

Decisione incidentale del 23 maggio 2011

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Bernard Maitre, David Aschmann,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X, _____, composto da:

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

patrocinati dallo Studio legale dell'avv. Claudio Cereghetti,
via Besso 37, casella postale 678, 6903 Lugano,
ricorrenti,

contro

FFS SA Infrastruttura, Progetti Regione Sud
Gestione Progetti, Via Pedemonte 7, 6500 Bellinzona,
patrocinata dall'avv. Barbara Klett,
Studio legale Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte,
Alpenquai 28a, 6004 Luzern,
autorità aggiudicatrice,

Oggetto

Ricorso contro la decisione di aggiudicazione del 28 gennaio
2001 (pubblicata in SIMAP del 7 febbraio 2011, N di
notificazione 590529);
Nuova linea ferroviaria Mendrisio-Stabio-Confine

Linea FFS n. 634 dal km 0.745 (Diramazione della linea del Gottardo) al km 6.549 (confine)

Fatti:

A.

A.a Con pubblicazione sul SIMAP (Sistema Informativo Sulle Commesse Pubbliche in Svizzera; N. di notificazione 513395) dell'8 luglio 2010 la FFS SA Infrastruttura, Progetti Regione Sud, Ingegneria civile e ambientale, Bellinzona (di seguito: autorità aggiudicatrice, committente) ha indetto un pubblico concorso di una commessa edile secondo la procedura aperta avente come oggetto l'esecuzione della Nuova linea ferroviaria Mendrisio-Stabio-Confine, Tratte B, C e D. Secondo la descrizione dettagliata del progetto riportata alla cifra 2.5 del bando, la nuova linea ferroviaria FMV collegherà la linea FFS del Gottardo, a sud della stazione di Mendrisio, alla linea FS Varese-Porto Ceresio mediante l'adeguamento della tratta esistente (binario industriale Mendrisio-Stabio) e la realizzazione di una nuova tratta. L'oggetto del presente appalto consiste nella realizzazione del tracciato ferroviario elettrificato a partire dalla diramazione della linea del Gottardo (km 0.745) fino al confine in località Gaggiolo nel comune di Stabio al km 6.549. I lavori comprendono l'esecuzione del corpo ferroviario, compresa sottostruttura, piattaforma asfaltata e preinghiaimento, la realizzazione dei vari manufatti, delle fondazioni dei pali della linea di contatto e dei segnali, gli interventi stradali connessi al completamento dei sottopassaggi e alcuni interventi di carattere ambientale. L'intero tracciato ferroviario è suddiviso in tre tratte distinte B, C e D con determinate caratteristiche. Per la tratta B è prevista una seconda tappa esecutiva per la realizzazione del binario sinistro tra il ponte A2 e il ponte sul Laveggio (punto 2.5 del bando).

A.b Nel termine prestabilito dal bando per presentare le offerte (19 luglio 2010, come risulta dal punto 1.3 del bando) all'autorità aggiudicatrice è pervenuta tra l'altro l'offerta del Consorzio X._____, composto da A._____ e B._____ (di seguito: ricorrenti o consorzio ricorrente) per un importo di fr. 39'275'019.65 (IVA esclusa).

A.c In data 4 febbraio 2011 il committente ha comunicato al consorzio ricorrente che non gli era stato possibile prendere in considerazione la sua offerta, "essenzialmente per ragioni di prezzo", nonché indicato che la gara era stata aggiudicata al Consorzio Y._____, per un importo di fr. 38'344'050.00 (IVA esclusa; gli importi Regia, Ribassi e Sconti, inclusi). La decisione di aggiudicazione è stata pubblicata su SIMAP del 7 febbraio 2011 (N. di notificazione 590529).

B.

B.a Contro la decisione di aggiudicazione del 28 gennaio 2011, pubblicato il 7 febbraio 2011, i ricorrenti, rappresentati dall'ing. C._____, sono insorti con ricorso del 28 febbraio 2011, postulando, in via preliminare, di concedere l'effetto sospensivo al ricorso, di concedere al consorzio ricorrente il diritto di consultare liberamente l'incarto, di estrarre delle fotocopie e di completare le tesi e le domande esposte nel

ricorso, protestate tasse, spese e ripetibili. Nel merito i ricorrenti chiedono l'accoglimento del ricorso e di conseguenza l'annullamento della decisione di aggiudicazione della commessa al consorzio Y._____, l'aggiudicazione della commessa al Consorzio X._____, e, in via subordinata, il rinvio degli atti all'autorità aggiudicatrice per nuova decisione, protestate tasse, spese e ripetibili.

B.b In primo luogo i ricorrenti contestano una violazione dell'obbligo di motivazione e dei diritti processuali di difesa da parte del committente. Secondo loro, sia la comunicazione dell'aggiudicazione del 4 febbraio 2011 sia la pubblicazione dell'aggiudicazione su SIMAP del 7 febbraio 2011 non contengono informazioni sufficienti. Essi lamentano che in sede di debriefing il committente abbia rifiutato di rispondere alle loro domande ed omesso di metterle a verbale.

B.c I ricorrenti fanno valere una violazione del principio della parità di trattamento durante le trattative, specificando che l'atteggiamento del committente ha destato in loro l'impressione ch'egli ritenesse la sua offerta troppo bassa. I ricorrenti chiedono di conoscere il prezzo iniziale dell'offerta del consorzio aggiudicatario ed inoltre di sapere se vi sono state correzioni e delle trattative che hanno condotto ad una riduzione dell'importo iniziale offerto.

B.d I ricorrenti riportano i criteri principali per la valutazione dell'offerta conformemente al bando di concorso e alle condizioni di gara (1. redditività: prezzo offerto, importo a regia incluso; 2. Qualità), criticando che la suddivisione della procedura di valutazione delle offerte in due distinte fasi non può precludere ai concorrenti soccombenti il diritto di contestare non solo le risultanze della valutazione qualitativa delle offerte, ma anche quelle riferite all'accertamento dell'idoneità del concorrente aggiudicatario. Secondo loro le prove fornite dal concorrente per dimostrare l'adempimento dei sotto-criteri qualitativi devono essere verificate anche dal profilo del prezzo.

Il consorzio ricorrente ritiene che il prezzo al quale sono stati aggiudicati i lavori non offre sufficienti garanzie di affidabilità in punto ad un'esecuzione conforme alla qualità richiesta dalle prescrizioni di gara. Rinviando ad alcuni articoli di stampa e ad un'interrogazione parlamentare all'attenzione del Consiglio di Stato ticinese aventi come oggetto presunte difficoltà dell'impresa Z._____, facente parte del consorzio aggiudicatario, i ricorrenti deducono che l'offerta aggiudicataria sia sotto costo e il committente avrebbe dovuto eseguire approfondimenti supplementari e accresciuti presso il consorzio aggiudicatario in merito all'adempimento dei requisiti di idoneità e di qualità.

B.e Riguardo alla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, i ricorrenti sostengono che il ricorso non può essere considerato privo di fondamento sulla base di una valutazione preliminare. I ricorrenti ritengono che dalla ponderazione degli interessi contrapposti emerge che quelli del consorzio ricorrente sono prevalenti su quelli del committente. In effetti, la commessa ha un importo molto rilevante e la mancata concessione dell'effetto sospensivo priverebbe il consorzio ricorrente della possibilità di aggiudicarsela, con un conseguente danno economico irreparabile.

C.

Con decisione incidentale del 1° marzo 2011 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisoria,

l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione che potrebbe pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicatario. Nel contempo il Tribunale ha fissato un termine all'autorità aggiudicatrice fino al 14 marzo 2011 per prendere posizione sulle conclusioni procedurali ed inoltrare tutti gli atti preliminari e dato anche all'aggiudicatario l'occasione di esprimersi entro lo stesso termine sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo. L'aggiudicatario non ha fatto uso di quest'opportunità.

D.

Con scritto del 9 marzo 2011 l'avvocato Barbara Klett ha comunicato che il committente le ha conferito il mandato di rappresentanza nel presente procedimento, chiedendo di prorogare il termine per l'inoltro della presa di posizione al ricorso fino al 4 aprile 2011.

Con ordinanza dell'11 marzo 2011 lo scrivente Tribunale ha accolto la domanda di proroga del termine, rinviando comunque al principio di celerità nei procedimenti in materia di acquisti pubblici ed alla supposizione che la domanda di proroga sia stata inoltrata in conoscenza delle garanzie procedurali valevoli in modo uguale per tutti i partecipanti al procedimento.

E.

