



Corte II
B-6038/2011

Sentenza del 20 dicembre 2011

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Claude Morvant, Maria Amgwerd,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____ AG,
patrocinata dall'avv. Sinikka Mariotti,
Studio Legale e Notarile Mariotti & Mariotti,
Via Marcacci/Via Bacilieri 6,
casella Postale 642, 6601 Locarno,
ricorrente,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA Filiale di Bellinzona,
Settore supporto, via C. Pellandini 2, 6500 Bellinzona,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi,
Studio legale avv. Luigi Mattei, via Dogana 2,
casella postale 2747, 6500 Bellinzona,
autorità aggiudicatrice.

Oggetto

progetto 070077 "N2 EP 19 Melide-Gentilino,
Misure transitorie Galleria Melide-Grancia,
Lotto 31, Rimozione pipe di aerazione".

Fatti:**A.**

In data 14 aprile 2011 l'Ufficio federale delle strade USTRA (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha invitato sette imprese a presentare entro il 10 maggio 2011 un'offerta nell'ambito del progetto denominato "N2 EP 19 Melide-Gentilino, Misure transitorie Galleria Melide-Grancia, Lotto 31, Rimozione pipe di aerazione". Dopo l'apertura delle offerte avvenuta il 16 maggio 2011 e comunicata agli offerenti in data 19 maggio 2011, l'autorità aggiudicatrice ha invitato gli offerenti con scritto del 28 giugno 2011 a fornire determinati chiarimenti e/o documentazione, invitando ciascuno separatamente alla discussione d'offerta.

Con decisione del 12 settembre 2011 il committente ha aggiudicato la commessa in questione alla ditta Y._____ AG di (luogo).

Con scritto del 27 settembre 2011 il committente ha comunicato ai partecipanti alla gara, tra cui la X._____ AG, (di seguito: ricorrente), che la commessa è stata aggiudicata alla ditta Y._____ AG, (luogo) al prezzo di CHF 1'270'497.40 (IVA inclusa).

Con scritto dell'11 ottobre 2011 il committente ha annullato e sostituito lo scritto del 27 settembre 2011, nella misura in cui l'aggiudicazione è stata assegnata alla ditta Y._____, (luogo).

B.

Contro la comunicazione dell'aggiudicazione dell'11 ottobre 2011 la ricorrente ha interposto in data 2 novembre 2011 (data d'entrata 4 novembre 2011) ricorso presso lo scrivente Tribunale. Preliminarmente la ricorrente chiede che al ricorso venga concesso l'effetto sospensivo. Nel merito ella chiede l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione dell'11 ottobre 2011 e del bando di concorso e lo stralcio della ditta aggiudicataria dalla lista degli offerenti. Protestate spese, tasse e ripetibili.

La ricorrente sottolinea in primo luogo come al caso di specie sia applicabile la legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (RS 172.056.1; LAPub), malgrado sia consapevole che con il lotto in disamina non è naturalmente raggiunto il valore soglia di cui all'art. 6

LAPub. La medesima ritiene tuttavia che il presente lotto può essere collocato nel progetto relativo alla galleria autostradale Melide-Grancia e a sua volta all'interno del progetto globale "N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino", per cui farebbe stato un valore complessivo pari a circa 260 milioni di franchi, conformemente alle informazioni riportate sul sito web del committente.

In secondo luogo la ricorrente critica il prezzo dell'offerta aggiudicataria come fuori mercato e solo riconducibile ad un dumping salariale, nonché la circostanza che il committente non ha, secondo lei, approfondito la questione della solvibilità dell'aggiudicataria.

Infine la ricorrente motiva la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo con l'argomento che il committente rischia un danno irreversibile sia economico per l'idoneità finanziaria ed economica dell'aggiudicatario, sia d'immagine in quanto, a suo dire, protegge e favorisce il dumping salariale.

C.

Con ordinanza del 4 novembre 2011 lo scrivente Tribunale ha tra l'altro vietato all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicataria.

D.

A seguito della richiesta del committente dell'8 novembre 2011, con ordinanza del 9 novembre 2011 lo scrivente Tribunale ha modificato l'ordinanza del 4 novembre 2011, invitando il committente e l'aggiudicataria ad inoltrare una presa di posizione dettagliata limitata alle allegazioni ricorsuali alla voce "in ordine" e alle cifre 1 e 6, comunicando che eventuali ritardi nello svolgimento della procedura derivanti dalla modifica sono da sopportare dal committente.

E.

