



Sentenza del 24 agosto 2020

Composizione

Giudici Pietro Angeli-Busi (presidente del collegio),
Pascal Richard, Francesco Brentani,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

Consorzio X._____,

composto da:

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,
5. **E.**_____,

tutte patrocinate dall'avv. Flavio Canonica,
ricorrenti,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA,
patrocinato dall'avv. Romina Biaggi-Albrici,
autorità aggiudicatrice,

e

Consorzio Y._____,

composto da:

1. **F.**_____,
2. **G.**_____,
3. **H.**_____,
4. **I.**_____,

tutte patrocinate dall'avv. Giacomo Fazioli,
controparti.

Oggetto

Acquisti pubblici; decisione di aggiudicazione del 17 aprile 2020 concernente il progetto "N13 Nuovo collegamento Locarno - Bellinzona, adeguamento Progetto Generale (PG), concorso per prestazioni multidisciplinari (ingegneria civile, ambientale e traffico)" (pubblicazione SIMAP n. 1120549, ID del progetto 191259).

Fatti:

A.

A.a In data 25 luglio 2019 l'Ufficio federale delle strade (di seguito: USTRA, autorità aggiudicatrice o committente) ha pubblicato sul SIMAP il bando di concorso per una commessa di servizi, impostato secondo la procedura aperta, relativo al progetto "N13 Nuovo collegamento Locarno - Bellinzona, adeguamento Progetto Generale (PG), concorso per prestazioni multidisciplinari (ingegneria civile, ambientale e traffico)" (pubblicazione SIMAP n. 1088921, ID del progetto 191259).

La commessa ha per oggetto le prestazioni di ripresa, la verifica e l'adeguamento del Progetto Generale (denominazione secondo l'art. 10 dell'ordinanza sulle strade nazionali del 7 novembre 2007 [OSN, RS 725.111]) – PG 2019 – elaborato dallo Stato del Canton Ticino, così come l'accompagnamento tecnico del committente fino alla sua approvazione da parte del Consiglio federale. In particolare si tratta di integrare nel PG 2019 le esigenze derivanti dalla legge federale sulle strade nazionali dell'8 marzo 1960 [LSN, RS 725.11] (cfr. punto 2.6 del bando).

Il punto 4.5.5 del bando contiene le indicazioni circa l'esclusione, rispettivamente la prevenzione. Il bando ha escluso in particolare dalla partecipazione alla gara il Consorzio W. (composto dalle ditte L., M., N., O., P., Q., R, S. e T) e i suoi singoli componenti, in quanto hanno elaborato il PG 2019 (cfr. punto 4.5.5 del bando). La documentazione di progetto denominata PG 2019 ed elaborata dal Consorzio W. ha potuto essere visionata presso USTRA previo appuntamento e fino alla scadenza del termine per le domande e risposte (cfr. punto 4.5.5 del bando). Al medesimo punto, il bando ha previsto l'esclusione della ditta U. SA in quanto svolge attività di BHU (supporto al committente) ed ha preparato la presente documentazione d'appalto. Infine, sempre al punto 4.5.5 del bando, lo Studio V. e lo studio di architettura VV. sono stati considerati entrambi preimplicati per aver funto da consulenti del committente per l'elaborazione del PG 2019. Tuttavia, questi ultimi hanno potuto partecipare al concorso separatamente o congiuntamente entro un termine più breve per la presentazione delle offerte (27 settembre 2019).

A.b Entro il termine di chiusura per la presentazione delle offerte (4 ottobre 2019 secondo il punto 1.4 del bando) sono pervenute al committente 4 offerte, tra cui quella delle ricorrenti e delle controparti.

A.c Mediante la decisione di aggiudicazione del 17 aprile 2020, pubblicata il giorno stesso sul SIMAP (n. della pubblicazione 1120549), l'autorità aggiudicatrice ha deliberato la commessa in oggetto alle controparti per un importo di fr. 2'896'510.– (IVA esclusa; punto 3.2 della decisione sull'aggiudicazione).

A.d Con scritti separati del 17 aprile 2020 USTRA ha comunicato a tutti gli offerenti l'avvenuta aggiudicazione in favore delle controparti.

A.e In data 30 aprile 2020 ha avuto luogo il debriefing presso la filiale di Bellinzona di USTRA.

B.

Avverso la decisione di aggiudicazione del 17 aprile 2020 le ricorrenti, piazzatesi al secondo posto nella graduatoria, sono insorte con ricorso del 7 maggio 2020, pervenuto il giorno seguente allo scrivente Tribunale. In ordine, le medesime chiedono di concedere al ricorso l'effetto sospensivo, sia in via supercautelare che cautelare, di dare loro facoltà di consultare senza restrizioni tutti gli atti di gara richiamati e di cui chiedono l'edizione, nonché di dare loro facoltà di replicare alle osservazioni eventualmente sollevate dal committente e dalle controparti sull'effetto sospensivo prima che il Tribunale si pronunci in proposito, nonché di ordinare un secondo scambio di allegati, eventualiter di dare facoltà alle ricorrenti di inoltrare le proprie osservazioni dopo la consultazione degli atti. Nel merito, le ricorrenti concludono all'annullamento della decisione di aggiudicazione e all'assegnazione diretta della delibera in loro favore; eventualiter al rinvio degli atti al committente per assegnazione della delibera in loro favore, subeventualiter per nuova aggiudicazione previa valutazione delle offerte rimaste in gara e conduzione di adeguate trattative con le ricorrenti; sub-subeventualiter le ricorrenti chiedono l'accertamento dell'illiceità dell'aggiudicazione. In ogni caso sono protestate tasse, spese e ripetibili.

Le ricorrenti indicano prima di tutto di aver depositato il loro gravame a titolo cautelativo, poiché, se dovesse venire confermata l'ipotesi che le controparti abbiano indicato la ditta K. (in seguito: K.) quale subappaltatrice, sarebbero integrate le condizioni per una cosiddetta preimplicazione indiretta. Secondo loro, il committente avrebbe ritenuto che il vantaggio concorrenziale tratto dai singoli membri del Consorzio W. ed in particolare da L. SA (in seguito: L.) non fosse altrimenti compensabile se non con la loro esclusione dalla gara. Le ricorrenti concludono che le competenze, le conoscenze ed il know-how, nonché i contatti acquisiti da L. nell'ambito dell'elaborazione del PG 2019 siano imputabili a K., in quanto

al momento determinante (tra la pubblicazione del bando di concorso e l'inoltro delle offerte) entrambe le società erano filiali del gruppo multinazionale XX. e quindi intrinsecamente connesse tra loro e con le restanti società del gruppo. Peraltro, continuano le ricorrenti, la connessione è corroborata da ulteriori elementi (vicinanza geografica, dirigenti in comune, presenza sul mercato coordinata). Considerato che al criterio di aggiudicazione (CA) 3.4 (Specialista ambientale) hanno ottenuto un punteggio di 18 punti contro i 30 punti del consorzio aggiudicatario e ritenuto uno scarto finale di soli 6 punti tra i due concorrenti, le ricorrenti desumono che la partecipazione di K. all'offerta abbia contribuito in modo essenziale all'aggiudicazione, concludendo che la preimplicazione indiretta di K. è imputabile ai membri del consorzio aggiudicatario che andava quindi escluso dalla gara. A sostegno della loro tesi, le ricorrenti rinviavano alla sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020 e mettono in evidenza la risposta del committente in un'altra procedura d'acquisto da cui emerge che K. è stata esclusa dalla rispettiva gara, in quanto appartenente al medesimo gruppo della ditta L. SA, coinvolta nell'allestimento di quell'appalto. Infine le ricorrenti si riservano di contestare nel merito le valutazioni in base ai criteri di aggiudicazione (CA), in particolare del CA 3.4 (Specialista ambientale).

C.

Con ordinanza dell'8 maggio 2020 lo scrivente Tribunale amministrativo federale, oltre ad accusare ricevuta del gravame, ha conferito ad esso, in via superprovvisoria, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione suscettibile di pregiudicare l'esito del presente procedimento, segnatamente la conclusione del contratto con l'aggiudicataria.

D.

D.a Con risposta del 10 giugno 2020 (pervenuta il 15 giugno successivo e inoltrata entro il termine prorogato con le ordinanze del 25 e 27 maggio 2020) l'autorità aggiudicatrice postula in via cautelare di negare alle ricorrenti la facoltà di replicare e di respingere l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo. Nel merito, propone di respingere interamente il ricorso.

Il committente conferma innanzitutto che l'assunto delle ricorrenti secondo cui le controparti avrebbero affidato in subappalto ad K. le prestazioni di ingegneria ambientale corrisponde al vero. Egli fonda il motivo principale delle sue conclusioni sulla tardività manifesta delle censure delle ricorrenti.

A suo dire, la disposizione sull'esclusione non era contenuta nella documentazione di gara, ma nel testo medesimo del bando di concorso, dimodoché una semplice lettura dello stesso permetteva alle ricorrenti di comprendere il senso della soluzione prevista dalla committenza, tanto più che a quel momento l'acquisizione di K. era già avvenuta.

Nell'ipotesi che la censura delle ricorrenti non sia da considerare tardiva, il committente propone ulteriori argomentazioni a mero titolo abbondanziale.