E.a Con risposta del 18 marzo 2011 (data d'entrata 21 marzo 2011) l'autorità aggiudicatrice propone, nel merito, di respingere il ricorso integralmente, spese ed indennità per ripetibili a carico dei ricorrenti. In via preliminare l'autorità aggiudicatrice postula la reiezione della richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo, e, in via urgente, l'autorizzazione del committente a deliberare lavori preliminari mediante procedura a trattativa privata per un importo di CHF 150'000.-, entro il 15 aprile 2011. Qualora l'effetto sospensivo venga accordato, il committente chiede che gli venga concesso un nuovo termine di 20 giorni per inoltrare la presa di posizione in merito. L'autorità aggiudicatrice propone inoltre che l'autorizzazione a consultare gli atti attinenti al presente concorso sia limitata ai documenti che contengono dati che non possono essere ritenuti segreti aziendali, mentre in particolare sono da escludere le offerte delle ditte concorrenti e anche quella dell'aggiudicatario. Il committente chiede che gli venga assegnato un nuovo termine per inoltrare le osservazioni, qualora ai ricorrenti sia concessa la possibilità di inoltrare ulteriori allegati e che le spese e le indennità per ripetibili siano a carico dei ricorrenti.

E.b Il committente considera il presente ricorso infondato rispettivamente privo di possibilità di successo.

E.b.a Il committente adduce in primo luogo che le informazioni date ai ricorrenti sono avvenute nel pieno rispetto della legge, in particolare

dell'art. 23 cpv. 2 e 3 LAPub. Il committente rimanda all'obbligo di motivazione sommaria discendente dall'art. 23 cpv. 1 LAPub ed alla relativa giurisprudenza per dimostrare di non aver permesso a ragione ai ricorrenti di consultare il rapporto di valutazione delle offerte e l'offerta del consorzio aggiudicatario, in quanto non tenuto a rivelare informazioni che violino segreti d'affari, segreti di fabbricazione oppure interessi dei concorrenti. In particolare il committente rileva di non essere tenuto a fornire dettagli dell'offerta dell'aggiudicatario, del punteggio e del prezzo iniziale. A suo avviso, determinante per l'informazione dell'aggiudicazione sono le offerte finali.

A mente dell'autorità aggiudicatrice il verbale del debriefing del 15 febbraio 2011 non deve riportare annotazioni supplementari e non esiste alcun obbligo di stendere un verbale in modo dettagliato.

E.b.b L'autorità aggiudicatrice ribadisce di non aver invitato i ricorrenti a modificare la loro offerta, ella avrebbe chiesto diverse verifiche in fase di discussione dell'offerta, in particolare dell'analisi dei prezzi per quelle posizioni che a suo modo di vedere non sembravano plausibili in rapporto ai prezzi di mercato, sottolineando che trattative simili con contenuti simili si sono svolte anche con altri concorrenti. Rinviando ai verbali delle trattative e ai chiarimenti inoltrati il 29 ottobre 2010 e il 5 e il 22 novembre 2010, il committente spiega di aver posto domande di natura tecnica e di natura finanziaria. Alcuni chiarimenti avrebbero anche condotto ad una riduzione dell'offerta iniziale. Da ciò il committente conclude che è errato affermare che egli abbia indotto i ricorrenti ad aumentare l'offerta.

E.b.c Il committente ritiene che il reclamo dei ricorrenti circa la suddivisione della procedura di aggiudicazione in due distinte fasi è da considerare tardivo. A suo avviso anche la censura dei ricorrenti secondo cui nelle condizioni del bando non si siano considerati sufficientemente gli aspetti qualitativi è priva di fondamento. Il committente indica tra l'altro che il consorzio aggiudicatario esegue l'appalto di edilizia e tecnica ferroviaria anche della tratta italiana Arcisate-Stabio, il che permette di sfruttare delle sinergie e di offrire prezzi concorrenziali e agevolazioni nelle forniture anche per la tratta sul territorio svizzero. Per quanto attiene agli articoli di stampa inoltrati dai ricorrenti, il committente specifica di aver eseguito un'ulteriore verifica finanziaria, la quale avrebbe confermato in particolare la solidità finanziaria delle imprese costituenti il consorzio aggiudicatario.

E.b.d Nella denegata ipotesi che al ricorso vengano attribuite probabilità di successo il committente ritiene e motiva come nella ponderazione degli

interessi in causa sia da attestare l'interesse pubblico preponderante all'esecuzione immediata.

E.b.e Infine il committente si oppone ad una consultazione degli atti illimitata, spiegando in quali documenti deve essere negata la visione.

F.

Con ordinanza del 25 marzo 2011 sono stati trasmessi ai ricorrenti la presa di posizione del committente del 18 marzo 2011 e diversi documenti facenti parte degli atti preliminari (cfr. nel dettaglio consid. 4.4 e consid. 8). Inoltre è stato loro assegnato un termine fino al 1° aprile 2011 per completare la motivazione del ricorso sulla base dei documenti supplementari trasmessi, nonché per esprimersi in merito alla domanda dell'autorità aggiudicatrice di essere autorizzata in via urgente a deliberare i lavori preliminari.

G.

Con scritto del 30 marzo 2011, anticipato per fax, il consorzio ricorrente ha comunicato di non opporsi alla domanda di autorizzazione di delibera dei lavori preliminari e chiesto una proroga del termine per inoltrare il complemento alla motivazione del ricorso.

H.

Con decisione incidentale del 1° aprile 2011 il giudice dell'istruzione ha accolto la domanda dell'autorità aggiudicatrice e modificato la cifra 2 della decisione incidentale del 1° marzo 2011 nella misura in cui all'autorità aggiudicatrice è permesso deliberare i lavori preliminari mediante procedura a trattativa privata per un importo di CHF 150'000.-.

I.

Con osservazioni del 15 aprile 2011, inoltrate entro il termine prorogato con decisione incidentale del 1° aprile 2011, i ricorrenti riconfermano integralmente le conclusioni ed in sostanza anche la motivazione del ricorso.

A titolo completo i ricorrenti fanno notare come, a seguito delle trattative, la loro offerta sia stata "corretta" verso l'alto di ca. CHF 2'108'500.- (IVA esclusa), corrispondente ad una differenza del 5,3 % rispetto all'offerta iniziale, mentre l'offerta del consorzio aggiudicatario sarebbe stata corretta verso il basso di ben ca. CHF 4'184'800.- (IVA esclusa), corrispondente ad una differenza del 9,8 % rispetto all'offerta iniziale. I ricorrenti sottolineano che l'importo per il quale è stata

aggiudicata la commessa equivalente a CHF 38'344'049.- (IVA esclusa) è inferiore di CHF 930'969.- rispetto all'offerta iniziale di CHF 39'275'019.65 del consorzio ricorrente.

A mente dei ricorrenti la massiccia riduzione dell'offerta presentata dall'aggiudicatario non può essere ricondotta semplicemente al fatto che esso esegue anche l'appalto della tratta italiana Arcisate-Stabio, permettendo di sfruttare sinergie e offrire prezzi concorrenziali ed agevolazioni nelle forniture anche per la tratta svizzera, come farebbe valere il committente. I ricorrenti chiedono di verificare esattamente le correzioni puntuali apportate all'offerta aggiudicataria (vale a dire i doc. 3.5 e 3.6), il contenuto del verbale di discussione (doc. 3.8) e dell'offerta corretta (doc. 3.9) e di avere accesso a tale documentazione, nonché all'intera documentazione riguardante l'offerta aggiudicataria e agli atti di delibera, in particolare il rapporto di valutazione in versione integrale. Questo ai fini di trasparenza sia in merito alle correzioni e alle modifiche apportate all'offerta aggiudicataria sia in merito allo svolgimento della procedura di trattative da parte del committente. A tale scopo i ricorrenti chiedono di aver accesso anche alle informazioni riguardanti la terza offerta presa in considerazione per le trattative, in modo da poter verificare eventuali correzioni e le modalità delle trattative, e, a titolo di paragone dei prezzi di mercato, anche alle informazioni concernenti le offerte degli altri concorrenti.

I ricorrenti ribadiscono che la riduzione riguardante la posizione CPN 181 682.111 (idrosemina) costituiva solo il 6 % rispetto alla correzione complessiva dell'offerta. Il rimanente 94 % costituirebbe invece un aumento dell'offerta. Essi sottolineano che l'aver rivisto diverse posizioni significative verso l'alto sia avvenuto in seguito dell'atteggiamento dell'ente appaltante nel voler lasciar intendere che l'offerta fosse troppo bassa e anomala. Proprio per tale atteggiamento i ricorrenti avrebbero rinunciato ad offrire sconti e ribassi.