In data 10 novembre 2011 il patrocinatore del committente ha inoltrato copia della procura di rappresentanza.

F.

Con risposta del 14 novembre 2011 il committente propone, in via preliminare e principale, di negare alla ricorrente la facoltà di replicare, di dichiarare il ricorso inammissibile e priva d'oggetto la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, in via cautelare e subordinata, di

negare alla ricorrente la facoltà di replicare e di respingere la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, e, in via eventuale e nel merito, di negare alla ricorrente la facoltà di replicare e di respingere il ricorso. Protestate tasse, spese e ripetibili.

Il committente contesta dapprima la legittimazione attiva della ricorrente, osservando come l'offerta di quest'ultima si sia classificata al terzo posto e concludendo che anche in caso di accoglimento del ricorso la medesima non avrebbe alcuna possibilità di ottenere l'aggiudicazione della commessa.

Il committente fa inoltre valere che la LAPub non è applicabile al caso in esame, avendo egli stesso scelto di ricorrere alla procedura mediante invito giusta l'art. 35 cpv. 3 lett. h dell'ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 (OAPub; RS 172.056.11) e precisando che è il valore preventivamente stimato della commessa in disamina che deve fare stato (CHF 1'000'333.50, IVA esclusa) e non quello risultante dalla decisione di aggiudicazione. Il committente sostiene che il presente mandato è collocato all'interno della fase C (progetto riferito alla galleria autostradale Melide-Grancia) dell'intero progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino (comprendente 3 fasi ben distinte) e che per detta fase C è stato fissato un preventivo di spesa di CHF 66'295'908.-, IVA esclusa. Il committente indica che fino ad oggi ha deliberato commesse edili ricorrendo alla procedura per incarico diretto oppure a quella mediante invito per un importo complessivo di CHF 6'662'882.36, IVA esclusa, quindi ben al di sotto del 20 % previsto dall'art. 14 OAPub. A titolo abbondanziale l'autorità aggiudicatrice conclude che, anche partendo dal totale dell'investimento previsto per le tre fasi pari a CHF 140'821'912.-, le commesse deliberate senza seguire la procedura libera si situerebbero comunque al di sotto del 20 % fissato nell'OAPub.

Qualora il Tribunale dovesse chinarsi sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, il committente ritiene che da un esame prima facie della situazione giuridica materiale emerge chiaramente che le argomentazioni sollevate dalla ricorrente sono manifestamente infondate.

G.

Con scritto redatto in tedesco del 14 novembre 2011 l'aggiudicataria, patrocinata dall'avv. Dr. iur. Markus Bachmann, dichiara di non volersi costituire come parte nel presente procedimento, almeno fintanto che non sarà chiamata ad esprimersi sulle censure secondo cui la sua offerta

risulterebbe da un dumping salariale e la medesima non sarebbe in grado economicamente di eseguire il mandato.

H.

Su richiesta formulata con decisione incidentale del 16 novembre 2011 il committente ha inoltrato, in data 21 novembre 2011, gli atti preliminari corredati da un elenco numerato.

I.

Con scritto del 22 novembre 2011 la ricorrente produce l'originale della decisione impugnata e ulteriori allegati.

J.

Con ordinanza del 25 novembre 2011 lo scrivente Tribunale annuncia che un ulteriore scambio di scritti non è previsto al momento attuale e che più tardi seguirà il rilascio di eventuali ulteriori ordinanze d'istruzione, o della decisione incidentale sull'effetto sospensivo o di una decisione che pone fine al presente procedimento.

K.

Con lettera del 1° dicembre 2011 lo scrivente Tribunale risponde alla richiesta del committente del 29 novembre 2011 concernente un ragguglio sui tempi di evasione della procedura di ricorso.

L.

Su richiesta dello scrivente Tribunale formulata con ordinanza del 13 dicembre 2011, il committente inoltra in data 14 dicembre 2011 la corrispondenza intercorsa in data 14 aprile 2011 tra l'autorità aggiudicatrice e le sette imprese invitate a presentare l'offerta. Lo scritto del 14 dicembre 2011 e la corrispondenza del 14 aprile 2011 indirizzata alla ricorrente sono stati portati a conoscenza di quest'ultima con ordinanza del 15 dicembre 2011.

M.

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

Diritto:

1.