In primo luogo, USTRA ritiene che le ricorrenti non abbiano dimostrato l'esistenza di una preimplicazione, omettendo di allegare e dimostrare l'esistenza di un vantaggio concorrenziale. A mente del committente non basta presumere una preimplicazione di K. per il solo fatto che questa faccia parte dello stesso gruppo societario di L. Secondo lui, le ricorrenti partono dall'erroneo presupposto giusta cui il periodo determinante per poter valutare l'esistenza di una preimplicazione sarebbe quello della pubblicazione. Il committente rileva come in questo modo le ricorrenti tralascino di valutare due elementi fondamentali. Quanto al primo elemento, il fatto che l'elaborazione del PG sia stata aggiudicata dal Cantone nel settembre 2016, allorquando le società L. e K. non avevano alcun legame, tanto più che K. aveva partecipato al concorso prendendo parte ad un altro consorzio in concorrenza con il Consorzio W. Quanto al secondo, le ricorrenti non avrebbero indicato quale sia stata l'attività concreta svolta dalla ditta L. A tale proposito USTRA comunica che L. era la ditta capofila che non si è occupata della parte ambientale di cui erano incaricate le ditte T. SA e S. SA, concorrenti di K. chiaramente escluse dal presente ricorso.

In secondo luogo, il committente è fermamente convinto che non sia dato alcun caso di preimplicazione, in quanto l'esclusione del Consorzio W. non poggiava tanto sul timore che le ditte che lo componevano avrebbero potuto sfruttare una posizione di vantaggio, quanto sull'inopportunità di assegnare un mandato finalizzato a valutare il proprio lavoro. Il committente ha ritenuto che una verifica critica ma anche propositiva non potesse essere oggettivamente eseguita da chi aveva elaborato la bozza del progetto cantonale, preferendo così escludere i precedenti mandatarî. USTRA evidenzia altresì che il bando non prevedeva l'esclusione anche delle società aventi un legame giuridico o economico stretto con una delle società componenti il consorzio in questione, contrariamente a quanto avvenuto nella sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020, menzionata dalle ricorrenti. Per USTRA non si tratta di un caso classico in cui una ditta viene esclusa per aver contribuito alla preparazione

dell'acquisto pubblico allestendo la documentazione progettuale o la documentazione di gara; quindi non si tratta della continuazione di un mandato, bensì di un nuovo mandato. Partecipando al presente concorso K. si trovava, a detta del committente, esattamente sullo stesso piano degli altri offerenti, avendo tutti preso visione del PG messo a disposizione da USTRA. Le cose sarebbero andate diversamente se L. si fosse occupata dell'attività di consulenza al committente (BHU) che corrisponde alla fattispecie alla base della sentenza menzionata B-4602/2019.

In terzo luogo, l'autorità aggiudicatrice sottolinea per abbondanza come un'eventuale esclusione di K. avrebbe ridotto significativamente la cerchia dei potenziali offerenti quali specialisti ambientali per la commessa in questione, nuocendo seriamente ad un'efficace concorrenza. A dimostrazione di questo argomento USTRA ha prodotto per sola visione del Tribunale una tabella in cui sono esposti 21 progetti per un importo superiore a 1 mio. di franchi comprendenti specialità ambientali da cui, a suo avviso, si può evincere che gli studi specialisti ambientali in grado di partecipare ed aggiudicarsi mandati simili sono quattro, vale a dire le due società escluse T. SA e S. SA, K. ed un membro del consorzio delle ricorrenti.

In quarto luogo, USTRA ritiene come l'assunto delle ricorrenti secondo cui l'esclusione di debba essere giustificata in ragione dell'ottimo punteggio ottenuto dalla sua persona chiave, non meriti tutela, in quanto né la referenza, né il CV della persona chiave in questione menzionano il PG e la valutazione è avvenuta sulla base di altri motivi. USTRA reputa poi irrilevanti le asserzioni delle ricorrenti sulla composizione del Consiglio di amministrazione (CdA) di K., osservando comunque come le persone indicate siano parte del CdA di K. dal 15 novembre 2019, quindi dopo la scadenza del termine per l'inoltro delle offerte e come essi siano semplici membri con firma collettiva a due. USTRA nota altresì che il riferimento ad un'altra procedura di concorso in cui K. è stata esclusa non giova alle ricorrenti, non potendo essere comparata al caso di specie, innanzitutto poiché nell'evenienza menzionata L. si sarebbe occupata delle attività di supporto al committente e avrebbe redatto la documentazione di gara.

Infine, USTRA ritiene come le ricorrenti siano malvenute nel sostenere una preimplicazione di K., dal momento che nel caso del capo-progetto da loro proposto si tratterebbe della stessa persona che si era occupata per conto di L. e in qualità di capo-progetto del PG.

D.b Con invio separato del 10 giugno 2020 l'autorità aggiudicatrice ha prodotto la documentazione di gara e si è determinata, come nella risposta, sul diritto delle ricorrenti di consultare gli atti.

E.

Mediante la risposta rispettivamente le osservazioni sulla richiesta di effetto sospensivo del 12 giugno 2020, pervenute il 15 giugno seguente ed inoltrate entro il termine prorogato con l'ordinanza del 27 maggio 2020, le controparti chiedono, in via cautelare, di respingere la domanda di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso e, nel merito, di respingere integralmente il gravame. Le controparti chiedono l'accesso agli atti prodotti dall'autorità aggiudicatrice in egual misura che per gli altri partecipanti al procedimento e postulano di limitare l'accesso da parte di terzi alla documentazione relativa alla loro offerta, segnatamente per quanto concerne dati economici sensibili.

Innanzitutto le controparti concludono alla tardività ed irricevibilità della censura relativa alla mancata esclusione del consorzio aggiudicatario dalla gara in oggetto, in quanto i termini di esclusione e perenzione contenuti nel bando erano perfettamente noti. Perciò le ricorrenti avrebbero dovuto contestare direttamente la formulazione del bando se avessero voluto un ampliamento della cerchia degli esclusi esteso a tutte le società intrinsecamente connesse con quelle espressamente escluse.

Le controparti reputano che nella fattispecie non siano dati gli elementi costitutivi per una preimplicazione indiretta. Prima di tutto, per quanto sia loro noto, l'autorità aggiudicatrice non sarebbe la stessa che aveva appaltato il PG 2019. In secondo luogo, nel caso di specie non si tratterebbe di una normale fase successiva nell'ambito di un determinato progetto, ma della verifica e del rifacimento di un progetto già elaborato e di per sé terminato. Non sarebbe dunque pertinente parlare di lavori preliminari dell'acquisto, bensì di un nuovo incarico scaturito da esigenze sorte sul piano della nuova competenza federale ai fini di una verifica e adeguamento.

Le controparti ritengono che le ricorrenti non abbiano né provato né reso verosimile che sull'allestimento dell'offerta per la commessa in esame abbia influito un qualsivoglia vantaggio concorrenziale. Esse contestano in particolare che possano essere imputati allo specialista ambientale da loro proposto in subappalto le conoscenze, il know-how e i contatti acquisiti da L. nell'ambito dell'elaborazione del PG 2019. Le controparti ribadiscono che la valutazione della relativa persona chiave per la parte ambientale

delegata a K. è basata esclusivamente su competenze e referenze personali. Infine, le medesime contestano che l'appartenenza allo stesso gruppo multinazionale venutasi a creare dopo l'elaborazione del PG 2019 abbia rilevanza nella fattispecie, essendo K. totalmente estranea all'elaborazione del PG 2019, tant'è che era a sua volta in gara come avversaria del Consorzio W.

Le controparti osservano di transenna una possibile contraddizione nelle motivazioni delle ricorrenti, nella misura in cui nel CdA di una delle società facenti parte del consorzio ricorrente sederebbe la stessa persona che aveva rivestito la funzione di capo-progetto nell'elaborazione del PG 2019 quale esponente di L.

In via meramente subordinata, le controparti rilevano che a un'ipotetica esclusione di K. si opporrebbe il requisito legale del mantenimento di una concorrenza efficace, in quanto le ditte specializzate in materia ambientale presenti sul territorio ticinese si conterebbero sulle dita di una mano.

F.

Con ordinanza del 18 giugno 2020, alle parti è stata trasmessa la documentazione di gara conformemente alle modalità di accesso proposte dal committente e si è fissato alle ricorrenti un termine fino al 2 luglio 2020, prorogato fino al 9 luglio 2020 tramite ordinanza del 1° luglio 2020, per completare la motivazione del ricorso.

G.

Con replica del 9 luglio 2020 le ricorrenti si riconfermano in sostanza nelle loro tesi e conclusioni.

Le ricorrenti respingono a titolo complessivo i rimproveri dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti inerenti alla mancata tempestività del ricorso, in particolare della tardività della censura relativa alla preimplicazione, puntualizzando a tale riguardo che la partecipazione di K. quale subappaltatore del consorzio aggiudicatario sarebbe emersa soltanto nelle more della procedura di ricorso.

