terreno montati su palo (2x) o montante del portale della segnaletica (4x)
 - no. 6 telecamere termiche per rilevamento colonne montate su palo (2x) o portale della segnaletica (4x).".

Al punto 2.3 del bando corrispondente alla voce "No. di riferimento / No. del progetto" è indicato il numero 100007. A tale numero di riferimento sono collegate le seguenti commesse pubblicate in SIMAP:

- la commessa relativa a servizi di costruzione intitolata "N2 Galleria Gentilino - BSA - Misure di sicurezza (TUSI)" concernente il concorso per mandatario per la progettazione e la direzione dei lavori per le misure di sicurezza (Tunnelsicherheit) della galleria di Gentilino e per la progettazione e la direzione dei lavori per le correlate misure del genio civile (bando di concorso pubblicato in SIMAP del 30 novembre 2012; aggiudicazione pubblicata in SIMAP del 15 aprile 2013, prezzo aggiudicato CHF 576'072.00); il bando di concorso e l'aggiudicazione indicano che la commessa è conforme al GATT/OMC e sono muniti dell'indicazione del rimedio giuridico;
- la commessa edile intitolata "N2 Galleria Gentilino BSA, Lotto 8310, fornitura e installazione impianto di ventilazione, acceleratori e comando" concernente la fornitura, il montaggio e la messa in esercizio di acceleratori per la ventilazione del vano di circolazione e degli impianti di comando nelle centrali (bando di concorso pubblicato in SIMAP del 13 giugno 2014; aggiudicazione pubblicata in SIMAP del 18 settembre 2014, prezzo aggiudicato CHF 676'003.50); il bando di concorso e l'aggiudicazione indicano che la commessa non è con-

forme al GATT/OMC e non sono muniti dell'indicazione del rimedio giuridico;

- la commessa edile intitolata "N2 – Galleria di Gentilino TUSI, Lotto 8130, Installazioni elettriche nelle centrali e nel vano del traffico, messa a terra" concernente la realizzazione e l'installazione di impianti elettrici di distribuzione e di messa a terra ad integrazione di quelli già esistenti nelle centrali e nel vano del traffico della galleria (bando di concorso pubblicato in SIMAP del 27 giugno 2014; aggiudicazione pubblicata in SIMAP del 14 ottobre 2014, prezzo aggiudicato CHF 277'170'.24); il bando di concorso e l'aggiudicazione indicano che la commessa non è conforme al GATT/OMC e non sono muniti dell'indicazione del rimedio giuridico;
- la commessa edile intitolata "N2 Galleria Gentilino BSA, Lotto 8510, rilevamento incendio in galleria mediante cavo lineare e sensori di rilevamento" concernente la fornitura, il montaggio e la messa in esercizio dell'impianto di rilevamento incendio e dell'impianto di comando nelle centrali (bando di concorso pubblicato in SIMAP del 22 agosto 2014, aggiudicazione pubblicata in SIMAP dell'8 gennaio 2015, prezzo aggiudicato CHF 334'463.05); il bando di concorso e l'aggiudicazione indicano che la commessa non è conforme al GATT/OMC e non sono muniti dell'indicazione del rimedio giuridico;
- la commessa edile oggetto del presente procedimento e concernente il lotto 8410; anche in questo caso il bando di concorso e l'aggiudicazione indicano che la commessa non è conforme al GATT/OMC e non sono muniti dell'indicazione del rimedio giuridico.