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere di cognizione la questione a sapere se sono adempiuti i presupposti processuali e se si deve entrare nel merito del ricorso (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii; DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

1.1. Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione é ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in combinato disposto con l'art. 27 cpv. 1 LAPub). I requisiti relativi ai termini, alla forma e al contenuto del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA). I rispettivi rappresentanti legali hanno giustificato i loro poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

1.2. La legittimazione a ricorrere di offerenti esclusi dall'aggiudicazione risulta in principio dall'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13, consid. 1.4). Secondo l'avviso del committente alla ricorrente manca la legittimazione attiva, in quanto la medesima si è classificata con la sua offerta al terzo posto della graduatoria, cosicché anche in caso di accoglimento del ricorso non avrebbe alcuna possibilità di ottenere l'aggiudicazione della commessa. Con un simile argomento il committente misconosce tuttavia che, di principio e secondo prassi e dottrina dominanti, un offerente non considerato e destinatario diretto di una decisione d'esclusione da una gara pubblica sottoposta alla LAPub è legittimato a ricorrere contro di essa, indipendentemente dalla probabilità concreta che gli venga assegnato l'appalto (cfr. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2a edizione, Zurigo 2007, N. 854 con ulteriori rinvii). Come però dimostrano i considerandi che seguono, la questione della legittimazione a ricorrere può in casu essere lasciata aperta, in quanto il ricorso risulta inammissibile, rispettivamente va respinto per altri motivi.

1.3. Occorre specificare che, nel caso che ci riguarda, il committente si è avvalso della procedura mediante invito per assegnare la commessa in esamina (cfr. sulla procedura mediante invito consid. 1.4.1), scegliendo quindi un tipo di procedura non assoggettata alla LAPub, con la conseguenza che le decisioni rese nel quadro di simili procedure non possono essere impugnate dinanzi allo scrivente Tribunale (cfr. art. 39 OAPub).

A tale riguardo questo Tribunale ha già avuto modo di riconoscere che la questione a sapere se un committente, nel caso concreto, ha rinunciato a

giusto titolo ad una procedura di aggiudicazione assoggettata alla LAPub non può sfuggire ad un controllo giudiziario, altrimenti il potere aggiudicatore avrebbe la facoltà di aggirare un simile controllo con il solo argomento che la LAPub non è applicabile, svuotando del suo senso la protezione giuridica in materia di acquisti pubblici (cfr. decisione incidentale del TAF B-3311/2009 del 20 luglio 2009, consid. 1.1; sentenza del TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010, consid. 1.2). Ciò sarebbe in palese contrasto con lo scopo della LAPub e delle regolamentazioni previste da accordi internazionali (cfr. l'art. XX cifra 2 dell'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. anche DTAF 2008/61, consid. 1.1).

Per questi motivi lo scrivente Tribunale è competente a statuire sulla presente vertenza almeno nella misura in cui la ricorrente fa valere che la commessa in disamina raggiunge il valore soglia per le opere edili sulla base degli artt. 6 e 7 LAPub.

2.

Visto quanto precede va di seguito esaminato se l'autorità aggiudicatrice si è a giusto titolo avvalsa della procedura mediante invito per l'assegnazione della presente commessa ed era autorizzata a scostarsi dal campo di applicazione della LAPub. In caso affermativo, non si dovrà ulteriormente entrare nel merito del ricorso.

2.1. Per procedura mediante invito si intende quel tipo di procedura di acquisti pubblici in cui il committente invita gli offerenti ad inoltrare un'offerta direttamente e senza bando di concorso (cfr. sul tema anche per le allegazioni seguenti: RICHARD CALAME, *Le développement des procédures sur invitation*, in: *Baurecht Sonderheft* 2006, p. 52 segg.; DOMINIK KUONEN, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, Berna 2005, p. 35 segg.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op cit., N. 148 segg., 821). La procedura mediante invito non è prevista nell'Accordo GATT, il quale conosce la procedura aperta o selettiva e, a titolo eccezionale, la procedura mediante trattativa privata (CALAME, op. cit., p. 52). In materia di acquisti pubblici federali, la procedura mediante invito non è menzionata, né disciplinata nella LAPub, bensì unicamente nell'OAPub al Capitolo 3 intitolato "Altri acquisti". Il concetto di "Altri acquisti" lascia sottintendere che questo genere di commesse non rientra nella LAPub, sia perché il committente non è assoggettato alla LAPub, sia perché non è raggiunto il valore soglia della commessa corrispondente, oppure perché vi è un altro motivo ai sensi dell'art. 32 lett.