Le ricorrenti non condividono nemmeno le obiezioni dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti in riguardo all'insussistenza di preimplicazione. Da un lato, pur quanto sia vero che l'elaborazione del PG sia stata aggiudicata dal Cantone il 20 settembre 2016, le ricorrenti evidenziano come detta elaborazione si sia protratta fino al 20 dicembre 2019, data d'invio del PG 2019 a Berna, per cui l'offerta delle controparti

sarebbe stata presentata quando l'elaborazione del PG 2019 era ancora in corso e quando L. e K. erano già intrinsecamente connesse. Dall'altro, a detta delle ricorrenti non è rilevante che l'attività svolta da L. non sia riferita alla parte ambientale.

Di seguito le ricorrenti rigettano gli argomenti delle controparti e dell'autorità secondo cui l'esclusione di K. avrebbe ridotto significativamente la cerchia dei potenziali offerenti e pregiudicato la concorrenza, tanto più che detta cerchia, a loro dire, non era limitata agli offerenti locali.

Le ricorrenti sostengono come le controparti e l'autorità aggiudicatrice non possano trarre nulla a loro vantaggio dalle asserzioni secondo cui il capo-progetto da loro proposto sia la stessa persona che si era occupata per conto di L. della funzione di capo-progetto del PG 2019.

In via meramente subordinata, nella denegata ipotesi che il Tribunale non ritenesse validi i motivi di escludere il consorzio aggiudicatario sulla base delle loro argomentazioni, le ricorrenti contestano la valutazione operata dal committente ai criteri di aggiudicazione CA 3.1 (Persone chiave: referenze relative ai compiti da eseguire; Capo-progetto), in entrambi i sottocriteri, nonché CA 2.1 (Analisi dei compiti e procedura proposta). In questo ambito le ricorrenti chiedono di poter avere accesso integrale all'analisi del mandato elaborata dalle controparti come pure al CV della loro persona chiave proposta come capo-progetto.

H.

Con duplica del 23 luglio 2020, pervenuta il giorno successivo al Tribunale, l'autorità aggiudicatrice ribadisce in sostanza le conclusioni e motivazioni formulate in sede di risposta, confermando inoltre la pertinenza delle valutazioni operate e opponendosi alle richieste delle ricorrenti di consultare integralmente l'analisi del mandato elaborata dalle controparti e del curriculum vitae della persona chiave da lei proposta come capo-progetto.

Con duplica del 24 luglio 2020, le controparti si sono in pratica confermate nelle precedenti allegazioni e domande, chiedendo di non dare seguito alle richieste di accesso agli atti delle ricorrenti.

I.

Ulteriori fatti e argomentazioni verranno ripresi, per quanto necessario, nei considerandi in diritto del presente giudizio.

Diritto:

1.

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

1.1

1.1.1 Contro le decisioni concernenti segnatamente l'aggiudicazione e l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a e d in relazione all'art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 [LAPub, RS 172.056.1]).

1.2 La LAPub comprende solo gli acquisti pubblici che sono subordinati all'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/OMC (Accordo GATT [RS 0.632.231.422]; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.1 con rinvii). La LAPub è applicabile soltanto se il committente è soggetto a questa legge (art. 2 cpv. 1 LAPub), se il tipo di commessa rientra nelle definizioni di cui all'art. 5 LAPub, il valore stimato della commessa raggiunge i valori soglia fissati dall'art. 6 cpv. 1 LAPub e se all'applicazione di tale legge non si oppone una delle eccezioni previste dall'art. 3 LAPub. Come dimostrato di seguito, tali presupposti sono adempiuti nel caso di specie.

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

1.2.2 Il presente acquisto, denominato "N13 Nuovo collegamento Locarno - Bellinzona, adeguamento Progetto Generale (PG), concorso per prestazioni multidisciplinari (ingegneria civile, ambientale e traffico)" (punto 2.2 del bando), è definito ai sensi di una commessa di servizi (punto 1.8 del bando). Per tale nozione si intende il contratto tra il committente e un offerente riguardo la fornitura di prestazioni di servizi conformemente all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT (art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub; cfr. DTAF 2008/48 consid. 2.3). La lista delle prestazioni di servizi menzionati all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo GATT è stata ripresa nell'allegato 1a dell'ordinanza sugli acquisti pubblici dell'11 dicembre 1995 (OAPub, RS 172.056.11; cfr. art. 3 cpv. 2 OAPub). Detta lista si fonda sulla

classificazione centrale provvisoria dei prodotti ("Central Product Classification", CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991), la quale è determinante per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizi assoggettata (cfr. DTAF 2011/17 consid. 5.2.2).

Al punto 2.5 il bando di concorso attribuisce la presente commessa alla categoria 71300000 – “Servizi di ingegneria” secondo il Common Procurement Vocabulary (CPV), mentre al punto 1.9 del bando è esplicitamente indicato che la presente commessa è conforme all'accordo GATT/OMC, e/o rispettivamente agli accordi internazionali e il punto 2.1 del bando specifica che si tratta della categoria di servizi 27 (Altri servizi) ai sensi della CPC. La commessa in narrativa è pertanto suscettibile di rientrare nella categoria delle commesse di servizi di cui all'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 2 OAPub e l'Allegato 1a OAPub con l'allegato 1 dell'Accordo GATT.

1.2.3 Considerato l'importo dell'offerta aggiudicataria, sono incontestabilmente superati i valori soglia imposti dalle disposizioni di legge in relazione alle commesse di servizi (art. 6 cpv. 1 lett. b LAPub in combinato disposto con l'art. 1 lett. b dell'ordinanza del 22 novembre 2017 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca [DEFR] sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2018 e 2019, RU 2017 7267).

1.2.4 Non sussistendo inoltre alcuna eccezione ai sensi dell'art. 3 LAPub, la presente commessa rientra nel campo di applicazione della LAPub.

1.3 La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa (PA) fintanto che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32) non dispongono altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF). Conformemente all'art. 31 LAPub, nell'ambito della procedura di ricorso non può essere addotto il motivo dell'inadeguatezza.

1.3.1

1.3.1.1 Come richiesto dalla prassi, tutti i membri del consorzio ricorrente hanno contestato congiuntamente la decisione di aggiudicazione a loro sfavorevole (cfr. DTF 131 I 153 consid. 5.8 e rinvio; DTAF 2008/7 E. 2.2.2).

1.3.1.2 La LAPub non contiene una disposizione specifica relativa al diritto a ricorrere in materia di acquisti pubblici, per cui la questione deve essere giudicata in base alla legge federale sulla procedura amministrativa (art. 26 LAPub; art. 37 LTAF in combinato disposto con l'art. 48 PA; DTF 137 II 313 consid. 3.2).

1.3.1.3 Conformemente alla giurisprudenza più recente del Tribunale federale, la circostanza che qualcuno abbia partecipato alla gara pubblica e la sua offerta non sia stata considerata per l'aggiudicazione non basta per ammettere il suo diritto a ricorrere contro quest'ultima. L'offerente soccombente ha un interesse degno di protezione ad adire il Tribunale amministrativo federale unicamente se fruisce di una reale possibilità di vedersi aggiudicare la commessa (cfr. DTF 141 II 14 consid. 4 segg.). La questione del diritto a ricorrere è esaminata in base alle conclusioni e alle censure dell'insorgente. La fondatezza delle censure ricorsuali può sia fare oggetto della valutazione materiale della fattispecie, sia essere verificata, a titolo preliminare, nell'ambito dell'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso (cfr. BGE 141 II 14 consid. 5.1; 137 II 313 consid. 3.3.3). Secondo la teoria della doppia rilevanza delle fattispecie è sufficiente che nella fase d'esame delle condizioni di ammissibilità del ricorso il ricorrente renda verosimile ("rende vraisemblable", cfr. sentenza del TF 2C_134/2013 del 6 giugno 2014 consid. 2.3) che le sue possibilità di ottenere la commessa dopo l'annullamento della delibera siano intatte e che la delibera non venga assegnata ad un concorrente meglio classificato (cfr. DTF 141 II 14 consid. 5.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-3596/2015 del 3 settembre 2015 consid. 4.1).

1.3.2 Le ricorrenti concludono all'annullamento della decisione di aggiudicazione e all'assegnazione della delibera in loro favore; eventualmente al rinvio degli atti al committente per assegnazione della delibera in loro favore, subeventualmente per nuova aggiudicazione previa valutazione delle offerte rimaste in gara e conduzione di adeguate trattative con le ricorrenti; sub-subeventualmente all'accertamento dell'illiceità dell'aggiudicazione.

Le ricorrenti non sono state considerate per l'aggiudicazione. Esse hanno superato l'esame formale dell'offerta e dell'idoneità, classificandosi al secondo posto nella graduatoria del presente concorso. Pertanto, va loro riconosciuto, con particolare riferimento alle conclusioni principali, un interesse degno di protezione attuale e pratico ad insorgere contro la delibera. In effetti, dando seguito al loro ragionamento e dovendo dunque concludere che la preimplicazione indiretta di K. è imputabile alle

controparti, allora queste ultime avrebbero dovuto essere escluse dalla gara d'appalto. Avendo conseguito il secondo rango, le ricorrenti avrebbero quindi delle reali probabilità di vedersi aggiudicare la commessa.