4.4.4 Sulla scorta delle pubblicazioni indicate sopra è possibile ritenere che la commessa in parola sia collegata con il progetto "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)" e ne faccia quindi parte integrante. Allo stesso modo è evincibile che la somma delle commesse edili pubblicate ed integrate nell'intero progetto oltrepassa il valore dei servizi di costruzione, dimodoché a prima vista si può ammettere il sussistere di una commessa edile, come del resto lascia intendere il committente. Già con l'indicazione esplicita del numero di riferimento 100007 nel bando di concorso avrebbe dovuto apparire chiaro ai partecipanti alla gara pubblica che la presente commessa fosse integrata e facesse parte di un gruppo di commesse sfociante nell'opera globale denominata "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)". Per questo motivo, il rimprovero delle ricorrenti secondo cui l'autorità aggiudicatrice non avrebbe segnalato esplicitamente nel bando di concorso che la commessa fosse parte di un'opera più ampia non può trovare accoglimento. In applicazione della "Bauwerkregel" si può quindi ammettere che i valori stimati delle singole commesse edili in relazione all'opera intera "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)", sono da sommare complessivamente e la

somma totale va confrontata con il valore soglia per le commesse edili (cfr. consid. 4.3.3).

I costi di investimento stimati relativi al lotto 8410, corrispondenti alla voce "Segnaletica" nella tabella dei costi di investimento (allegato 3 alla presa di posizione del 9 febbraio 2015) ammontano a fr. 751'360.–, mentre i costi finali previsti per l'intero progetto sono stati totalizzati a fr. 4'563'241.– (allegato 4 alla presa di posizione del 9 febbraio 2015; l'importo indicato dal committente nella presa di posizione menzionata equivalente a fr. 4'608'682.– non è evincibile dagli allegati). Le ricorrenti non commentano in nessun modo gli importi indicati negli allegati 3 e 4. Conformemente al citato allegato 3, i costi di investimento complessivi sono composti da 8 capitoli: Energia (D-1, Cap. 7.1), Illuminazione (D-2, Cap. 7.1), Ventilazione (D3-Cap. 7.1), Segnaletica (D-4, Cap. 7.1), Impianto di sorveglianza (D-5, Cap. 7.1), Comunicazione e sistema di gestione (D-6, Cap. 7.1), Impianto di cablaggio (D-7, Cap. 7.1) e Impianti annessi (D-8, Cap. 7.1).

Dai dati suesposti e sulla scorta di un esame secondo la "Bauwerkregel" si può desumere che la commessa in oggetto, sia che venga presa singolarmente o in globo con tutte le opere facenti parte dell'intero progetto "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)", non raggiungerebbe comunque il valore soglia per le commesse edili e perciò la LAPub non potrebbe essere applicata al caso di specie. Come già accennato, la "Bauwerkregel" ha senso solo se la somma dei valori stimati delle singole commesse comprese in un'opera edile nel suo complesso supera il valore soglia, mentre nel caso contrario è lasciato all'apprezzamento del committente se raggruppare le commesse singole in un'unica opera edile oppure se suddividerle (cfr. consid. 4.3.4).

La circostanza che l'autorità aggiudicatrice veda la commessa in parola nel contesto del progetto globale "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)" non può quindi prestare il fianco a critiche, tanto più che le ricorrenti non criticano affatto la qualificazione adottata dal committente, secondo cui l'intero progetto "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)" è reputato come un'opera edile nel suo complesso. Considerato che la commessa edile nel suo complesso non raggiunge il valore soglia corrispondente, la commessa singola in oggetto non potrebbe essere aggiudicata secondo la LAPub anche nell'ipotesi che porti su forniture o servizi. Benché in tale evenienza il valore stimato della stessa (fr. 751'360.–) superi il valore soglia per le forniture e i servizi, la commessa singola segue lo scopo e la sorte dell'acquisto globale e può essere sottratta al

campo di applicazione della LAPub, poiché il valore stimato dell'opera completa si trova al di sotto del valore soglia previsto per prestazioni edili (cfr. consid. 4.3.3).

4.4.5 La situazione rimarrebbe immutata anche nell'evenienza che la commessa in oggetto possa essere considerata singolarmente e quindi tolta dal contesto di un'opera edile globale.

Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, l'acquisto in esame non configura una commessa di forniture o di servizi, bensì una commessa edile. A titolo introduttivo va rimarcato che sono poche le prestazioni riguardo all'esecuzione di lavori edilizi o del genio civile che non rientrano al numero 51 della classificazione centrale dei prodotti (CPC), la quale è a sua volta determinante per l'assoggettamento alla LAPub e all'Accordo GATT; anzi, nella cosiddetta "Division 51" ricadono anche lavori che di per sé non sarebbero da qualificare come prestazioni edili ma che nell'ottica degli acquisti pubblici valgono come tali in virtù della classificazione summenzionata, ad esempio il risanamento, la fabbricazione e l'installazione di impianti elettrici o elettromeccanici (cfr. BEYELER, in BR 2011 235 segg., in particolare pag. 238). Lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di qualificare i lavori relativi alla fornitura, montaggio e messa in esercizio del sistema di comando degli impianti di ventilazione nel quadro del progetto inerente alla galleria stradale Belchen ("N02, 070037, Tunnel Belchen (BTB) TP4, 1 Fahrraumlüftung BSA / Lüftungssteuerung + MCC") quali prestazioni edili. Esso ha sussunto tali lavori alla "Division 51: Construction Work" della lista CPC, in particolare alla cifra 51320 della lista provvisoria CPC relativa a "construction work for civil engineering (...) for tunnels" e alla cifra 516 corrispondente alla voce "Installation work", in particolare le sottoposizioni 51610 "heating, ventilation and air conditioning work" e 5164 "electrical work" (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6837/2010 del 15 marzo 2011 consid. 1.8).

Nel caso di specie, i lavori oggetto del presente contratto sono la fornitura, il montaggio e la messa in esercizio dell'impianto di comando traffico e dell'impianto di rilevamento colonne. A titolo generale, i lavori da appaltare, in conformità alla loro descrizione nel bando di concorso (punto 2.5 citato per esteso al consid. 4.4.3), possono essere intesi nel senso che l'aggiudicatario della commessa fornisce del materiale che poi lui stesso utilizza per la costruzione, l'installazione e il montaggio. Un simile modo di vedere trova del resto conferma anche nelle "Disposizioni particolari in materia di equipaggiamenti di esercizio e sicurezza (BSA)" in relazione al progetto "N2 Galleria Gentilino – BSA – Misure di sicurezza (TUSI)" e al

sottoprogetto Lotto 8410, in cui la fornitura delle componenti e il loro montaggio ed installazione sono espressamente richiesti dall'appaltatore nelle fasi di costruzione (cfr. allegato 6 alla risposta del committente del 25 febbraio 2015). Con particolare riferimento alla lista provvisoria CPC e in riallacciamento alla prassi iniziata nel procedimento B-6837/2010 poc'anzi menzionato, i lavori di installazione per mezzi di controllo del traffico sono suscettibili di ricadere nella cifra 516 ("Installation work"), alle sottoposizioni 5164 ("Electrical Work") e 5169 ("Other Installation work"). Parimenti rilevanti possono apparire anche la cifra 513 ("Construction work for civil engineering), nonché le relative sottoposizioni 51320 ("For bridges, elevated highways, tunnels and subways") e 51390 ("For engineering works n. e. c.", vale a dire lavori di ingegneria civile altrimenti non classificati). Di conseguenza, si può ragionevolmente partire dal presupposto che nel caso del Lotto 8410 si tratti piuttosto di un'opera edile. La denominazione così adottata dal committente nel bando di concorso e nella decisione di aggiudicazione non dà adito ad alcuna critica. In considerazione del valore stimato della medesima (fr. 751'360.-), non è raggiunto il valore soglia per le prestazioni edili e la commessa non entra nel campo di applicazione della LAPub.