b OAPub (KUONEN, op. cit., p. 35 seg.). L'art. 35 cpv. 3 OAPub elenca le commesse che possono essere aggiudicate con la procedura mediante invito. Esse possono essere suddivise in tre gruppi (KUONEN, op. cit., p. 36 seg): le commesse che non raggiungono i valori soglia previsti per la procedura aperta e selettiva, le commesse edili in applicazione della clausola bagatellare (art. 7 cpv. 2 LAPub, art. 14 OAPub) e l'acquisto di armi, munizioni o materiale bellico nonché la costruzione di infrastrutture belliche e di comando nell'ambito della difesa integrata e dell'esercito (art. 3 cpv. 1 lett. e LAPub). La procedura mediante invito è anche ammissibile ovunque sia possibile la procedura a trattativa privata. Quest'ultima vale per quelle commesse il cui valore è situato al di sotto dei valori soglia fissati per la procedura mediante invito (art. 36 cpv. 2 lett. b e c OAPub), nonché per quelle commesse che rientrano nel catalogo esaustivo dei casi eccezionali menzionati all'art. 13 cpv. 1 OAPub (KUONEN, op. cit., p. 37 seg.).

Nel caso di specie il committente fonda la scelta e lo svolgimento della procedura mediante invito per l'assegnazione della commessa sull'art. 35 cpv. 3 OAPub in combinato disposto con l'art. 14 OAPub. Gli offerenti coinvolti dal committente sono a loro volta stati informati con scritto del committente del 14 aprile 2011 che per la presente commessa valeva la procedura mediante invito.

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

2.2.1. L'USTRA è parte dell'Amministrazione generale della Confederazione ed è soggetta alla LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub). La commessa in esame concerne un concorso inerente alla rimozione delle pipe di aerazione ed è senz'altro suscettibile di rientrare nel novero delle commesse edili di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub in relazione all'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT. Non sono infine ravvisabili indizi secondo i quali sussiste un'eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub e del resto nemmeno le parti fanno appello al disposto menzionato.

2.2.2. Determinante e contestata nel caso in esame è la questione a sapere se fa stato il valore complessivo delle commesse che fanno parte della stessa opera edile oppure il valore della singola commessa,

rispettivamente se è raggiunto il valore soglia per il tipo di commessa assegnato.

2.2.2.1 La LAPub si applica solo agli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo GATT, mentre altri acquisti pubblici della Confederazione sono disciplinati dall'OAPub. Dalla sistematica della LAPub (Sezione 5) e dell'OAPub (Capitolo 3) emerge che un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale è unicamente ricevibile 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 LAPub a contrario; art. 39 OAPub; sentenza TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010, consid. 2.2; DTAF 2008/61, consid. 3.1; DTAF 2008/48, consid. 2.1).

Conformemente all'art. 6 cpv. 1 LAPub, la LAPub si applica soltanto se il valore stimato della commessa pubblica da appaltare raggiunge il valore soglia corrispondente e, 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 Tribunale amministrativo federale quale istanza di ricorso giusta l'art. 27 LAPub (cfr. decisione incidentale TAF B-2083/2011 del 19 aprile 2011, pag. 4; decisione incidentale TAF B-3311/2009 del 16 luglio 2009, consid. 3.2 con ulteriori rinvii). Secondo l'art 6 cpv. 1 lett. c LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. c dell'ordinanza del DFE sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il secondo semestre dell'anno 2010 e per l'anno 2011 (RS 172.056.12) i valori soglia ammontano a fr. 8,7 milioni per opere edili. Una commessa non può essere suddivisa con l'intento di eludere l'applicazione della presente legge (art. 7 cpv. 1 LAPub). Se, per la realizzazione di un'opera edile, il committente aggiudica diverse commesse edili, è determinante il loro valore complessivo (art. 7 cpv. 2 frase 1 LAPub). Il Consiglio federale stabilisce l'ammontare delle singole commesse edili che in ogni caso sottostanno alla presente legge, nonché la loro parte percentuale nel valore globale (clausola bagattellare; art. 7 cpv. 2 frase 2 LAPub). Tale disposto è stato concretizzato nell'OAPub nel modo seguente: se nell'ambito della realizzazione di un'opera edile il committente aggiudica diverse commesse edili il cui valore complessivo raggiunge il valore soglia determinante, esso non è tenuto ad aggiudicare le commesse secondo le disposizioni della legge se: (a.) il valore di ogni singola commessa non raggiunge 2 milioni di franchi; e (b.) il valore totale di tali commesse non eccede il 20 per cento del valore complessivo dell'opera edile (art. 14 OAPub in relazione con l'art. 35 cpv. 3 lett. h OAPub).