Per quanto riguarda gli argomenti del committente circa la domanda di concessione dell'effetto sospensivo, i ricorrenti adducono che il committente non fa valere nessun interesse concreto, attuale ed urgente all'inizio immediato dei lavori.

Infine i ricorrenti allegano un recente articolo apparso sul portale "Varesenews" in cui a loro dire viene fatto riferimento a polemiche sindacali riguardanti la ditta Y._____ in merito al cantiere per la tratta Arcisate-Stabio.

J.

Con presa di posizione del 29 aprile 2011 pervenuta il 2 maggio 2011 l'autorità aggiudicatrice conferma le conclusioni inoltrate in sede di risposta. Essa ritiene errata l'interpretazione dei ricorrenti secondo cui la correzione dell'offerta aggiudicataria di ca. CHF 4'184'800.00 corrisponde ad una differenza del 9.8 %, in quanto nell'importo d'apertura non sono calcolati i ribassi e gli sconti offerti. A mente del committente dopo la discussione d'offerta il consorzio aggiudicatario non ha modificato il prezzo offerto ma ha concesso un ulteriore ribasso e sconto. La stessa autorità aggiudicatrice trova parimenti scorretta l'affermazione dei ricorrenti secondo cui l'ente aggiudicante abbia richiesto una correzione verso l'alto dell'offerta dei ricorrenti, tanto più che una simile asserzione non risulta nemmeno dal verbale delle trattative. Il committente fa osservare invece come i ricorrenti confermino di aver commesso diversi errori di calcolo nella loro offerta.

K.

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

Diritto:**1.**

1.1. 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).

1.2. 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 LAPub). La legittimazione a ricorrere di offerenti esclusi dall'aggiudicazione risulta dall'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13 consid. 1.4).

1.3. Dapprima occorre esaminare se la presente commessa rientra nel campo d'applicazione della LAPub.

La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT; RS 0.632.231.422; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). Le Ferrovie Federali Svizzere (FFS) non cadono sotto l'Accordo GATT.

Con l'entrata in vigore il 1° giugno 2002 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (Accordo bilaterale Svizzera – CE; RS 0.172.052.68) gli operatori ferroviari sono assoggettati alle normative sugli appalti pubblici (art. 3 cifra 2 lett. d e cpv. 3 e dell'Allegato II B dell'Accordo bilaterale; cfr. per il diritto interno l'art. 2 cpv. 2 LAPub i. c. d. con l'art. 2a cpv. 2 lett. b dell'ordinanza federale sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995; OAPub, RS 172.056.11).

La commessa in narrativa, avente come oggetto la realizzazione del tracciato ferroviario elettrificato a partire dalla diramazione della linea del Gottardo (km 0.745) fino al confine in località Gaggiolo nel comune di Stabio al km 6.549 rientra nel novero delle commesse edili di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. c LAPub i. c. d. con l'art. 3 cpv. 3 OAPub e l'Allegato 2 OAPub e con l'allegato 1, appendice 5 dell'Accordo GATT.

Considerati i prezzi delle offerte riportati a pag. 13 del rapporto di valutazione (CHF 41'258'197.77 per l'offerta dell'aggiudicatario; CHF 44'528'660.96 per l'offerta del consorzio ricorrente), sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge (art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub; art. 2 cpv. 3 lett. d OAPub; art. 1 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).

Non è ravvisabile alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub e di conseguenza la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub.

1.4. Per prassi costante, nell'ambito dei ricorsi contro decisioni di aggiudicazione, il Tribunale amministrativo federale statuisce sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo tramite un collegio di tre giudici (cfr. DTAF 2009/19, consid. 1.2 con rinvii).

1.5. Sulla base dell'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La decisione di aggiudicazione è stata pubblicata sul SIMAP del 7 febbraio 2011, allo stesso giorno i

ricorrenti hanno ricevuto la comunicazione scritta dell'aggiudicazione del 4 febbraio 2011, per cui il termine per l'inoltro del ricorso ha cominciato a decorrere l'8 febbraio 2011 ed è venuto a scadere il 28 febbraio 2011 (art. 20 cpv. 3 LAPub). Essendo stato presentato il 28 febbraio 2011, il presente gravame è di conseguenza tempestivo.

I requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA). Gli altri presupposti processuali sono parimenti dati. In particolare l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) ed i rappresentanti legali dei ricorrenti hanno giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

Visto quanto precede è possibile concludere che i presupposti processuali possono essere considerati adempiuti e che si dovrebbe pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni processuali dei ricorrenti.

2.

Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo.

2.1. A differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub prevede che il ricorso contro le decisioni del committente non ha per legge effetto sospensivo. Il Tribunale amministrativo federale può, su richiesta, accordare l'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). Nel caso di specie il ricorso contiene una conclusione corrispondente.

2.2. La LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo. Possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA. Conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutorietà immediata sono più gravi di quelli che possono essere adottati per la soluzione opposta (DTF 129 II 288, consid. 3 con rinvii; decisione incidentale del TAF B-6837/2010 del 16 novembre 2010 consid. 2.1 con rinvii). Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso per legge l'effetto sospensivo al ricorso, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra che egli era consapevole della portata di questa disposizione nel diritto in materia di acquisti pubblici e che ha ritenuto necessario un esame individuale di suddetta questione, ma non significa che egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (DTAF 2009/19, consid. 2.1 e DTAF 2007/13, consid. 2.1).

2.3. Nel caso in cui è presentata la richiesta volta al conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso, occorre in una prima fase esaminare ai sensi di una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale se sulla base degli atti esistenti si deve partire dal presupposto che il ricorso è manifestamente infondato. In caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve già essere respinta a priori. Qualora siano riconosciute possibilità di successo al ricorso o permangono dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo sulla base della ponderazione di interessi precedentemente menzionata. Conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo federale (cfr. DTAF 2007/13, consid. 2.2), nell'esame della ponderazione sono da includere gli interessi dei ricorrenti a mantenere la possibilità dell'aggiudicazione, mentre, nel contempo, sussiste un importante interesse pubblico a concedere una protezione giuridica efficiente (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 2.2). Ad essi sono contrapposti gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice. Nel messaggio del Consiglio federale concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 (in seguito: Messaggio 2 GATT) è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165). Allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7, consid. 3.3). Conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Anche tenuto conto degli obiettivi dell'art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2 con rinvii).

3.

Alla luce delle allegazioni suesposte va dapprima accertato se il presente ricorso è manifestamente infondato sulla base di una valutazione prima facie della situazione giuridica materiale.

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 d'apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lett. a e b PA). Non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub).

4.

I ricorrenti fanno valere una violazione dell'obbligo di motivazione e dei diritti processuali di difesa da parte dell'autorità aggiudicatrice, lamentando che quest'ultima non avrebbe risposto alle loro domande circa l'offerta aggiudicataria, la sua valutazione, le referenze presentate, i prezzi degli altri offerenti e le eventuali trattative e rettifiche dei prezzi nel corso della procedura e che tali domande non sarebbero nemmeno state verbalizzate. I ricorrenti ritengono importante conoscere il prezzo iniziale dell'offerta del consorzio aggiudicatario ed inoltre sapere se vi sono state correzioni del prezzo iniziale in sede di trattative.

4.1. Di principio le decisioni di cui all'art. 29 LAPub devono essere motivate e notificate conformemente alle disposizioni previste all'art. 23 cpv. 1 e 2 LAPub. Tali disposti rappresentano una *lex specialis* nei confronti degli artt. 35 cpv. 1 e 3, nonché art. 36 PA (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 810 ss.). Decisioni che rientrano nella sfera di applicazione della LAPub possono dunque anche solo essere munite di una semplice motivazione sommaria. Conformemente alla prassi dello scrivente Tribunale, le esigenze poste all'obbligo di motivazione sommaria giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub non sono molto elevate. Esse sono adempiute ad esempio quando la motivazione contiene una spiegazione sufficiente per la scelta dell'aggiudicataria sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione pubblicati (cfr. decisione incidentale TAF del 30 gennaio 2008 B-6136/2007, consid. 7.4; per la prassi della CRAP cfr. decisione CRAP 20/00 consid. 5b).

Ulteriori informazioni sulle caratteristiche ed i vantaggi determinanti dell'offerta aggiudicataria rispettivamente sui motivi essenziali per l'esclusione dell'offerta possono tuttavia essere comunicate su richiesta della parte interessata (cfr. art. 23 cpv. 2 lett. d e e LAPub). L'autorità aggiudicatrice può scegliere di trasmettere simili informazioni già dall'inizio nella motivazione della decisione impugnata oppure attendere fino a che un offerente escluso dall'aggiudicazione ne faccia esplicita richiesta (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. N 810 i.f.). Sulla base di dette informazioni secondo l'art. 23 cpv. 2 lett. d e e LAPub l'offerente escluso deve essere posto nella condizione di poter inoltrare un ricorso

sufficientemente motivato.