1.3.3 Giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub il committente notifica le decisioni di cui all'art. 29 LAPub in conformità all'art. 24 cpv. 1 LAPub o mediante recapito. Secondo l'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La decisione d'aggiudicazione è stata pubblicata sul SIMAP il 17 aprile 2020 e la comunicazione separata ai partecipanti della gara è avvenuta mediante scritto dello stesso giorno. Per l'inizio del termine di impugnazione della delibera fa stato la data di pubblicazione sul SIMAP. Il termine per presentare ricorso ha quindi iniziato a decorrere il 18 aprile 2020 ed è venuto a scadenza l'11 maggio 2020 (art. 22a lett. a PA in combinato disposto con l'art. 1 cpv. 1 dell'Ordinanza del Consiglio federale del 20 marzo 2020 sulla sospensione dei termini nei procedimenti civili e amministrativi ai fini del mantenimento della giustizia in relazione al coronavirus [COVID-19], RU 2020 849). Pertanto il presente gravame, inviato per posta in data 7 maggio 2020 e pervenuto al Tribunale il giorno seguente, risulta tempestivo.

1.3.4 I requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e i rispettivi patrocinatori hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

1.3.5 Ritenuto quanto precede, il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sulla presente vertenza e i presupposti per entrare nel merito del ricorso sono adempiuti.

2.

2.1 La tesi principale delle ricorrenti è finalizzata ad ammettere l'esclusione del consorzio aggiudicatario dal presente concorso. Essa è fondata sul ragionamento secondo cui la ditta subappaltatrice incaricata dalle aggiudicatarie è da considerare indirettamente preimplicata poiché intrinsecamente connessa con una delle imprese facente parte del Consorzio W., espressamente esclusa dal bando di concorso. Le due ditte sarebbero filiali del medesimo gruppo di società multinazionale a cui appartengono. A mente delle ricorrenti tale circostanza impone di ritenere con alta verosimiglianza che nel periodo determinante, ovvero tra la pubblicazione del bando di gara e il termine per l'inoltro delle offerte, le due

società erano strettamente connesse tra loro e con le restanti società del gruppo, sia dal profilo economico che organizzativo. Le ricorrenti menzionano altri elementi (vicinanza geografica, dirigenti in comune e presenza sul mercato coordinata) suscettibili di corroborare, a loro avviso, la connessione tra le due società. Secondo loro, l'autorità aggiudicatrice, avendo espressamente disposto l'esclusione del Consorzio W. nel bando di concorso, ha stabilito in maniera vincolante che il vantaggio riconducibile alla preimplicazione di L. nell'elaborazione del PG 2019 non fosse compensabile con i mezzi adeguati previsti dall'art. 21a OAPub, ma solo con l'esclusione di questo soggetto, ciò che dovrebbe valere anche per la preimplicazione indiretta di K. , avendo essa consentito al consorzio aggiudicatario di conseguire importanti vantaggi concorrenziali. Le ricorrenti derivano la loro tesi principale sulla base della sentenza del TAF B-4602/2020 del 4 marzo 2020. A loro dire, l'esclusione di K. andrebbe giustificata anche in ragione dell'ottimo punteggio ottenuto dalla sua persona chiave al criterio di aggiudicazione CA 3.4 (specialista ambientale), ossia 30 punti contro i 18 punti delle ricorrenti. Le ricorrenti reputano altresì contraddittorio l'atteggiamento dell'autorità aggiudicatrice che in un'altra procedura di concorso aveva ritenuto di escludere K. a causa dei legami con la L.. Solo in subordine le ricorrenti censurano infine la valutazione operata dal committente ai criteri di aggiudicazione (CA) 2, al sottocriterio 2.1 (Analisi dei compiti e procedura proposta) e CA 3 (Persone chiave, referenze relative ai compiti da eseguire) e al sottocriterio 3.1 (Capo-progetto).

2.2 L'autorità aggiudicatrice e le controparti contestano interamente, avvalendosi di argomenti perlopiù analoghi, la tesi delle ricorrenti riferita all'esclusione del consorzio aggiudicatario per impedimento da preimplicazione indiretta e quella riferita alla valutazione secondo i criteri di aggiudicazione. Entrambe ribadiscono di concludere principalmente all'irricevibilità del ricorso a causa della tardività delle censure invocate, che avrebbero dovuto essere rivolte contro il bando di concorso. Se ciò non lo fosse, esse sono dell'avviso che le ricorrenti non hanno dimostrato l'esistenza della preimplicazione di K. , che non sono dati i presupposti per considerare K. preimplicata e per ammettere un vantaggio concorrenziale e che, a titolo abbondanziale, un'eventuale esclusione di K. avrebbe ridotto la cerchia dei potenziali offerenti per la commessa in questione, nuocendo così ad un'efficace concorrenza. L'autorità aggiudicatrice e le controparti puntualizzano che il bando non prevedeva l'estromissione esplicita delle ditte connesse con quelle escluse. Il committente specifica che l'esclusione dei membri del Consorzio W. non era dovuta ad un vantaggio concorrenziale assunto dagli stessi, bensì al fatto che USTRA volesse

affidare ad un team neutro l'esame del PG, con l'obiettivo di verificarlo in modo critico e con la dovuta equidistanza, in altre parole all'inopportunità di assegnare un mandato finalizzato a valutare il proprio lavoro. L'autorità aggiudicatrice e le controparti giungono alla conclusione che non si tratta di un classico caso in cui una ditta viene esclusa per aver contribuito alla preparazione dell'acquisto, ma per aver elaborato un progetto che deve fare oggetto di una verifica critica. Si tratterebbe dunque di un nuovo mandato. A detta del committente K. non avrebbe alcun vantaggio concorrenziale, in quanto, al momento dell'allestimento del PG su mandato del Cantone, K. non aveva alcun legame con L., tant'è che aveva partecipato all'appalto congiuntamente ad un altro consorzio e L. non si era minimamente occupata della parte ambientale. Partecipando al presente concorso, K. si troverebbe quindi esattamente sullo stesso piano degli altri offerenti che hanno potuto prendere visione del PG 2019 messo a disposizione da USTRA. Infine, il committente e le controparti ribadiscono che il riferimento ad un'altra procedura di USTRA non giova alle ricorrenti, poiché in tal caso l'occupazione di L. era riferita alle attività di supporto al committente (BHU) e quindi alla redazione della documentazione di gara. Infine, il committente e le controparti rimproverano alle ricorrenti di essere malvenute a far valere un caso di preimplicazione quando nel caso del capo-progetto da loro proposto si tratterebbe della stessa persona che si era occupata per conto di L., in qualità di capo-progetto, del PG 2019.

3.

Prima di chinarsi sulla questione a sapere se il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla presente gara a causa di un presunto impedimento da preimplicazione indiretta occorre determinare se, come asserito dal committente e dalle controparti, la relativa censura mossa dalle ricorrenti sia da considerare tardiva e da rigettare.

3.1 Nella sua risposta (IV. punto 4) l'autorità aggiudicatrice ritiene che la contestazione delle ricorrenti sia manifestamente tardiva e avrebbe dovuto essere formulata contro il bando di concorso, tenuto conto che quest'ultimo non conteneva una disposizione circa l'estromissione delle ditte connesse con quelle escluse e che a quel momento la ditta K. era già stata acquisita dal gruppo multinazionale di cui fa parte anche L.. Puntualizza inoltre che la disposizione sull'esclusione non era contenuta nella documentazione di gara, ma nel testo del bando di concorso, dimodoché le ricorrenti ne hanno potuto prendere visione dal momento della pubblicazione. Da ciò l'autorità aggiudicatrice desume che una semplice lettura del bando permetteva alle ricorrenti di comprendere il senso e la portata della soluzione prevista. Le

controparti sono in sostanza del medesimo avviso dell'autorità aggiudicatrice (cfr. risposta, III. n. 3 segg.).

3.2 In sede di replica (n. 8 segg.), le ricorrenti ribattono che al momento della pubblicazione del bando non vi era alcun indizio per supporre che il consorzio aggiudicatario in caso di aggiudicazione avrebbe selezionato la ditta K. come subappaltatrice ambientale e che le ricorrenti avrebbero già potuto dedurre la partecipazione alla gara di una società vicina ai membri del consorzio escluso. Le ricorrenti affermano di aver inteso la controversa disposizione del bando nel senso che nemmeno società aventi un legame giuridico o economico stretto con le società escluse avrebbero potuto partecipare alla gara e per questo selezionato la ricorrente 2 quale specialista ambientale. Le medesime spiegano inoltre di essersi prontamente attivate una volta sorti i sospetti riguardo ad un ipotetico coinvolgimento di K. , rimandando in proposito alla loro richiesta del 4 maggio 2020 al committente, proprio inoltrata allo scopo di ottenere delucidazioni in tal senso e rimasta inevasa. Infine, rilevano che la partecipazione di K. è emersa soltanto nelle more della procedura di ricorso per cui il loro gravame è da considerare tempestivo.