2.2.2.2 La ricorrente è consapevole che il valore della commessa in disamina si trova al di sotto dei valori soglia fissati per opere edili all'art. 6 LAPub, ma ritiene che, sulla base dell'art. 7 cpv. 2 LAPub, nel caso in cui il committente aggiudica diverse commesse edili per la realizzazione di un'opera edile, è determinante il valore complessivo delle commesse. A tale riguardo la ricorrente allega al suo memoriale le informazioni sul progetto EP 19 Melide-Gentilino stampate dal sito internet del committente. Conformemente a dette informazioni il progetto EP 19 Melide-Gentilino è suddiviso in tre fasi: - galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013); - tracciato principale a cielo aperto dalla galleria Melide-Grancia a quella di Gentilino (2014-2017); - galleria di Gentilino (2014-2017). In sostanza la ricorrente sostiene che la rimozione delle pipe di areazione rappresenta un piccolo tassello dell'opera finale e rientra nell'opera dell'installazione del nuovo sistema di ventilazione che a sua volta è una minima parte del progetto di conservazione della galleria "Melide-Grancia", che a sua volta è un piccolo tassello rispetto al progetto globale EP 19 riguardante la tratta Melide-Galleria di Gentilino per un investimento complessivo di circa 260 milioni di franchi.

2.2.2.3 Il committente segnala dapprima di aver preventivamente stimato il valore della commessa in oggetto ad un importo di CHF 1'000'333.50 (IVA esclusa) rispettivamente CHF 1'080'360.18 (IVA inclusa). In secondo luogo egli contesta le allegazioni della ricorrente quando dice che l'opera deve essere collocata all'interno dell'intero progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino. L'autorità inferiore riporta le tre fasi del progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino, sottolineando che le tre fasi sono da intendere completamente distinte tra loro e che la commessa in esame rientra esclusivamente nella fase della Galleria Melide-Grancia (misure transitorie) per la quale aveva fissato un preventivo di spesa pari a CHF 66'295'908.- (IVA esclusa). Infine la stessa autorità osserva di aver fino ad oggi deliberato, nell'ambito dell'opera principale, commesse edili avvalendosi della procedura per trattativa privata o mediante invito per un importo complessivo di CHF 6'662'882.36 (IVA esclusa), il quale si trova al di sotto del 20 % previsto all'art. 14 OAPub. A titolo abbondanziale il committente indica che anche nell'ipotesi che la commessa in disamina ricada nell'intero progetto N2 EP 19 Melide-Galleria Gentilino per il quale sono stati preventivati CHF 140'821'912.-, l'importo delle commesse deliberate mediante trattativa privata o mediante invito non supera il limite del 20 % di cui all'art. 14 OAPub. Per questi motivi, il committente conclude all'irricevibilità del ricorso.

2.2.2.4 Da un'analisi delle allegazioni delle parti risulta che le medesime coincidono laddove il preventivo della presente commessa è stato stimato ad un importo di CHF 1'000'333.50 (IVA esclusa) rispettivamente CHF 1'080'360.18 (IVA inclusa) e quindi palesemente situato al di sotto del valore soglia rilevante per opere edili. Lo stesso vale del resto per l'offerta inoltrata dalla ricorrente con i suoi CHF 3'094'667.10 (IVA inclusa; cfr. Rapporto di valutazione p. 10).

Le opinioni delle parti divergono invece in un solo punto. Da una parte, la ricorrente ritiene che la commessa in disamina è compresa nella fase del progetto "galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013)" che a sua volta fa parte dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino", per cui, a suo avviso, è determinante il valore complessivo del progetto nella sua integrità (CHF 260 milioni come risulta dalle informazioni del sito web dell'USTRA). Dall'altra parte, il committente spiega che la commessa in parola fa parte solo della fase del progetto inerente alle "Misure transitorie Galleria Melide-Grancia" dal valore complessivo di CHF 66'295'908 (IVA esclusa) e che nell'ambito della realizzazione di quest'opera edile aveva già aggiudicato commesse edili per un importo complessivo di CHF 6'662'882.36 (IVA esclusa) e quindi in osservanza della clausola bagatellare (art. 14 OAPub).

2.2.2.5 La risposta alla questione di sapere se la commessa in narrativa fa parte della fase "Misure transitorie Galleria Melide-Grancia" o dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino" dipende tra l'altro dalla circostanza se le tre fasi dell'intero progetto possono a giusto titolo essere considerate come fasi distinte o congiunte tra loro. Gli indizi per l'una o l'altra soluzione devono chiaramente emergere dagli atti inoltrati, segnatamente dalla documentazione d'appalto.