In ogni caso gli offerenti esclusi devono essere messi nella condizione di tutelare a pieno il proprio diritto a ricorrere. Eventuali violazioni dell'obbligo di motivazione quale componente del diritto di essere sentito potrebbero eccezionalmente essere sanate nella procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, nella misura in cui l'autorità aggiudicatrice in tale ambito fa fronte al suo obbligo di motivare le decisioni ed il ricorrente ha l'opportunità di prendere posizione sui motivi adottati, considerato che lo scrivente Tribunale dispone di piena cognizione (cfr. sentenza TAF del 15 febbraio 2011 B-8563/1010 consid. 2.2.1 con rinvii a prassi e dottrina).

4.2. In data 4 febbraio 2011 l'autorità aggiudicatrice ha comunicato ai ricorrenti che la loro offerta non era stata presa in considerazione essenzialmente per ragioni di prezzo. Dalla comunicazione scritta emergono le generalità del consorzio aggiudicatario ed il prezzo dell'aggiudicazione di CHF 38'344'050.- (IVA esclusa; importi Regia, Ribassi e Sconti inclusi). I medesimi dati sono riportati allo stesso modo nella pubblicazione dell'aggiudicazione nel SIMAP N. di notificazione 590529 del 7 febbraio 2011.

Con scritto dell'11 febbraio 2011 i ricorrenti hanno preso atto della comunicazione dell'aggiudicazione e chiesto al committente di mettere a disposizione almeno l'intero incarto completo riguardante la propria offerta, quella dell'offerta del consorzio aggiudicatario, nonché la valutazione delle offerte sulla base dei criteri esposti nel bando di concorso, in particolare ai punti 3.3, 3.4 e 3.5.

A seguito di tale richiesta il committente ha invitato il consorzio ricorrente ad un incontro allo scopo di comunicare le informazioni inerenti all'appalto in questione.

L'incontro, il cui contenuto essenziale è stato verbalizzato, ha avuto luogo il 15 febbraio 2011 alle ore 09:00 a Bellinzona. Nel verbale sono riportate di nuovo le informazioni sulla procedura d'aggiudicazione seguita (procedura libera), sull'offerente scelto (Consorzio Y. _____, inclusi i nomi dei membri del consorzio), sul prezzo dell'offerta scelto (importo di aggiudicazione conformemente alla comunicazione nel SIMAP) e sui criteri di aggiudicazione (1. Redditività; 2. Qualità). Per quanto attiene alle caratteristiche essenziali e i vantaggi dell'offerta scelta, nel verbale è riferito che la qualità dell'offerta scelta supera in modo esaustivo il punteggio minimo richiesto di 300 punti e che il prezzo dell'offerta è

migliore (-7,3 % comparato all'offerta del Consorzio X._____). Inoltre è messo a verbale il risultato della valutazione dell'offerta del consorzio ricorrente sulla base dei criteri di aggiudicazione. Riguardo al criterio d'aggiudicazione della redditività sono resi noti l'importo dell'offerta X._____ al momento dell'apertura delle offerte (CHF 39'275'019.55) e l'importo dopo i chiarimenti e la correzione aritmetica (CHF 41'383'513.65), con la precisazione che la correzione aritmetica delle regie presenta una differenza di + 10'500.- CHF e l'aggiornamento dell'offerta dopo il chiarimento tecnico ammonta a + 2'097'994.- CHF. Nel verbale è parimenti contenuta la valutazione dell'offerta dei ricorrenti in considerazione del criterio di aggiudicazione della qualità, con l'indicazione delle note ottenute nei quattro sottocriteri ed il risultato del valore d'uso, ottenuto dal prodotto tra il "peso" del sottocriterio con la nota assegnata, il quale raggiunge un totale di 370 punti. Nel verbale è infine segnalato che la qualità dell'offerta dei ricorrenti, globalmente, è valutata buona e che sulla base delle prove presentate si evince che gli organigrammi, le misure organizzative e i provvedimenti previsti sono più che soddisfacenti al rispetto dei vincoli, delle esigenze e delle scadenze imposte.

4.3. In considerazione del modo di procedere dell'autorità aggiudicatrice è constatato che quest'ultima ha rivelato i motivi per l'aggiudicazione della commessa al consorzio aggiudicatario e per l'esclusione dell'offerta dei ricorrenti in due tappe, dapprima nella comunicazione e nella pubblicazione della decisione d'aggiudicazione e in seguito su richiesta dei ricorrenti nel corso del debriefing. Questo modo di procedere è conforme all'art. 23 cpv. 2 LAPub.

Da un esame prima facie del contenuto della comunicazione e rispettiva decisione d'aggiudicazione pubblicata sul SIMAP il 7 febbraio 2011, nonché del verbale del debriefing del 15 febbraio 2011 emerge che l'autorità aggiudicatrice ha comunicato al consorzio ricorrente il tipo di procedura di aggiudicazione svolta (procedura aperta), il nome dell'offerente scelto, il prezzo dell'offerta scelta, i motivi essenziali dell'eliminazione (prezzo), e le caratteristiche essenziali dell'offerta scelta (superamento dei parametri qualitativi e miglior prezzo). Le suddette comunicazioni trasmesse dall'autorità aggiudicatrice possono essere quindi senz'altro suscettibili di soddisfare le esigenze poste alla motivazione sommaria di cui all'art. 23 cpv. 1 e 2 LAPub. Sulla base delle allegazioni riportate nel ricorso è inoltre possibile ritenere che i ricorrenti siano perlomeno stati in grado di riconoscere la portata della decisione impugnata. La circostanza che i ricorrenti si sono rifiutati di sottoscrivere il verbale poiché l'autorità aggiudicatrice nel corso del debriefing non si

sarebbe occupata di rispondere ad ulteriori domande dei ricorrenti in relazione all'offerta aggiudicataria, non può andare a scapito dell'attendibilità delle comunicazioni messe a verbale, dal momento che queste ultime coincidono in parte con i dati riportati nel bando e nella decisione di aggiudicazione e, del resto, non sono state nemmeno messe in dubbio dagli stessi ricorrenti (cfr. anche consid. 4.4 di seguito).

4.4. Nel memoriale di ricorso i ricorrenti ribadiscono come per loro sia importante conoscere il prezzo iniziale dell'offerta del consorzio aggiudicatario rispettivamente se il prezzo di tale offerta abbia subito delle correzioni nel corso della procedura di aggiudicazione. L'autorità aggiudicatrice è invece del parere di non essere tenuta, sulla base dell'art. 23 cpv. 3 LAPub, a svelare dettagli dell'offerta dell'aggiudicatario relativi al punteggio ed al prezzo iniziale. Dette informazioni violerebbero segreti d'affari, segreti di fabbricazione oppure interessi dei concorrenti. Per questi motivi l'autorità aggiudicatrice ha rifiutato di trasmettere ai ricorrenti il rapporto di valutazione delle offerte.

Dalla prassi e dalla dottrina in riferimento all'art. 23 LAPub non emerge se il committente ha l'obbligo di comunicare nella motivazione sommaria, oltre al prezzo considerato per l'aggiudicazione, anche il prezzo iniziale dell'offerta vincente. In casu, la questione a sapere se e in che misura la sola comunicazione del prezzo iniziale dell'offerta scelta, nonché del punteggio ottenuto dall'offerta del consorzio aggiudicatario sulla base dei criteri di aggiudicazione sia in contrasto con eventuali interessi economici o segreti d'affare degli offerenti e debba per questo essere trattata in maniera confidenziale, come pretende il committente, può essere lasciata aperta. Infatti, anche nell'ipotesi che dal rifiuto del committente di comunicare ai ricorrenti il prezzo iniziale dell'offerta aggiudicataria e il punteggio da essa ottenuto possa risultare un'eventuale violazione del diritto di essere sentito dei ricorrenti, una simile violazione potrebbe comunque essere sanata nel corso del presente procedimento. Giova infatti ricordare che con ordinanza del 25 marzo 2011 lo scrivente Tribunale, tenendo conto delle censure sollevate nel ricorso, ha trasmesso ai ricorrenti tra gli altri il documento 2.1 (rapporto valutazione offerte del 22 novembre 2010, pag. 8, 9, 10, 13 – parzialmente annerito o occultato; allegato 3: copia verbale di discussione offerta con consorzio aggiudicatario; unicamente parte riguardante le osservazioni, pag. 5 di 6, parzialmente annerito), il documento 3.7 (invito a discussione offerta del 9 novembre 2010 per il consorzio Y. _____), il documento 6 (copia estratto 2 Offerta X. _____ del 22 novembre 2010 con il confronto con la prima offerta evidenziato in rosso). In questo modo i ricorrenti sono venuti a conoscenza del prezzo iniziale dell'offerta aggiudicataria,

dell'andamento della procedura di aggiudicazione in particolare dei risultati delle trattative e delle relative ripercussioni sui prezzi delle offerte, nonché del punteggio ottenuto dall'aggiudicatario sulla base dei criteri di aggiudicazione (cfr. per i dettagli consid. 5 ss.). Oltracciò i ricorrenti hanno fatto uso dell'opportunità di completare la motivazione del ricorso sulla base degli ulteriori documenti trasmessi.