3.3 In particolare, il bando di concorso (lett. b) e l'aggiudicazione (lett. a) sono considerate decisioni impugnabili singolarmente a titolo indipendente mediante ricorso giusta l'art. 29 LAPub. Di regola, le censure in relazione al bando di concorso non possono più essere sollevate nell'ambito di una procedura di ricorso contro una decisione successiva, segnatamente la decisione sull'aggiudicazione, a condizione che il significato e la portata delle disposizioni prese siano facilmente riconoscibili (cfr. sentenza del TAF B-4288/2014 del 25 marzo 2015 consid. 3.3, DTAF 2014/14 consid. 4, decisione incidentale del TAF B-738/2012 del 14 giugno 2012 consid. 3.1). L'obbligo di contestare immediatamente le lacune riscontrate nel bando di concorso non emerge soltanto dall'art. 29 LAPub, ma anche dal principio della buona fede che serve da norma per il comportamento degli offerenti. Tuttavia, dal principio della buona fede non si può dedurre che una censura sollevata la prima volta nell'ambito di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione sia in ogni caso evidentemente tardiva per la sola ragione che essa avrebbe potuto essere sollevata anche o meglio con un gravame diretto contro il bando di concorso (cfr. DTAF 2014/14 consid. 4.4, sentenza del TAF B-1358/2013 del 23 luglio 2013 consid. 2.1 e decisione incidentale B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 4.2.2).

3.4 Nella presente fattispecie resta fermo che nel bando di concorso USTRA ha disposto l'esclusione del Consorzio W. e dei singoli membri

dello stesso, tra cui L., ora (...) AG, per il fatto di aver elaborato il Progetto generale per il Cantone. In merito all'interpretazione della clausola di esclusione contenuta nel bando i pareri delle parti sono discordanti. Le ricorrenti vorrebbero che l'estromissione dalla gara venga estesa anche alle ditte intrinsecamente connesse con quelle direttamente escluse, mentre l'autorità aggiudicatrice e le controparti ribadiscono che l'esclusione è limitata alle società direttamente escluse nel bando, in quanto la clausola contestata non prevedeva espressamente l'esclusione delle società aventi un legame giuridico o economico stretto con le società del Consorzio W.. Se da un lato è vero che le ricorrenti potevano apprendere da una breve lettura del bando di concorso dell'esclusione del Consorzio W., è però altrettanto corretto che le medesime sono riuscite a rendere verosimile di essere venute a conoscenza della partecipazione di K. in qualità di subappaltante delle controparti soltanto nel quadro del presente procedimento. La posizione delle ricorrenti è credibile nella misura in cui le medesime si sono rivolte al committente con e-mail del 4 maggio 2020, quindi a delibera avvenuta, affinché egli indicasse loro i nominativi degli eventuali appaltatori ambientali. Non avendo costui dato seguito alla richiesta, le ricorrenti hanno depositato il loro gravame espressamente a titolo cautelativo, ovvero solo nell'evenienza che le aggiudicatriche avessero selezionato K. come subappaltante. Per questo motivo non si può rimproverare alle ricorrenti che avrebbero dovuto impugnare immediatamente la clausola del bando circa l'esclusione del Consorzio W.. Pertanto, la censura mossa dalle ricorrenti non può essere considerata tardiva e il diritto a prevalersi di un tale argomento non può essere ritenuto precluso.

4.

Nel caso di specie la controversia verte principalmente sulla questione a sapere se il committente avrebbe dovuto escludere dalla gara il consorzio aggiudicatario in quanto il subappaltante da lui designato sarebbe intrinsecamente connesso con L., una delle ditte componenti il Consorzio W. che USTRA aveva esplicitamente escluso dalla gara per aver elaborato il PG 2019 messo allora in concorso dall'autorità aggiudicatrice del Cantone Ticino. Le ricorrenti interpretano la disposizione di esclusione nel bando di concorso nel senso di un'esclusione per impedimento da preimplicazione e ne traggono la conclusione che USTRA aveva ritenuto che il vantaggio concorrenziale tratto dai singoli membri del Consorzio W. non fosse compensabile se non con la loro esclusione dalla gara d'appalto. In sede di risposta, l'autorità aggiudicatrice ha per contro precisato che l'esclusione dei membri del Consorzio W. non era dovuta ad un vantaggio concorrenziale assunto dagli stessi ma al fatto che USTRA volesse affidare

ad un team neutro l'esame del PG con l'obiettivo di verificarlo in modo critico e con la dovuta equidistanza. Non si trattava quindi del timore che i membri del consorzio escluso avrebbero potuto sfruttare una posizione di vantaggio, bensì dell'inopportunità di assegnare un mandato finalizzato a valutare il proprio lavoro. Anche le controparti mettono in dubbio la tesi delle ricorrenti secondo cui l'esclusione delle ditte formanti il Consorzio W. sarebbe stata indetta per l'impossibilità di compensare il vantaggio concorrenziale derivante dal loro ruolo in seno all'allestimento del PG 2019, evidenziando gli aspetti legati alla genesi e alle particolarità della gara in oggetto.

In considerazione dei pareri diversi appena esposti, si rendono di seguito necessarie alcune considerazioni sulla natura del motivo di esclusione e sulle conseguenze che ne potrebbero derivare per il caso in disamina.

4.1 La legislazione federale in materia di acquisti pubblici conosce diverse disposizioni sull'esclusione dal concorso pubblico. L'esclusione può entrare in linea di conto sia in base a motivi in relazione all'offerente, sia per ragioni inerenti all'offerta stessa (cfr. CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe für den Rechtsschutz, in Zufferey/Stöckli [ed.], Aktuelles Vergaberecht 2014, p. 325 segg., n. 16 segg.).

4.1.1 I motivi di esclusione relativi all'offerta sono disciplinati all'art. 19 cpv. 3 LAPub. Si tratta perlopiù di vizi di forma dell'offerta che comprendono segnatamente l'incompletezza della stessa o una contravvenzione alle condizioni d'offerta (cfr. DTAF 2007/13 consid. 3.2 con ulteriori riferimenti).

4.1.2 I motivi di esclusione legati alla persona dell'offerente sono definiti all'art. 11 LAPub. Conformemente a tale disposto il committente può escludere determinati offerenti dalla procedura nonché stralciarli dall'elenco di cui all'articolo 10 LAPub, in particolare qualora: (a.) non adempiano più i criteri d'idoneità previsti dall'articolo 9, (b.) abbiano dato al committente indicazioni false, (c.) non abbiano pagato imposte o oneri sociali, (d.) non abbiano ottemperato agli impegni derivanti dall'articolo 8 LAPub, (e.) abbiano pattuito comportamenti tali da impedire un'effettiva libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante o (f.) penda nei loro confronti una procedura di fallimento. L'elenco dei motivi di esclusione in riguardo agli offerenti non ha carattere esaustivo, bensì esemplificativo, come del resto risulta dall'uso del termine "in particolare" al disposto menzionato (sentenza del TAF B-6626/2016 del 30 agosto 2017 consid. 6.1; DTF 143 II 425 E. 4.4).

4.1.3 Rappresenta segnatamente un ulteriore motivo di esclusione legato all'offerente la cosiddetta preimplicazione introdotta all'art. 21a OAPub, entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (cfr. decisione incidentale del TAF B-1172/2011 del 31 marzo 2011 consid. 5.2).

I principi vigenti nel diritto federale in materia di acquisti pubblici nell'ambito della preimplicazione risultano direttamente dall'art. VI cpv. 4 dell'Accordo GATT (decisione incidentale del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 5.1). Le regole sulla preimplicazione sono una forma speciale dell'applicazione del principio della parità di trattamento da parte del committente nei confronti di tutti gli offerenti, la quale poggia sull'art. 1 cpv. 2 e sull'art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub (cfr. DTAF 2019 IV/2 consid. 6.8.3; decisione incidentale del TAF B-5439/2015 del 12 novembre 2015 consid. 3.1.4). Nel quadro della revisione totale della LAPub, in vigore a partire dal 1° gennaio 2021, il legislatore ha regolato la questione della preimplicazione all'art. 14 (cfr. FF 2019 4329).

Giusta l'art. 21a cpv. 1 OAPub il committente esclude gli offerenti da una procedura se: (a.) essi hanno partecipato ai lavori preliminari dell'acquisto e il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati; e (b.) l'esclusione non pregiudica la concorrenza efficace tra gli offerenti. Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale: (a.) la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari; (b.) la comunicazione dei partecipanti ai lavori preliminari e (c.) la proroga dei termini minimi (art. 21a cpv. 2 OAPub).

Il cosiddetto impedimento da preimplicazione è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura (sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020 consid. 3.1.2 con ulteriori riferimenti alla prassi). La preimplicazione non concerne soltanto le persone o imprese che partecipano direttamente alla preparazione del procedimento di concorso, ma anche quelle che sono strettamente legate ad esse (cfr. sentenza del TAF B-4602/2019 consid. 3.1.4 con ulteriori riferimenti). La preimplicazione è suscettibile di disattendere il principio della parità di trattamento tra tutti i concorrenti; il concorrente che si trova in tale situazione può essere tentato in effetti di influenzare il committente a privilegiare la sua offerta o di sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite

nell'ambito della preparazione del concorso (sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1). L'impedimento per preimplicazione può comportare l'esclusione dell'offerta. Eccezioni sono ammesse quando il vantaggio di conoscenze è irrilevante o quando la collaborazione del concorrente prevenuto all'allestimento della documentazione di gara è soltanto marginale (sentenza del TF 2P.164/2004 cit. consid. 3.3).