La ricorrente rimanda nel proprio memoriale alle informazioni sull'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino", richiamabili dal sito web dell'autorità aggiudicatrice (cfr. www.astra.admin.ch/autobahnschweiz/01365/03535/index.html?lang=it, visitato l'ultima volta il 14 dicembre 2011). Da tali informazioni emerge che l'intero progetto è suddiviso in tre fasi: - galleria Melide-Grancia: misure transitorie (2011-2013); - tracciato principale a cielo aperto dalla Galleria Melide-Grancia a quella di Gentilino (2014-2017), - galleria di Gentilino (2014-2017).

Già l'indicazione fra parentesi dei tempi di costruzione riferiti ad ogni singola fase lascia intendere che le tre fasi dell'intero progetto potrebbero essere prese in considerazione ciascuna separatamente come un'opera

edile indipendente (cfr. DTAF 2007/18 in merito alla nozione di opera edile, con ulteriori rinvii a prassi e dottrina).

Oltracciò, nell'intestazione del documento contrattuale KBOB/USTRA (doc. 1.1) e nella documentazione d'appalto compilata nell'offerta della ricorrente alla voce "Documenti dell'offerente (parte 3)" (doc. 3) emerge che il lotto 31 "Rimozione pipe di areazione" è esplicitamente indicato quale sottoprogetto del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia".

Inoltre, nel documento "II. Condizioni speciali subordinate all'opera" (doc. 1.1, p. 12) alla voce 4.1 "Generalità" è specificato che il presente Lotto 31 è concomitante con altre lavorazioni coordinate come il Lotto 30 "Rimozione lastre di protezione laterale", Lotto 8897 "Impianti provvisori" e il Lotto 40 "Demolizione della soletta intermedia". Nel bando di concorso relativo al Lotto 8897 (pubblicato sul SIMAP del 18 maggio 2010, N. di notificazione 490765), nonché nel bando di concorso relativo al Lotto 40 gli avvisi di gara sono intitolati "N2 EP 19 Misure transitorie BSA Galleria Melide-Grancia, TP 08- Lotto 8897", rispettivamente "N2 EP 19 Misure transitorie Gc, Galleria Melide-Grancia Lotto 40 –Demolizione della soletta intermedia" (cfr. punto 2.2 di ciascun bando di concorso). Nei bandi di concorso per entrambi i progetti è esplicitamente previsto al punto 4.5 "Altre indicazioni" cifra 8 che "In virtù dell'art. 13 cpv. 1 lit. h OAPub, nonché dell'art. XV, lit. D GPA (Gouvernement Procurement Agreement), il committente si riserva il diritto di attribuire, mediante trattativa privata, nuove commesse dello stesso genere, basate sulla presente commessa di base". Infine nello scritto del committente del 14 aprile 2011 ai sette offerenti è riportato in grassetto nel titolo "Invito alla presentazione di un'offerta nella procedura mediante invito / Progetto: N2 EP 19 Melide-Gentilino, Galleria Melide-Grancia / Lotto 31 – Rimozione delle pipe in aerazione in eternit".

In considerazione delle comunicazioni in entrambi i bandi di concorso e della documentazione menzionata sono almeno ravvisabili certi indizi che lasciano ragionevolmente concludere che la commessa in disamina è strettamente connessa con la fase del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio Civile Galleria Melide-Grancia" e che tale fase potrebbe essere considerata separatamente. In ogni caso, sullo sfondo della ratio legis delle disposizioni sul raggiungimento del valore soglia, la questione riferita al rapporto con l'intero progetto suddiviso in tre fasi non riveste un ruolo importante, fintanto che ognuna delle tre fasi, da sola, raggiunge il valore soglia per una commessa edile secondo i disposti della LAPub.

È inoltre evincibile che la commessa in oggetto rientra nella nozione di commessa dello stesso genere basata sulle commesse di base relative ai Lotti 8897 e 40 e, conformemente ai rispettivi bandi di concorso, suscettibile di essere deliberata mediante trattativa privata, perciò non in applicazione delle procedure di aggiudicazione previste e disciplinate dalla LAPub. Non risulta agli atti e nemmeno viene fatto valere dalla ricorrente che la medesima sia insorta contro i relativi bandi di concorso.