Visto quanto precede, sulla base di un esame prima facie è possibile concludere che la censura dei ricorrenti circa la violazione dell'obbligo di motivazione e dei diritti di difesa non è fondata e un'eventuale violazione del diritto di essere sentito sarebbe da considerare sanata.

5.

In secondo luogo i ricorrenti fanno valere una violazione del principio della parità di trattamento nella procedura di aggiudicazione. Al centro delle loro critiche vi è l'atteggiamento del committente in relazione alle richieste di verifica e di giustificazione puntuale di diverse voci dell'offerta, il che li avrebbe indotti ad aumentare il prezzo della medesima. I ricorrenti sospettano che il committente abbia ritenuto la loro offerta troppo bassa o poco verosimile e che lo stesso abbia adottato un altro atteggiamento nei confronti di altri offerenti durante la fase di discussione e delle trattative d'offerta.

Il committente solleva obiezioni contro le asserzioni dei ricorrenti secondo cui egli avrebbe invitato i ricorrenti a modificare la loro offerta, precisando di aver soltanto fatto richiesta di diverse verifiche in fase di discussione d'offerta, in particolare dell'analisi dei prezzi per quelle posizioni apparentemente non plausibili in rapporto ai prezzi di mercato. Il committente ribadisce di aver svolto simili trattative con contenuti simili anche con altri concorrenti. Le domande chiarificatorie poste in sede di discussione d'offerta sarebbero di natura tecnica e finanziaria. Inoltre i chiarimenti circa l'offerta dei ricorrenti avrebbero portato anche ad una riduzione dell'offerta.

5.1. A titolo introduttivo è indicato che il concetto di parità di trattamento riferito alla procedura di aggiudicazione significa parità di opportunità formale e procedurale (cfr. per tutto MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, N 186, 193 ss.). Ad ogni candidato ed offerente deve essere garantito il medesimo quadro formale della partecipazione alla procedura di aggiudicazione, vale a dire la trasmissione di informazioni deve essere uguale ed avvenire contemporaneamente, devono essere assegnati termini uguali e valere le stesse disposizioni formali. Questi aspetti formali servono ad

approfondire le conoscenze riguardo alla commessa messa a concorso, ad eseguire una descrizione il più neutrale possibile della prestazione richiesta, a modificare i parametri durante il corso della procedura, nonché a rispondere alla questione a sapere quali offerenti sono da invitare alle trattative posteriori e come tali trattative devono essere svolte.

5.2. Per poter rispondere al quesito se e in che misura il committente nella procedura di aggiudicazione in esame ha osservato il principio della parità di trattamento e della trasparenza, occorre passare in rassegna le diverse fasi di tale procedura sulla base del bando di concorso e dei documenti messi agli atti.

5.2.1. Dalle informazioni contenute nel rapporto di valutazione delle offerte, confermate del resto nella presa di posizione del committente del 18 marzo 2011, risulta che la procedura di valutazione delle offerte è stata suddivisa in nove fasi (1. Apertura delle offerte, 2. Esame formale delle offerte, 3. Verifica di completezza della documentazione dal punto di vista tecnico, 4. Verifica dei criteri di idoneità, 5. Valutazione dei criteri di aggiudicazione, 6. Compilazione di una prima graduatoria provvisoria, 7. Discussioni d'offerta (trattative), 8. Rettifica delle offerte, 9. Decisione). Sulla scorta delle medesime informazioni è dato a sapere che il confronto delle offerte tra i consorzi è avvenuto sulla base della documentazione d'offerta consegnata dagli offerenti in data 3 settembre 2010, dei documenti di integrazione dell'offerta consegnati in una seconda fase su richiesta del committente (risposte alla prima serie di richieste di precisazioni), dei documenti di integrazione dell'offerta, consegnati in una terza fase su richiesta del committente (risposte alle richieste di conferma di analisi prezzi), della discussione d'offerta a seguito di convocazione presso il committente dei tre consorzi meglio posizionati dal profilo dell'economicità dell'offerta e delle relative risposte e documentazione consegnata seduta stante e infine dei nuovi prezzi rettificati dai 3 consorzi e consegnati nelle date concordate in fase di discussione d'offerta.

Durante la fase di allestimento delle offerte le imprese hanno avuto l'opportunità di formulare domande per chiarimenti inerenti la documentazione d'appalto. Le domande erano da consegnare per scritto entro il 27 luglio 2010 (cfr. punto 1.3 del bando di concorso). Le domande inoltrate e le relative risposte sono riportate nel rapporto di valutazione (pag. 5-7).

L'apertura delle sei offerte inoltrate entro il 3 settembre 2010 è avvenuta in forma non pubblica il 13 settembre 2010 (rapporto di valutazione

p. 7 s., presa di posizione del 18 marzo 2011). Secondo il punto 3.4 del rapporto di valutazione tutti gli offerenti hanno superato la fase di valutazione formale delle documentazioni d'offerta. Dalla valutazione qualitativa degli offerenti è risultato che tutti i consorzi ad eccezione di uno hanno superato il valore minimo di 300 punti, la condizione per passare alla successiva valutazione economica (rapporto di valutazione p. 10).

Da quanto precede è possibile affermare sulla scorta di un esame prima facie che non vi sono indizi suscettibili di concludere che le fasi della procedura di aggiudicazione fino alla valutazione qualitativa degli offerenti si siano svolte in violazione del principio della parità di trattamento. Nemmeno i ricorrenti hanno fatto asserzioni contrarie.

5.2.2. Per quanto attiene alla fase della procedura di aggiudicazione successiva all'esame del criterio di aggiudicazione della qualità, al punto 4.5 del rapporto di valutazione è segnalato che la valutazione dei rispettivi prezzi offerti ha evidenziato, secondo il parere del gruppo di lavoro, dei prezzi anomali. Sempre secondo il punto 4.5 del rapporto di valutazione e in conformità ai dati complementari forniti nella presa di posizione del 18 marzo 2011 e nell'elenco degli allegati corrispondente si evince che in data 15 e 29 ottobre 2010 il committente ha chiesto ai tre consorzi migliori nella graduatoria intermedia, tra cui i ricorrenti e l'aggiudicatario, una serie di analisi prezzi in riferimento a determinate posizioni. I ricorrenti hanno inoltrato la loro risposta il 21 ottobre e del 5 novembre 2010, l'aggiudicatario in data 22 ottobre e 5 novembre 2010.

Per quanto attiene a questa fase della procedura di aggiudicazione, gli accertamenti sulla base di un esame prima facie portano a concludere che il modo di procedere dell'autorità aggiudicatrice è conciliabile con il principio della parità di trattamento. Sia ai ricorrenti che all'aggiudicatario l'autorità aggiudicatrice ha inviato la richiesta di ulteriori informazioni in forma scritta e per l'inoltro della risposta sembrano essere stati assegnati ad entrambi termini uguali.

5.2.3. Di seguito viene esaminata la fase delle discussioni d'offerta.

5.2.3.1 Per quanto riguarda la fase di trattative nel quadro della procedura di aggiudicazione occorre segnalare che il diritto federale in materia di acquisti pubblici prevede una deroga al principio secondo cui non è consentito modificare le offerte dopo la scadenza del termine del loro inoltro, a meno che non si tratti di una semplice rettifica dal profilo tecnico e contabile (cfr. art. 25 dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11

dicembre 1995, OAPub, RS 172.056.11). Giusta l'art. 20 cpv. 1 LAPub possono essere condotte trattative, a condizione che ne sia fatta menzione nel bando, oppure che nessuna offerta risulti più conveniente dal profilo economico (cfr. anche l'art. 26 OAPub). Il Consiglio federale disciplina la procedura secondo i principi della confidenzialità, della forma scritta e della parità di trattamento (art. 20 cpv. 2 LAPub).