4.5 In sunto emerge che il valore stimato per opere edili non supera il valore soglia legale corrispondente a 8,7 milioni di franchi, indipendentemente dalla circostanza che la commessa in esame sia considerata singolarmente (fr. 751'360.-) o facente parte dell'intera opera "N02 Galleria di Gentilino Tunnelsicherheit (TUSI)" (fr. 4'4'563'241.-). L'autorità aggiudicatrice ha debitamente tenuto conto di tale aspetto nella misura in cui non ha munito né il bando di concorso né la decisione di aggiudicazione con la relativa indicazione del rimedio giuridico. Parimenti corretta è la denominazione della presente commessa quale commessa edile conformemente alle indicazioni nel bando di concorso e nella decisione di aggiudicazione. Per quanto le ricorrenti chiedano che la presente commessa sia da assoggettare alla LAPub e reputino lo scrivente Tribunale competente a dirimere la vertenza, il ricorso risulta inammissibile, sia che sia diretto contro il bando di concorso che contro la decisione di delibera. Non occorre quindi entrare nel merito delle censure ricorsuali circa l'estromissione delle ricorrenti dalla gara per il mancato adempimento dei criteri di idoneità. Non essendo data l'ammissibilità del ricorso già per il mancato raggiungimento dei valori soglia per le opere edili di cui all'art. 5 LAPub, lo scrivente Tribunale può rinunciare a chinarsi sulla questione a sapere se sono dati gli ulteriori presupposti per entrare nel merito del ricorso.

5.

Visto l'esito della procedura sfociante nell'inammissibilità del ricorso, le ricorrenti risultano soccombenti e 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, è giustificato fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 2'000.–. Tale importo è computato con l'anticipo spese di fr. 3'500.– già versato il 25 febbraio 2015. L'avanzo di fr. 1'500.– è rimborsato alle ricorrenti dalla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Vista la soccombenza delle ricorrenti, le medesime non hanno diritto alle ripetibili per le spese necessarie derivanti dalla causa (art. 64 cpv. 1 PA in combinato disposto con l'art. 7 cpv. 1 e 2 TS-TAF). Allo stesso modo, le aggiudicatarie, non essendosi costituite come parti, non possono beneficiare del diritto alle ripetibili.

L'autorità aggiudicatrice, in qualità di autorità federale e quale parte vincente non ha diritto, per legge, 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).

6.

La presente sentenza rende priva d'oggetto la domanda delle ricorrenti volta al conferimento dell'effetto sospensivo. Il relativo provvedimento superprovvisorio indetto con decisione incidentale del 29 gennaio 2015 viene perciò annullato.

La presente sentenza di inammissibilità ha potuto essere presa sulla base dell'atto di ricorso e del doppio scambio di scritti tra le ricorrenti e l'autorità aggiudicatrice limitato alla questione del raggiungimento del valore soglia e alla qualificazione del tipo di commessa. Gli allegati inoltrati dal committente sono stati portati a conoscenza delle ricorrenti. Nella misura in cui la richiesta delle ricorrenti di richiamare dal committente tutti gli atti

del concorso relativo al progetto "N2 Galleria Gentilino BSA – Lotto 8410 N. 100007" non sia divenuta priva d'oggetto con la compulsazione degli allegati che sono loro stati trasmessi fino ad ora, essa va respinta sulla scorta dell'evasione del procedimento con una decisione di inammissibilità. L'esame dell'ulteriore documentazione non può essere ritenuto rilevante per l'esito del procedimento.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è inammissibile.

2.

La tassa di giustizia di fr. 2'000.– è posta a carico delle ricorrenti, le quali rispondono solidalmente per l'intero importo. Essa è computata con l'anticipo spese di fr. 3'500.–. L'avanzo di fr. 1'500.– è rimborsato alle ricorrenti dalla Cassa del Tribunale. L'importo sarà rimborsato entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente decisione.

3.

Non sono assegnate indennità a titolo di spese ripetibili.

4.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario; allegato: formulario indirizzo pagamento);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. SIMAP ID del progetto 100007; atto giudiziario);
- aggiudicatario (Consorzio Y._____, c/o C._____ SA, posta A; per conoscenza).

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 un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005, LTF, RS 173.110), 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. Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 24 marzo 2015