Per questi motivi l'autorità aggiudicatrice era autorizzata ad aggiudicare la presente commessa in deroga alle procedure di aggiudicazione ordinarie disciplinate nella LAPub, ma pur sempre in osservanza degli artt. 13 cpv. 1 lett. h, 14 e 35 cpv. 3 lett. h OAPub (cfr. anche consid. 2.2.2.6). La circostanza che l'autorità aggiudicatrice si sia avvalsa della procedura mediante invito invece dell'annunciata trattativa privata non cambia nulla al risultato, tanto più che, come già rilevato, la procedura mediante invito può essere utilizzata anche nei casi in cui è possibile una delibera tramite trattativa privata (KUONEN, op. cit., p. 37 seg.; v. sopra consid. 2.1), come pure nei casi di una delibera di opere edili in applicazione della clausola bagatellare (cfr. consid. 2.2.2.6). Del resto va rilevato che nella documentazione d'appalto e nella corrispondenza inoltrata agli offerenti era stato chiaramente comunicato che per la commessa in oggetto valeva la procedura mediante invito (cfr. scritto del committente del 14 aprile 2011 alle imprese invitate, nonché Il 1 Disposizioni particolari, p. 19).

2.2.2.6 L'autorità aggiudicatrice, già nell'ambito della procedura di aggiudicazione, ha espresso la sua volontà di deliberare la commessa in esame avvalendosi della procedura mediante invito e quindi in deroga alle procedure di aggiudicazione disciplinate nella LAPub, e, nel quadro del presente procedimento, ha aggiunto di aver deliberato la commessa in applicazione della clausola bagatellare. Va perciò esaminato di seguito se il committente poteva a giusta ragione appellarsi alla clausola bagatellare per la delibera in oggetto.

La clausola bagatellare – a cui fa riferimento il committente – conferisce al potere aggiudicante una certa libertà di sottrarre dal campo di applicazione della LAPub alcune commesse che si basano su un progetto ad essa assoggettato; detta clausola tiene conto del fatto che in Svizzera, a differenza che in altri stati membri dell'Accordo GATT, per la realizzazione di opere edili vengono per la maggior parte assegnati singoli mandati di costruzione per ogni categoria di opere edili e non mandati per appaltatori generali, per cui il valore soglia determinante per opere edili giusta la LAPub è fissato per opera edile e non per singola

commessa (cfr. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Friburgo 2002, p. 83 seg.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op cit., N.168 seg.; cfr. anche DTAF 2009/18, consid. 2.4.2). Se sono date le condizioni per l'applicazione della clausola bagatellare, una commessa edile può essere deliberata ricorrendo alla procedura mediante invito (cfr. art. 35 cpv. 3 lett. h OAPub).

Nella risposta al ricorso il committente specifica che il valore complessivo delle singole commesse deliberate per trattativa privata o procedura mediante invito nell'ambito del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia" raggiunge un importo complessivo di CHF 6'662'882.36, IVA esclusa. In detto importo sono compresi i seguenti lotti, conformemente alla tabella inoltrata dal committente e qui di seguito parzialmente riportata:

Lotto	Data delibera	Importo IVA esclusa	Procedura
10	23.09.2010	230'632.25	Invito
20	17.09.2010	984'280.75	Invito
	Aggiunta	443'203.30	
30	13.12.2010	499'290.40	Invito
90	02.12.2010	649'706.15	Invito
31	12.09.2011	1'176'386.50	Invito
111	05.07.2011	70'120.95	Diretto
8860	08.06.2010	653'892.20	Invito
Acque luride	12.04.2010	606'717.50	Invito
8891	30.11.2010	169'818.05	Invito
	Aggiunta	40'585.40	

8350	08.02.2011	76'713.00	Diretto
8490	23.06.2011	235'328.35	Diretto
8620	19.04.2011	488'421.00	Diretto
8630	18.02.2011	206'396.46	Diretto
8511	20.09.2011	131'390.00	Diretto

Come del resto esposto a giusto titolo dal committente, l'importo di CHF 6'662'882.36 relativo alle commesse in relazione con la fase del progetto menzionata ed assegnate con procedura tramite invito o trattativa privata si trova ben al di sotto del 20 % del valore complessivo dell'opera (CHF 66'295'908), come previsto dall'art. 14 OAPub. A titolo abbondanziale l'autorità aggiudicatrice conclude che, anche partendo dal totale dell'investimento previsto per le tre fasi pari a CHF 140'821'912.-, le commesse deliberate senza seguire la procedura libera si situerebbero comunque al di sotto del limite del 20 % fissato nell'OAPub.