L'obbligo di tenere un protocollo è l'elemento centrale delle prescrizioni di forma che devono essere osservate nel caso si svolgano trattative (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N 435; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurigo-Basilea-Ginevra, 2008, N 68). Nel caso di trattative orali, il committente mette a verbale almeno (a.) i nomi delle persone presenti, (b.) le parti dell'offerta oggetto delle trattative e (c.) i risultati delle trattative (art. 26 cpv. 3 OAPub). Il verbale dev'essere firmato da tutti i presenti (art. 26 cpv. 4 OAPub). Le trattative servono in particolare a realizzare e a migliorare la comparabilità delle offerte (art. 20 cpv. 1 lett. b LAPub).

5.2.3.2 Nel caso di specie, alla cifra 4.3 del bando di concorso, il committente si è espressamente riservato la possibilità di svolgere eventuali trattative. L'autorità aggiudicatrice ha considerato tra le sei offerte inoltrate entro il termine per la presentazione che le offerte del consorzio ricorrente, del consorzio aggiudicatario e di un terzo consorzio potevano entrare in linea di conto per l'aggiudicazione, in quanto si erano posizionate ai primi tre posti della graduatoria provvisoria (cfr. rapporto di valutazione punto 4.6). Con scritti separati di data 9 novembre 2010 il committente ha invitato il consorzio ricorrente, quello aggiudicatario ed un terzo consorzio alla rispettiva discussione d'offerta, allegando in anticipo per ciascun offerente la lista delle domande da trattare. Le trattative d'offerta hanno avuto luogo nei giorni 15 novembre 2010 per il consorzio aggiudicatario, il 16 novembre 2010 per il consorzio ricorrente e il 17 novembre 2010 per il terzo consorzio.

Nell'ambito delle discussioni d'offerta i rappresentanti dei consorzi hanno risposto alle domande poste nella relativa lista allegata all'invito del 9 novembre 2011 e le osservazioni sono state verbalizzate nei rispettivi verbali d'offerta. I verbali d'offerta sono riportati integralmente all'allegato 3 del rapporto di valutazione. Ogni verbale è stato sottoscritto dai rappresentanti dei consorzi invitati e del committente che hanno partecipato agli incontri.

Alla voce "Osservazioni" nei verbali di discussione dell'offerta risulta che il committente ha fissato ai ricorrenti ed all'aggiudicatario un termine di 4

giorni per la consegna e presentazione della documentazione integrativa, nonché di eventuali aggiornamenti dei prezzi unitari e di eventuali sconti e ribassi.

In data 22 novembre 2010 rispettivamente 19 novembre 2010 il consorzio ricorrente rispettivamente l'aggiudicatario hanno trasmesso la loro offerta aggiornata.

5.2.3.3 In virtù di una valutazione giuridica sommaria della situazione sopra descritta lo scrivente Tribunale giunge alla conclusione che il committente ha svolto la fase di discussione dell'offerta in osservanza del principio della parità di trattamento e dei requisiti formali vigenti nell'ambito delle trattative. Il committente ha convocato alla discussione d'offerta quegli offerenti che avrebbero potuto avere la possibilità di ottenere l'aggiudicazione, rispettando il minimo di tre offerenti statuito all'art. 26 cpv. 2 OAPub. Nell'invito alla discussione d'offerta il committente ha annunciato in anticipo ad ogni offerente le parti dell'offerta su cui avrebbe desiderato trattare, conformemente all'art. 26 cpv. 2 lett. b OAPub, mentre nei verbali delle discussioni sono ancorati per ognuno dei tre offerenti termini e modalità per l'inoltro dell'offerta definitiva (art. 26 cpv. 2 lett. c OAPub). Da un esame preliminare appaiono parimenti adempite le esigenze minime in materia di tenuta di protocollo (art. 26 cpv. 3 e 4 OAPub), in quanto dai verbali sono evincibili i nominativi dei presenti, quali parti dell'offerta sono state trattate ed i risultati della discussione. I verbali sono inoltre stati firmati dai rispettivi rappresentanti. In ciascuno dei verbali è possibile inoltre ripercorrere le varie fasi di discussione d'offerta, le quali sono suddivise per ognuno dei tre consorzi in dodici categorie (Premesse, Installazioni di cantiere, Esecuzione, Ambiente, Programma dei lavori, Prezzi offerti, Riserve, Subappaltatori, Esigenze e qualità, Sicurezza sul lavoro, Trattative, Osservazioni). Risulta quindi condivisibile l'allegazione del committente secondo cui nella discussione d'offerta sono state trattate domande di natura tecnica e finanziaria.

5.2.4. Infine va esaminato se il committente ha condotto le trattative in riferimento alle correzioni del prezzo delle offerte in conformità con il principio della parità di trattamento.

5.2.4.1 Secondo la prassi della vecchia Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP) i partecipanti alle trattative devono avere la stessa possibilità di modificare o ottimizzare l'offerta, segnatamente anche di ridurre il prezzo dell'offerta. Onde osservare il principio dell'uguaglianza di trattamento è necessario dare ad ogni partecipante

alle trattative un'opportunità uguale di adattare i propri prezzi. Tuttavia, il principio della parità di trattamento non esige che a tutti gli offerenti sia conferita la possibilità di abbassare il prezzo per la medesima posizione, bensì solo che, nel complesso, avvenga una parità di trattamento in relazione alle categorie rilevanti (cfr. decisione CRAP del 7 novembre 1997 (1996-008) consid. 4e/cc, citata in BEYELER, op. cit. N 204 e ALEXIS LEUTHOLD, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, N 151). In altre parole, agli offerenti deve essere data la possibilità di giustificare l'ammontare dei prezzi offerti o addirittura di ridurre tali prezzi (decisione CRAP 1996-008 consid. 4e/cc). A tutti i partecipanti alle trattative deve essere concesso un termine di tempo uguale per il completamento della propria offerta e l'allestimento dell'offerta ottimizzata (decisione CRAP 015/2003b, consid. 6).

5.2.4.2 Nelle osservazioni del 18 marzo 2011 il committente espone servendosi di una rappresentazione tabellare le correzioni più rilevanti dei prezzi unitari dell'offerta dei ricorrenti risultanti dal documento 6 (Offerta X. _____ del 22 novembre 2010 con la prima offerta del 2 settembre 2010 evidenziato in rosso). In una tabella riassuntiva egli adduce quali posizioni dell'offerta dei ricorrenti hanno subito in fase di trattativa un adattamento del prezzo verso il basso (CPN 181.680: semina e falciatura –CHF 135'000.–), rispettivamente verso l'alto (CPN 241.6XX: calcestruzzo CHF + 184'000.–; CPN 221.111.213: fornitura di misto granulare CHF + 688'000.–; CPN 241.5XX: fornitura e posa di acciaio d'armatura CHF + 1'451'000.–, recte 1'360'000.–). La differenza rispetto all'offerta iniziale ammonta a CHF + 2'097'000.–. Inoltre il committente evidenzia che alla posizione CPN 111 lavori di regia pos. 269.211 i ricorrenti hanno adottato un fattore 1.05 invece del fattore previsto, e menzionato esplicitamente nella posizione citata di 1.10, cosicché la correzione del fattore genera un aumento di CHF 10'500.–.

I ricorrenti rimproverano all'autorità aggiudicatrice di aver suscitato in loro, durante la fase di discussione dell'offerta, il sospetto che la loro offerta fosse sottocosto. Tuttavia va rilevato che nel verbale di discussione della loro offerta non si trovano indizi che potrebbero alimentare una simile ipotesi. Appare piuttosto evidente che le trattative sono state ordinate per fare chiarezza su diversi punti relativi all'analisi dei prezzi, considerato che il committente nel rapporto di valutazione aveva definito tali prezzi anomali. Occorre inoltre tener presente che i ricorrenti non contestano di aver eseguito correzioni nella loro offerta. I medesimi elencano addirittura i motivi che li hanno indotti ad adattare il prezzo offerto inizialmente. Si tratterebbe di errori tecnici, sviste o simili (cfr. l'espressione testuale dei ricorrenti "non proprio dei veri e propri errori di calcolo") in riferimento alla

posizione "idrosemina", al fattore per i lavori a regia ed in parte alla posizione relativa all'acciaio (CPN 241.5XX). Da notare che quest'ultima correzione è notevole (+ CHF 1'360'000.-), rappresentando più del 60 % dell'aumento relativo all'importo dell'offerta nella fase delle trattative. Dal verbale di discussione d'offerta da loro sottoscritto emerge che i ricorrenti hanno ammesso di non poter confermare la correttezza dei prezzi offerti per le posizioni CPN 241.511.XXX, in particolare non risultava il costo del materiale alla posizione CPN 511.233. Le deposizioni nel verbale sono concretizzate nelle osservazioni del committente che indica come nelle posizioni descritte i ricorrenti avessero inizialmente "dimenticato" di offrire 1'200 tonnellate di acciaio d'armatura. I prezzi al kg per la posa e la fornitura d'acciaio erano stati fissati inizialmente a fr. 0,20/kg, rispettivamente fr. 0,50/kg e in seguito sono stati modificati in sede di trattative a fr. 1,20/kg rispettivamente fr. 6,00/kg. Visto quanto precede, le ragioni per il cospicuo aumento del prezzo dell'offerta nelle posizioni relative alla fornitura ed alla posa di acciaio d'armatura sono quindi unicamente da imputare ai ricorrenti. Questi ultimi sembrano inoltre non rendersi conto che le trattative hanno portato anche ad una riduzione del prezzo dell'offerta nella posizione CPN 181.680 "semina e falciatura" (- CHF 135'000.-). Per il resto i ricorrenti non si esprimono rispettivamente non motivano in modo sostanzioso se e in che misura le ulteriori correzioni siano avvenute a torto.