4.1.4 Un altro motivo di esclusione nella sfera dell'offerente può consistere in un potenziale conflitto di interessi suscettibile di insinuare nel committente il dubbio che l'offerente non può garantire l'esecuzione del mandato con la dovuta neutralità ed indipendenza. In questi casi l'esclusione può apparire sensata se è mirata ad impedire che un offerente si metta a controllare le proprie prestazioni fornite in passato. A tale proposito la dottrina tende a qualificare questo tipo di collisioni di interesse ai sensi di un criterio di idoneità anziché di un impedimento da preimplicazione (cfr. MARTIN BEYELER in: BR/DC 2017 p. 44 seg.).

Il diritto tedesco in materia di acquisti pubblici, oltre ad una disposizione analoga alla preimplicazione (§ 7 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, VgV), prevede espressamente la possibilità di escludere un offerente dalla gara nel caso in cui egli presenti un potenziale conflitto di interessi nell'esecuzione del mandato (cfr. § 46 cpv. 2 VgV). La disposizione di diritto tedesco si riallaccia e riprende in sostanza l'art. 58 cpv. 4, secondo paragrafo, seconda frase della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici. Nella versione italiana di detto disposto si legge "Un'amministrazione aggiudicatrice può ritenere che un operatore economico non possieda le capacità professionali richieste quando essa abbia accertato che l'operatore economico ha conflitti di interesse che possono influire negativamente sull'esecuzione del contratto". La giurisprudenza tedesca ha qualificato la fattispecie indicata nel disposto menzionato sia come motivo facoltativo di esclusione, sia come criterio di idoneità (cfr. per tutto ALEXANDER PUSTAL, Die potentielle Interessenkollision bei Auftragsausführung nach § 46 Abs. 2 VgV und andere Interessenkonflikte, in: Vergaberecht, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht, 3/2020, pag. 466 segg.).

A differenza della normativa europea e tedesca, nel diritto svizzero in materia di acquisti pubblici la fattispecie del potenziale conflitto di interessi qui esposta, diversamente dalla preimplicazione, non ha ancora trovato un esplicito riscontro nella LAPub o OAPub. Tuttavia, l'impedimento per collisione di interessi nel senso qui riportato non è di principio estraneo alla

legislazione in materia di acquisti pubblici (cfr. sentenza del TAF B-4288/2014 del 25 marzo 2015 consid. 4.5). Al contrario, un simile criterio si concilia perfettamente con alcuni obiettivi cardine ancorati nella LAPub, in particolare con il principio dell'impiego economico dei fondi pubblici, quello della trasparenza delle procedure di aggiudicazione e quello della parità di trattamento tra concorrenti, dimodoché, anche se non è espressamente contemplato dall'elenco di cui all'art. 11 LAPub, può configurare un caso di esclusione ai sensi di detta norma (cfr. DTF 143 II 425 consid. 4 riguardo al criterio, non codificato, della violazione del principio della neutralità concorrenziale). Con l'entrata in vigore della revisione della legislazione sugli acquisti pubblici che si attiene all'Art. IV cpv. 4 lett. b e c del riveduto Accordo GATT/OMC 2012, il committente sarà tenuto ad adottare misure contro i conflitti di interesse, gli accordi illeciti in materia di concorrenza e la corruzione (art. 11 lett. b nLAPub) e nella legge verranno espressamente disciplinati nuovi casi di esclusione e di sanzione in questo senso (artt. 44 e 45 nLAPub).

4.2 La commessa in disamina concerne le prestazioni di ripresa, verifica ed adeguamento del Progetto Generale (PG) 2019 elaborato dal Cantone Ticino, come pure l'accompagnamento tecnico di USTRA fino all'approvazione da parte del Consiglio federale. Si tratta in particolare di integrare nel PG 2019 le esigenze derivanti dalla Legge federale sulle strade nazionali (punto 2.6 del bando di concorso). In questo contesto giova ricordare che con il nuovo decreto concernente la rete delle strade nazionali (NEB) il 1° gennaio 2020 la Confederazione ha ripreso diversi tratti cantonali, tra cui il collegamento in oggetto. Conformemente al parere del Consiglio federale del 6 novembre 2019 sull'interpellanza n. 19.3978 del 9 settembre 2019 a cui rimandano le controparti nella risposta, il progetto messo a punto dal Cantone non avrebbe soddisfatto integralmente i requisiti di un progetto generale così come stabiliti nella LSN, ma avrebbe richiesto integrazioni e adattamenti in alcuni punti, in particolare ad USTRA era affidato il compito di sottoporre ad approfondita verifica i preventivi nonché le analisi costi-benefici effettuate dal Canton Ticino (cfr. risposta del Consiglio federale del 6 novembre 2019 all'interpellanza n. 19.3978 del 9 settembre 2019, richiamabile all'indirizzo web <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193978>).

Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, l'autorità aggiudicatrice non ha escluso il Consorzio W. a causa di un vantaggio concorrenziale derivante dall'elaborazione del PG 2019 nella procedura di aggiudicazione su mandato del Cantone Ticino, bensì in base alla volontà

di USTRA di affidare l'esame del PG 2019 ad un team neutro per una verifica critica con la dovuta equidistanza. Altrimenti detto, l'esclusione del Consorzio W. non era dettata dalla preoccupazione del committente che le ditte escluse potessero sfruttare una posizione di vantaggio in virtù della trasmissione di conoscenze acquisite nell'ambito del mandato cantonale, ma dall'inopportunità di attribuire una commessa finalizzata a valutare il proprio lavoro. Una tale interpretazione dell'estromissione dalla gara del Consorzio W. è stata del resto condivisa dal Direttore del Dipartimento del territorio del Canton Ticino in un'intervista rilasciata al quotidiano La Regione del 17 settembre 2019, segnalata in sede di risposta dalle controparti e nella quale era stato dichiarato che tale modo di procedere dell'autorità aggiudicatrice rispecchiasse "la volontà di fare un esercizio neutrale di valutazione, sempre allo scopo di garantire uguaglianza di trattamento in tutta la Svizzera, procurandosi un parere esterno".

Di conseguenza, l'esclusione del Consorzio W. dalla presente gara d'appalto si lascia piuttosto assimilare ad un altro tipo di potenziale conflitto di interessi (cfr. supra consid. 4.1.4) che non ad un vero e proprio caso di preimplicazione derivante ad esempio da un coinvolgimento preliminare nella preparazione dell'appalto o da una consulenza del committente. Proprio per meglio dare un'idea sulla differente tipologia del conflitto di interessi nella fattispecie in disamina rispetto ad un caso di preimplicazione, vale la pena rammentare che nel medesimo bando di concorso il committente ha anche escluso la ditta che ha svolto l'attività di supporto al committente (BHU) e preparato la presente documentazione di gara, nonché ritenuto preimplicate altre due ditte per aver funto da consulenti del committente per l'elaborazione del PG 2019 (cfr. punto 4.5.5 del bando; fatti lett. A.a).

Mediante l'esclusione del Consorzio W. nel bando di concorso il committente ha stabilito una clausola avente lo scopo di impedire che nella presente procedura di aggiudicazione il consorzio stesso o le singole ditte che ne fanno parte si ritrovino nel doppio ruolo di controllato e controllore. Una simile costellazione è inopportuna ed evidentemente incompatibile in quanto minaccia non solo di incidere negativamente sull'esito del progetto, segnatamente in termini di qualità e prezzo, ma anche di compromettere l'interesse pubblico alla buona riuscita dell'esecuzione del mandato (cfr. MARTIN BEYELER in BR/DC 2017 p. 44 seg.). Alla luce dei rischi poc'anzi esposti è del tutto comprensibile che l'autorità aggiudicatrice abbia voluto impedire il coinvolgimento di interessi diametralmente opposti.

Ne segue che l'esclusione del Consorzio W., a ragione ritenuta giustificata anche dalle ricorrenti, è conciliabile con i principi e gli obiettivi del diritto in materia di acquisti pubblici.

4.3 Tutt'altra questione è quella invece di appurare se l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto escludere dalla gara il consorzio aggiudicatario.

4.3.1 Nel valutare se un potenziale offerente può essere escluso dal concorso pubblico, il committente fruisce, di regola, di un ampio margine di apprezzamento, il cui esercizio può essere censurato da parte dell'autorità di ricorso unicamente nella misura in cui riunisca gli estremi della violazione del diritto, segnatamente dal profilo dell'abuso di detto potere. A seconda della loro natura o formulazione, i motivi di esclusione possono lasciare al committente un potere discrezionale che può variare da esiguo ad ampio oppure addirittura escludere detto potere (JÄGER, op. cit., n. a margine 63). In quest'ultimo caso, un'esclusione dalla gara è d'obbligo (idem).

L'esclusione deve essere operata nel quadro dello stato di diritto e dei principi fondamentali in materia di acquisti pubblici, quali il principio della parità di trattamento tra offerenti, dell'impiego economico dei fondi pubblici e della concorrenza efficace (cfr. JÄGER, op. cit., n. a margine 15).