Visto quanto precede, il valore stimato della commessa in disamina è inferiore ai 2 milioni di franchi (art. 14 lett. a OAPub) e il committente ha esposto in maniera condivisibile che il valore complessivo delle commesse deliberate per trattativa privata o procedura mediante invito nell'ambito del progetto "N2 EP 19 Misure transitorie Genio civile Galleria Melide-Grancia" non supera il valore complessivo né del progetto medesimo quale fase distinta, né addirittura dell'intero progetto "EP 19 Melide-Gentilino". Ne consegue che l'autorità aggiudicatrice si è attenuta al margine di manovra previsto dall'art. 14 OAPub ed era a giusto titolo autorizzata a sottrarre la presente commessa dal campo di applicazione della LAPub e di deliberarla avvalendosi della procedura mediante invito.

2.2.2.7 In considerazione delle allegazioni suesposte emerge che l'autorità aggiudicatrice ha a giusto titolo deliberato la presente commessa in applicazione della clausola bagatellare e servendosi della procedura ad invito, con la conseguenza che tale commessa non rientra quindi nel campo di applicazione della LAPub. Per questo motivo viene a cadere la competenza di questo Tribunale a statuire sulla presente vertenza. Non può quindi dare adito a critiche che la decisione di delibera non sia stata munita dell'indicazione del rimedio giuridico.

Considerate tali risultanze, non è più necessario dare una risposta esauriente alla questione a sapere se il ricorrente avrebbe già dovuto insorgere contro i bandi di concorso summenzionati (cfr. consid. 2.2.2.5), rispettivamente se è contrario al principio della buona fede che, benché lo scritto dell'autorità aggiudicatrice del 14 aprile 2011 facesse un esplicito riferimento alla procedura mediante invito per la delibera della presente commessa, la ricorrente abbia criticato la mancata applicabilità della LAPub solo nella procedura di ricorso contro la decisione di aggiudicazione.

Nella misura in cui la ricorrente chiede che la presente commessa sia da assoggettare alla LAPub per raggiungimento del valore soglia determinante e ritiene lo scrivente Tribunale competente per statuire sulla vertenza, il ricorso è respinto. Per il resto, il ricorso è inammissibile e non occorre entrare nel merito delle censure ricorsuali circa il prezzo apparentemente sottocosto offerto dall'aggiudicataria e il mancato approfondimento della solvibilità di quest'ultima da parte dell'autorità aggiudicatrice.

3.

Visto l'esito della procedura, la ricorrente, quale parte soccombente, deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi; 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 e in caso di procedimenti che hanno causato un lavoro trascurabile, la tassa di giustizia può essere ridotta (art. 1 cpv. 1, art. 2 cpv. 1 frase 1 e art. 2 cpv. 3 frase 1 del Regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008; TS-TAF, RS 173.320.2). In applicazione dei disposti summenzionati si giustifica fissare le spese processuali a fr. 700.-. Esse sono da computare con l'anticipo spese di fr. 2'000.-. La differenza di fr. 1'300.- va rimborsata alla ricorrente dalla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza.

A titolo abbondanziale sia rilevato che non sono ravvisabili motivi per un condono o una riduzione delle spese processuali ai sensi dell'art. 6 lett. b TS-TAF. In particolare, la mancata indicazione del rimedio giuridico nella comunicazione della delibera e l'esplicito rinvio nella documentazione d'appalto secondo cui la commessa sarebbe stata assegnata in applicazione della procedura mediante invito erano senz'altro suscettibili

di segnalare alla ricorrente ed al suo patrocinatore che un eventuale ricorso avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile (cfr. a contrario sentenza TAF B-1687/2010 del 21 giugno 2011, consid. 10.1, nonché sentenza di stralcio TAF B-2383/2011, p. 5 seg.).

Visto l'esito della procedura non viene assegnata alcuna indennità per le spese ripetibili (art. 64 PA).

4.

La presente sentenza rende priva d'oggetto la domanda della ricorrente volta al conferimento dell'effetto sospensivo e annulla il provvedimento superprovvisorio ordinato con ordinanza del 4 novembre 2011.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto, nella misura in cui ammissibile.

2.

Le spese processuali di fr. 700.– sono messe a carico della ricorrente e computate con l'anticipo spese di fr. 2'000.–. La differenza di fr. 1'300.– è rimborsata alle ricorrenti dalla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza.

3.

Comunicazione a:

- ricorrente (Atto giudiziario; allegato: indirizzo per il pagamento);
- autorità aggiudicatrice (Atto giudiziario);
- aggiudicataria (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 trenta 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.

Data di spedizione: 22 dicembre 2011