In considerazione delle allegazioni suesposte non sono ravvisabili indizi atti ad affermare che il committente abbia condotto le trattative in relazione alle correzioni del prezzo delle offerte in maniera avversa al principio della parità di trattamento.

5.2.5. Nel loro complemento al ricorso i ricorrenti osservano che la loro offerta è stata corretta verso l'alto nella misura del 5,3 % rispetto all'offerta iniziale, mentre l'offerta del consorzio aggiudicatario è stata corretta di ben CHF 4'184'800.- (IVA esclusa), il che corrisponde ad una differenza del 9,8 % rispetto all'offerta iniziale. Essi lamentano che a loro avviso non sono ravvisabili i fattori per la massiccia riduzione dell'offerta aggiudicataria.

Il rimprovero dei ricorrenti non può trovare tutela. Dagli estratti del rapporto di valutazione in cui i ricorrenti hanno parzialmente avuto visione (p. 10, 13) traspare che, secondo la prima graduatoria provvisoria, l'offerta del consorzio ricorrente ammontava a CHF 39'275'019.65 (IVA esclusa), mentre quella dell'aggiudicatario a CHF 42'528'893.05 (IVA esclusa). Parimenti salta all'occhio che il consorzio aggiudicatario ha offerto un ribasso del 6 % ed uno sconto del 1 %, ma che queste

condizioni, come giustamente fa notare il committente, non sono state considerate nell'importo dell'offerta, invece i ricorrenti non hanno concesso né sconti né ribassi (p. 10 del rapporto di valutazione). Secondo la graduatoria finale (cfr. p. 13 del rapporto di valutazione) l'offerta dei ricorrenti presenta un importo di CHF 44'528'660.96 (IVA inclusa), quella dell'aggiudicatario CHF 41'258'197.77 (IVA inclusa). Inoltre è reso noto che il consorzio aggiudicatario ha offerto nel complesso un ribasso pari all'8 % ed uno sconto del 2 %, stavolta compreso nel prezzo dell'offerta. I ricorrenti non hanno accordato ribassi o sconti.

Giova ricordare che nell'ambito di trattative d'offerta secondo il diritto federale in materia di appalti pubblici sono possibili trattative sul prezzo delle offerte (cfr. decisione CRAP del 29 aprile 1998 1997-017, consid. 3c; decisione CRAP dell'11 marzo 2005 2004-014, consid. 2a/cc), in particolare la concessione di ribassi, sconti, clausole della scala mobile dei prezzi, termini di pagamento, ecc. (cfr. ALEXIS LEUTHOLD, in: BR 2009 108 ss.: *Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren; Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge*, p. 109 s.). Di principio, sconti e ribassi possono essere considerati nel quadro della valutazione delle offerte fintanto che la concessione degli stessi non è espressamente esclusa dalla documentazione del bando (cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N. 548).

In casu, nel modulo d'offerta / elenco prezzi (allegato 1.5) secondo la documentazione d'appalto inoltrata agli offerenti è esplicitamente prevista per diverse posizioni la concessione di ribassi e sconti. Nei verbali di discussioni d'offerta in riferimento alle trattative dei ricorrenti e dell'aggiudicatario risulta alla voce "Osservazioni" che l'autorità aggiudicatrice ha conferito ad entrambi gli offerenti la possibilità di inoltrare nuovi rispettivamente ulteriori sconti e ribassi. Ne consegue che gli sconti e i ribassi concessi dall'aggiudicatario potevano essere considerati nel quadro della valutazione dell'offerta. Proprio il confronto dell'importo iniziale con quello finale dell'offerta dell'aggiudicatario illustra che l'adattamento di tale importo verso il basso è da far risalire in gran parte alla considerazione degli sconti e dei ribassi concessi sia con l'offerta iniziale sia con quella finale. Da quanto precede è ravvisabile che gli argomenti addotti dai ricorrenti mancano di pertinenza e non sono privi di una certa contraddizione laddove essi criticano, da una parte, che l'atteggiamento del committente li abbia indotti a modificare verso l'alto l'offerta, ma, dall'altra, rinunciano alla possibilità di concedere sconti e ribassi e quindi di adattare il prezzo dell'offerta verso il basso.

5.3. In riassunto, alla luce di un esame prima facie della situazione lo scrivente Tribunale giunge alla conclusione che non vi sono punti di riferimento suscettibili di affermare che il committente abbia violato il principio della parità di trattamento nel modo in cui ha condotto le trattative. In particolare, il committente ha fissato a tutti gli offerenti invitati alla discussione d'offerta un termine uguale per completare le proprie offerte e per allestire l'offerta finale. Ogni offerente preso in considerazione per le trattative ha avuto l'opportunità di chiarire i punti controversi delle offerte, sia per iscritto su domanda dell'autorità aggiudicatrice, sia nell'ambito delle trattative. Nella discussione d'offerta sono state affrontate per tutti gli offerenti invitati le medesime tematiche e sono state poste domande di natura tecnica e finanziaria. Sia in fase di discussione d'offerta come pure nella documentazione d'appalto era prevista la possibilità per gli offerenti di concedere sconti e ribassi. Di conseguenza non sono ravvisabili indizi concreti secondo i quali il committente abbia sollecitato i ricorrenti di proposito o in mala fede, vale a dire senza una ragione oggettiva, ad aumentare il prezzo dell'offerta. La censura dei ricorrenti non può altro che rivelarsi infondata.

6.

I ricorrenti criticano la procedura di valutazione delle offerte secondo i criteri di aggiudicazione. A loro modo di vedere la suddivisione della procedura in due distinte fasi preclude ai concorrenti soccombenti il diritto di contestare non solo le risultanze della valutazione qualitativa delle offerte, ma anche quelle riferite all'idoneità dei concorrenti. Per i ricorrenti non sarebbe chiaro il significato delle espressioni pubblicate nel bando quali "Somma dei punti del valore d'uso 300" come pure "Tra le offerte che raggiungono il valore qualitativo mirato, l'aggiudicazione viene assegnata a quella che presenta la migliore redditività complessiva". Essi ritengono che le prove fornite dai concorrenti per dimostrare l'adempimento dei sotto-criteri qualitativi devono essere verificate anche dal profilo del prezzo e mettono in dubbio che il prezzo dell'offerta del consorzio aggiudicatario offra sufficienti garanzie di affidabilità, non da ultimo a causa di una serie di difficoltà (gravi ritardi, superamento delle spese) riportate nella stampa e con cui l'impresa Z._____ sarebbe confrontata.

Il committente considera tardiva la censura dei ricorrenti riguardo alla suddivisione della procedura di aggiudicazione ed infondato il rimprovero secondo cui gli aspetti qualitativi non siano stati presi in considerazione sotto l'aspetto del criterio del prezzo.

6.1. I criteri di aggiudicazione devono essere indicati nei documenti del bando, in ordine d'importanza (art. 21 cpv. 2 LAPub). Il bando deve contenere le indicazioni minime giusta l'allegato 6 cpv. 2 OAPub. Entro tali limiti il committente dispone di un ampio margine di giudizio nella scelta dei criteri di idoneità e di aggiudicazione, dei mezzi di prova richiesti nonché nella ponderazione dei criteri di aggiudicazione (decisione incidentale TAF del 13 maggio 2009 B-1439/2009 consid. 4.7.1 con rinvii). Il principio della trasparenza impone in particolare che dalla comunicazione dei criteri di aggiudicazione risulti in maniera evidente quale peso il committente attribuisce ai singoli criteri. Qualora i criteri comunicati non vengano presi in considerazione, sia invertito il loro grado di importanza, venga eseguita una ponderazione diversa oppure applicati criteri supplementari non comunicati a priori, il committente agisce in maniera avversa al diritto in materia di acquisti pubblici (decisione incidentale TAF del B-3311/2009 consid. 5.2 con rinvii).