4.3.2 Come risulta dal consid. 4.2, è assodato che l'esclusione del Consorzio W. non è riconducibile ad un impedimento da preimplicazione, ma ad un altro potenziale conflitto di interessi. Pertanto, la tesi ricorsuale, volta ad ampliare l'estromissione dalla gara anche al consorzio aggiudicatario unicamente a causa di un caso di preimplicazione indiretta, non può essere seguita. In questo ambito il richiamo delle ricorrenti alla sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020 risulta inopportuno e non si presta ad un confronto diretto con il presente caso di specie. In effetti, a differenza di quest'ultimo, la controversia allora sottoposta al Tribunale aveva per oggetto un ricorso contro un bando di concorso da parte di un potenziale offerente. Essa era incentrata in prevalenza sulla tematica dell'ammissibilità di una disposizione del bando, con cui il committente aveva esteso l'esclusione dalla gara espressamente anche a tutte le società aventi uno stretto legame giuridico ed economico con quelle direttamente escluse per essere responsabili della direzione dei lavori ed essersi occupate di preparare la documentazione di gara (cfr. sentenza del TAF B-4602/2019 del 4 marzo 2020, fatti lett. A). Nel presente caso invece il bando di concorso non ha escluso in modo esplicito tutte le ditte intrinsecamente connesse con il Consorzio W.. Per questi motivi non

occorre più chinarsi sulle questioni a sapere se sono dati i presupposti per un caso di preimplicazione, in particolare il presupposto dei lavori preliminari dell'acquisto e quello del vantaggio concorrenziale.

4.3.3 Un'esclusione del consorzio aggiudicatario potrebbe semmai entrare in linea di conto, se il motivo di esclusione per il Consorzio W. può essere esteso alla subappaltante designata dalle controparti, nella misura in cui vi siano elementi fattuali sufficienti suscettibili di concludere ad un inammissibile doppio ruolo della stessa nella procedura di aggiudicazione cantonale precedente e in quella federale successiva.

4.3.3.1 È incontestato che L. e K. siano filiali svizzere dal 2018 del gruppo multinazionale (...), dal 2019 del gruppo multinazionale (...) Secondo le informazioni reperibili dal sito web indicato alla nota a piè di pagina 5 della duplica del committente, K. è stata acquisita dal gruppo (...) a far tempo dal novembre del 2018. Il solo fatto di appartenere allo stesso gruppo multinazionale come ritenuto dalle ricorrenti non basta di per sé per ampliare l'esclusione disposta nei confronti del Consorzio W. anche ad K. e con lei alle controparti, tanto è vero che un'estensione dell'esclusione non è nemmeno stata indetta nel relativo bando di concorso. È rimasto altrettanto incontestato che la delibera per l'elaborazione del PG messa in concorso dal committente cantonale è avvenuta il 20 settembre del 2016, quando le due società menzionate non presentavano ancora alcun legame con il gruppo multinazionale indicato e K. aveva partecipato al concorso indetto dal Cantone congiuntamente ad un altro consorzio, quindi in qualità di concorrente del Consorzio W.. Infine, le ricorrenti non riescono a mettere in dubbio l'assunto del committente secondo cui non L. in quanto capofila del Consorzio W., bensì le ditte T. SA e S. SA, anch'esse escluse, si erano occupate della parte ambientale del PG cantonale.

4.3.3.2 Dagli elementi evocati risulta perciò che K. non ha elaborato il PG cantonale e non vi sono indizi suscettibili di affermare che K. in questa procedura di aggiudicazione rischierebbe di controllare il proprio lavoro.

Nulla mutano a queste conclusioni le obiezioni delle ricorrenti nella replica secondo cui l'elaborazione del progetto sembra essersi protratta fino al 20 dicembre 2019, data d'invio del PG 2019 a Berna.

In primo luogo il committente espone in maniera condivisibile che l'elaborazione del PG da parte di L. ha avuto luogo sostanzialmente tra il 2016 e la prima metà del 2018, mentre la presentazione del progetto generale definitivo risalirebbe al 7 maggio 2018, rinviando a tale proposito

alle informazioni riportate dal sito web del committente cantonale (cfr. nota a piè di pagina 4 della duplica). Infine, come risulta dal curriculum vitae del capo-progetto delle ricorrenti, il PG 2019 è stato consegnato nel dicembre 2018.

In secondo luogo, come segnalano giustamente le controparti nella risposta, a favore dell'estraneità di K. all'elaborazione del PG 2019 depone del resto anche la lista delle commesse pubbliche con valore superiore a CHF 5'000.– aggiudicate su invito o incarico diretto dal 2016 al 2019 tratta dal sito dell'Ufficio di vigilanza delle commesse pubbliche del Cantone Ticino (<https://www4.ti.ch/dt/sg/uvcp/temi/vigilanza-e-commesse-pubbliche/commesse-pubbliche-2020/lista-delle-commesse/lista-delle-commesse-aggiudicate-su-invito-o-incarico-diretto/>). Da tale documentazione non risulta che a K. siano stati deliberati mandati aventi un nesso con il PG 2019.

4.3.3.3 Allo stesso modo non giova alle ricorrenti insinuare un'esclusione di K. in virtù del miglior punteggio ottenuto al criterio di aggiudicazione CA 3.4 (Specialista ambientale), tanto più che, come il Tribunale ha avuto modo di verificare sulla base del rispettivo foglio di valutazione, la referenza per la quale era stata valutata la persona chiave di K. non ha nulla a che vedere con il PG 2019.

4.3.3.4 Resta ugualmente ininfluyente la circostanza che da un confronto dei rispettivi estratti del registro di commercio risulta che K. abbia due membri del Consiglio di amministrazione in comune con L. e poi con (...) AG, in quanto le iscrizioni al registro di commercio per K. sono sopraggiunte in data 15 novembre 2019, quindi a scadenza avvenuta del termine per la presentazione delle offerte nella presente gara.

4.3.3.5 Non è infine d'aiuto alle ricorrenti fare riferimento ad un'altra procedura di concorso indetta dallo stesso committente nell'ambito della quale quest'ultimo ha escluso K. , in quanto legata ad L. SA. Dalle asserzioni del committente e delle ricorrenti emerge in effetti che il motivo di esclusione di L. SA dall'altro concorso è da ricondurre al coinvolgimento di quest'ultima nell'allestimento dell'appalto, avendo ella preparato la documentazione di gara, ciò che si apparenta generalmente ad un tipico caso di preimplicazione ai sensi dell'art. 21a OAPub e rientra pure nella definizione del concetto di preimplicazione secondo la prassi del Tribunale federale (cfr. infra consid. 4.1.3). Il motivo di esclusione di L. SA nella procedura di aggiudicazione indicata dalle ricorrenti non è dunque comparabile a quello invocato nel presente concorso.

4.3.4 Alla luce delle circostanze poc'anzi esposte non è ravvisabile alcun motivo che possa impedire ad K. di partecipare alla gara e all'autorità aggiudicatrice non si può rimproverare né una violazione del diritto né un esercizio scorretto o abusivo del proprio potere d'apprezzamento se non ha escluso K. e con lei le controparti dal presente concorso. A fronte di questo risultato non è più necessario occuparsi dell'assunto dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti secondo cui un'eventuale esclusione di K. avrebbe ridotto significativamente la cerchia dei potenziali offerenti per la commessa in questione, falsando un'efficace concorrenza. Ai fini della vertenza non occorre nemmeno chinarsi sulle considerazioni dell'autorità aggiudicatrice e delle controparti riguardo ad un presunto comportamento contraddittorio delle ricorrenti nel far valere un caso di preimplicazione dal momento che il capo-progetto da loro proposto sarebbe lo stesso che si era occupato dell'elaborazione del PG cantonale per conto di L. e del Consorzio W..

5.

Le ricorrenti contestano la valutazione operata dal committente ai criteri di aggiudicazione CA 3.1 (Capo-progetto) - ai sottocriteri 3.1.1 (Referenza) e 3.1.2 (Curriculum vitae) - e CA 2.1 (Analisi dei compiti e procedura proposta).

5.1 La stazione appaltante dispone di un margine di apprezzamento anche per quanto attiene alla valutazione delle offerte (sentenza del TAF B-6742/2011 del 2 settembre 2013 consid. 2.2). In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è in ogni caso limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto dei fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lit. a e b PA). Non può essere addotto invece il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub). L'esclusione della censura dell'inadeguatezza racchiude non solo la scelta delle specificazioni tecniche e dei criteri d'idoneità e d'aggiudicazione, ma si riferisce anche alla valutazione delle offerte (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 1286 e 1388 con ulteriori riferimenti). Per questi motivi, una correzione del punteggio e della valutazione è presa in considerazione non già nella misura in cui le note e i punti assegnati si rivelano essere inadeguati, bensì unicamente se questi risultano insostenibili e lesivi dal punto di vista giuridico (decisioni incidentali del TAF B-6762/2011 del 26 gennaio 2012 consid. 4.1, B-4621/2008 del 6 ottobre 2008 consid. 6.3, sentenza del TAF B-6082/2011 dell'8 maggio 2012 consid. 2.3).