6.2. Al punto 3.9 del bando di concorso sono elencati e trattati i criteri di aggiudicazione. I criteri principali sono (1) la redditività (prezzo offerto, importo a regia incluso) e (2) la qualità. La qualità viene valutata sulla scorta di 4 sottocriteri: (1) Rispetto della qualità richiesta, Peso 35 %, nota minima 3.0; (2) Adeguatezza svolgimento lavori e logistica edilizia, Peso 30 %; (3) Garanzia del rispetto delle scadenze, Peso 25 %, nota minima 3.0; (4) Rispetto dell'ambiente, Peso 10 %. Per ciascuno dei 4 sottocriteri sono elencate le prove da inoltrare. Infine il bando di concorso indica la scala delle note: da 0 (non valutabile) a 5 (ottimo), la somma dei punti del valore d'uso 300 e spiega che tra le offerte che raggiungono il valore qualitativo mirato, l'aggiudicazione viene assegnata a quella che presenta la miglior redditività complessiva.

Dalla comunicazione dei criteri di aggiudicazione conformemente al bando di concorso è riconoscibile che le offerte che raggiungono il punteggio minimo di 300 punti (valore d'uso, valore qualitativo mirato) vengono in seguito esaminate solo secondo il criterio della redditività. Ciò trova conferma anche nel rapporto di valutazione dove si legge "La somma dei valori d'uso richiesta è pari ad almeno 300: in caso contrario il Consorzio è escluso dalla gara e non è quindi oggetto di successiva valutazione economica." (cfr. rapporto di valutazione p. 10). Il sistema di valutazione previsto nel bando era quindi suddiviso in due fasi di valutazione separate, la prima relativa alla qualità, la seconda relativa alla redditività, l'esame della redditività presupponeva il raggiungimento di almeno 300 punti al criterio della qualità. Dalla comunicazione dei criteri di aggiudicazione secondo il bando non sono ravvisabili indizi suscettibili

di affermare che l'autorità aggiudicatrice abbia leso il principio della trasparenza.

6.3. In riferimento alla problematica relativa alla considerazione degli aspetti qualitativi anche nella valutazione del prezzo dell'offerta, la CRAP ha riconosciuto nella sua prassi che una simile presa in considerazione potrebbe creare confusione tra i criteri prezzo e qualità e per questo compromettere la trasparenza della valutazione, tendendo ad ammettere che gli aspetti qualitativi dovrebbero essere piuttosto considerati nella valutazione della qualità e non del prezzo (cfr. sentenza CRAP 2002-032 pubblicata in GAAC 68 (2004) 1567 ss. consid. 4c/cc).

Nel caso in esame può restare aperta la questione a sapere se il committente avrebbe dovuto considerare la qualità delle offerte anche nell'esame del criterio di aggiudicazione della redditività. Considerato che dalla descrizione dei criteri di aggiudicazione nel bando ci si poteva ragionevolmente attendere che i concorrenti interessati riconoscessero il significato e la portata delle due fasi del sistema di valutazione, essi avrebbero dovuto impugnare con ricorso già il bando di concorso e in tale ambito criticare l'illiceità del metodo di valutazione pubblicato. Le relative censure sollevate nel presente procedimento potrebbero quindi rivelarsi tardive (cfr. sentenza CRAP 2006-016 pubblicata in GAAC 70 (2006) 827 ss., consid. 2c/cc).

7.

I ricorrenti contestano la qualità dell'offerta dell'aggiudicatario e a suffragio di tale censura allegano una serie di articoli di giornale secondo cui pare che la ditta Z._____, facente parte del consorzio aggiudicatario, sia confrontata con difficoltà quali gravi ritardi e superamento delle spese in diversi cantieri su cui opera. I ricorrenti segnalano inoltre che l'aggiudicazione della commessa al consorzio aggiudicatario avrebbe fatto oggetto di un'interrogazione parlamentare all'attenzione del Consiglio di Stato ticinese.

Il committente specifica di aver eseguito un'ulteriore verifica finanziaria, la quale avrebbe confermato in particolare la solidità finanziaria delle imprese costituenti il consorzio aggiudicatario.

A tale riguardo va osservato che le asserzioni a carico della ditta Z._____ riportate negli articoli di stampa e nella segnalazione dell'interrogazione parlamentare sono perlopiù supposizioni dal tono polemico alle quali non può essere attribuita una valenza probatoria di rilievo nel senso che potrebbero, già di per sé, confutare il risultato

dell'esame eseguito dal committente riguardo alla situazione finanziaria del consorzio aggiudicatario.

La censura dei ricorrenti, basata esclusivamente su articoli di stampa che non hanno alcun riferimento specifico con la presente procedura di aggiudicazione, non riesce a mettere in dubbio la valutazione delle offerte in riferimento al criterio della qualità.

8.

In riassunto, sulla base di un esame prima-facie della situazione giuridica materiale, lo scrivente Tribunale giunge alla conclusione che il ricorso è privo di probabilità di successo e dunque manifestamente infondato. Le censure dei ricorrenti riguardo alla violazione dell'obbligo di motivazione (consid. 4 ss.), alla violazione della parità di trattamento nel quadro della procedura di aggiudicazione, segnatamente per le trattative (consid. 5 ss.), nonché alla suddivisione della procedura di valutazione in due distinte fasi (consid. 6 ss.) appaiono prive di argomenti convincenti e validi. Ne consegue che la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta. Considerato il ricorso manifestamente infondato, lo scrivente Tribunale traslascia di eseguire la ponderazione degli interessi.

9.

La decisione incidentale sull'effetto sospensivo ha potuto essere presa in sostanza sulla base del ricorso, della presa di posizione del committente del 18 marzo 2011, delle osservazioni dei ricorrenti del 15 aprile 2011 e della relativa presa di posizione del committente del 29 aprile 2011. Inoltre, con ordinanza del 25 marzo 2011 sono stati trasmessi ai ricorrenti quei documenti che secondo il giudizio del giudice istruttore potrebbero essere rilevanti anche per la decisione nella causa principale (documento 2.1 [rapporto di valutazione delle offerte del 22 novembre 2010, parzialmente annerito ed occultato, p. 8, 9, 10, 13; allegato 3: copia verbale di discussione d'offerta con consorzio aggiudicatario, unicamente parte riguardante le osservazioni, pag. 5 di 6, parzialmente annerito], il documento 2.3 [informazioni sulla proposta di delibera del 6 dicembre 2010, soltanto pag. 5 di 8; parzialmente annerito], il documento 3.7 [invito a discussione d'offerta del 9 novembre 2010 per il consorzio aggiudicatario], il documento 6 [copia estratto 2, Offerta X. _____ del 22 novembre 2010 con il confronto con la prima offerta evidenziato in rosso] ed il documento 8 [lettera Ing. Z. _____ del 20 gennaio 2011]). Nelle osservazioni del 15 aprile 2011 i ricorrenti hanno avuto l'opportunità di esprimersi sulle risultanze di tali documenti.

La questione a sapere se e quali ulteriori atti o misure probatorie (segnatamente l'audizione di testi e una perizia, come richiesto dalle parti) si rivelano determinanti o necessari in vista della decisione nel merito della causa, rispettivamente quali ulteriori atti definiti confidenziali dal committente possono accedere all'esame degli atti dei ricorrenti dovrà essere giudicata, se del caso, nell'ambito di ulteriori misure di istruzione nella causa principale.

10.

La presente decisione incidentale rende privo d'oggetto il conferimento dell'effetto sospensivo pronunciato in via superprovvisoria alla cifra 2 della decisione incidentale del 1° marzo 2011.

Le spese processuali derivanti dalla presente decisione incidentale verranno definite nella decisione finale.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

La domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo è respinta.

2.

Le spese processuali verranno definite con la decisione finale.

3.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario; anticipata via fax);
- autorità aggiudicatrice (SIMAP del 7.2.11; N. di notificazione 590529; atto giudiziario; anticipata via fax);
- aggiudicatario (Consorzio Y. _____, (indirizzo) posta A).

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

La presente decisione incidentale - per quanto concerne la cifra 2 del dispositivo - può essere impugnata presso il Tribunale federale svizzero entro i trenta giorni dalla notifica del testo integrale della decisione (art. 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]), se essa può causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF) e se si pone una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF).

Data di spedizione: 24 maggio 2011