5.2 Al punto 4.5.1 del bando di concorso sono stati indicati i criteri di aggiudicazione (CA) nel modo seguente:

CA 1: Prezzo, Ponderazione 30%

CA 2: Analisi dei compiti e procedura proposta (15%)/Concetto di gestione della qualità (5%)/
Analisi dei rischi del progetto e rimedi proposti (10%), Ponderazione totale: 30%

CA 3: Persone chiave, referenze relative ai compiti da eseguire; Ponderazione 40% suddivisa in:

CA 3.1: Capo progetto (12%),

CA 3.1.1 Una referenza (6%), CA 3.1.2 Curriculum vitae (6%)

CA 3.2: Sostituto Capo progetto (10%),

CA 3.2.1 Una referenza (5%), CA 3.2.2 Curriculum vitae (5%)

CA 3.3: Specialista nella determinazione dei costi di costruzione (6%),

CA 3.3.1 Una referenza (3%), CA 3.3.2 Curriculum vitae (3%)

CA 3.4: Specialista ambientale (6%),

CA 3.4.1 Una referenza (3%), CA 3.4.2 Curriculum vitae (3%)

CA 3.5: Specialista traffico (6%),

CA 3.5.1 Una referenza (3%), CA 3.5.2 Curriculum vitae (3%)

Per ogni persona chiave dovevano essere inoltrate una referenza analoga nella funzione e nell'opera con quella messa in concorso, nonché il curriculum vitae che veniva valutato a seconda della formazione, del perfezionamento e dell'esperienza lavorativa con riferimento al progetto in oggetto. La referenza e il curriculum erano ponderati ciascuno al 50% del rispettivo sottocriterio.

Il criterio del prezzo era valutato nel modo seguente:

La nota più alta (5) è attribuita all'offerta rettificata con il prezzo più basso. Le offerte, il cui prezzo supera del 100% o più quello dell'offerta più bassa ottengono la nota 0. Tra questi due estremi la valutazione avviene in modo lineare (fino a due punti dopo la virgola). Eventuali sconti non sono tenuti in considerazione nella valutazione del prezzo.

La scala di valutazione inerente alla soddisfazione dei restanti criteri di aggiudicazione era formulata nel modo seguente:

La valutazione va effettuata attraverso una nota da 0 a 5.

0 = non classificabile // qualità delle indicazioni: nessuna indicazione

1 = pessima // qualità delle indicazioni: insufficienti, incomplete

2 = insufficiente // qualità delle indicazioni: non sufficientemente attinenti al progetto

3 = normale, media // qualità delle indicazioni: media, corrispondente ai requisiti del bando

4 = buona // qualità delle indicazioni: buona

5 = impeccabile // qualità delle indicazioni: impeccabile, contributo decisivo al raggiungimento degli obiettivi

Il bando precisava che se un criterio principale comprendeva dei sottocriteri, questi erano valutati e che il numero dei punti del criterio principale risultava dalla somma delle note dei sottocriteri moltiplicata per il loro fattore di ponderazione. Il punteggio era calcolato in base alla somma

di tutte le note moltiplicate per il loro fattore di ponderazione (punteggio massimo possibile: 5 (nota) X 100 (% di ponderazione) = 500 punti.

5.3 Le offerte delle ricorrenti e delle controparti sono state valutate nel modo seguente:

CA	Pond.	Punt. massimo	Offerta ricorrenti (nota/punti)	Offerta controparti (nota/punti)
CA 1 Prezzo	30	150	5 / 150	3.58 / 107
CA 2	30	150	120	135
CA 2.1 Analisi dei compiti e procedura proposta	15	75	4 / 60	5 / 75
CA 2.2 Analisi dei rischi del progetto e rimedi proposti	10	50	4 / 40	4 / 40
CA 2.3 Concetto di gestione della qualità	5	25	4 / 20	4 / 20
CA 3 Persone chiave	40	200	151	185
CA 3.1 Capo progetto	12	60	48	54
CA 3.1.1 Referenza	6	30	4 / 24	5 / 30
CA 3.1.2 Curriculum vitae	6	30	4 / 24	4 / 24
CA 3.2 Sostituto capo progetto	10	50	40	50
CA 3.2.1 Referenza	5	25	4 / 20	5 / 25
CA 3.2.2 Curriculum vitae	5	25	4 / 20	5 / 25
CA 3.3 Specialista nella determinazione dei costi di costruzione	6	30	21	27
CA 3.3.1 Referenza	3	15	3 / 9	5 / 15
CA 3.3.2 Curriculum vitae	3	15	4 / 12	4 / 12
CA 3.4 Specialista ambientale	6	30	18	30
CA 3.4.1 Referenza	3	15	3 / 9	5 / 15
CA 3.4.2 Curriculum vitae	3	15	3 / 9	5 / 15

CA 3.5 Specialista traffico	6	30	24	24
CA 3.5.1 Referenza	3	15	4 / 12	4 / 12
CA 3.5.2 Curriculum vitae	3	15	4 / 12	4 / 12
TOTALE	100	500	421	427

5.4 CA 3 Persone chiave: referenze relative ai compiti da eseguire / CA 3.1 Capo progetto

5.4.1 CA 3.1.1 Referenza (analogia della funzione e dell'opera della referenza con la funzione e l'opera del presente bando)

Per la loro persona chiave le ricorrenti hanno indicato il progetto ferroviario "...", mentre le controparti hanno presentato un progetto autostradale di USTRA denominato "...". Le ricorrenti hanno ottenuto il voto 4, le controparti il voto 5.

5.4.1.1 Le ricorrenti rilevano che l'oggetto di referenza indicato per il loro capo-progetto debba essere valutato con il massimo dei punti sia per quanto attiene all'analogia della funzione sia per quanto attiene all'analogia dell'opera. A loro avviso è insostenibile ed arbitrario che il consorzio aggiudicatario, avendo proposto una persona chiave che avrebbe rivestito la funzione di capo-progetto solo per una parte dell'opera, abbia ottenuto un punteggio maggiore. Secondo loro il committente, pur avendo riconosciuto con "++" la bontà della loro referenza in riguardo all'analogia della funzione, non ne avrebbe tenuto debitamente conto nella valutazione complessiva, mentre per l'analogia dell'opera egli avrebbe penalizzato a torto le ricorrenti con "-", in quanto non corrisponderebbe al vero che la progettazione dell'infrastruttura indicata non sia comprensiva di tutte le fasi di progettazione secondo il PG. Le ricorrenti ribadiscono che malgrado non abbiano potuto produrre la referenza del PG 2019 per il proprio capo-progetto in quanto allora non ancora tecnicamente concluso, le prestazioni da lui svolte all'interno del PG 2019 avrebbero corrisposto a quelle di un Progetto Generale.

5.4.1.2 In sostanza il committente riprende e in parte completa le argomentazioni addotte nelle annotazioni secondo la rispettiva tabella di valutazione. Quanto all'analogia della funzione, il committente spiega di aver premiato la persona chiave delle ricorrenti con un "++" per aver quest'ultima ricoperto il ruolo di capo-progetto nella referenza indicata, mentre la persona chiave delle controparti sarebbe stata penalizzata con

un “+” per aver funto da sostituto capo-progetto per una parte del progetto indicato, ricoprendo tuttavia il ruolo di capo-progetto per un’altra parte del progetto. Quanto all’analogia dell’opera, il committente chiarisce i motivi della penalizzazione delle ricorrenti con un “-“. Da un lato, esse avrebbero esibito un’opera ferroviaria non ancora conclusa, poiché l’Ufficio federale dei trasporti non avrebbe approvato il progetto, il quale sarebbe stato ripubblicato. Dall’altro, la procedura di progettazione di opere ferroviarie non conoscerebbe l’istituto del PG, una specificità dell’ordinanza sulle strade nazionali (OSN, art. 10 seg.) non contemplata dalla legislazione in materia di ferrovie. Il fatto che la persona chiave proposta dalle ricorrenti abbia funto da capo-progetto nell’ambito del PG 2019, continua il committente, non può essere preso in conto perché si tratta di un progetto diverso da quello indicato come oggetto di riferimento. Il committente osserva infine di aver premiato le controparti con un “++”, in quanto il progetto da loro indicato era riferito ad un’opera autostradale comprendente tratti a cielo aperto e galleria e la progettazione della fase PG.

5.4.1.3 Quanto all’analogia dell’opera, si può convenire con l’autorità aggiudicatrice che le tappe necessarie per avviare la progettazione di strade nazionali non sono del tutto le stesse di quelle per la progettazione di opere ferroviarie. In materia di strade nazionali il percorso di progettazione si svolge di principio nelle fasi “Progetto generale (PG)”, “Progetto esecutivo (AP)”, “Deposito pubblico e approvazione dei piani (AP)” e “Progetto di dettaglio (DP) e aggiudicazione” (cfr. il sito web del committente www.astra.admin.ch/astra/it/home/Medien/temi-fascicoli/opere/Progettazione.html, visitato l’ultima volta il 6 agosto 2020). In termini di opere ferroviarie, si distinguono di principio le tappe studio, progetto di massima, progetto di pubblicazione, procedura di approvazione dei piani, progetto definitivo, esecuzione e conclusione (cfr. Direttiva concernente l’attuazione degli ampliamenti dell’infrastruttura ferroviaria, 1.1.2017, pag. 15 richiamabile al sito web www.bav.admin.ch/bav/). Le lacune riscontrate nella referenza delle ricorrenti, ossia in un progetto di massima per un’infrastruttura ferroviaria per sua natura non completamente comparabile alla fase di PG secondo la legislazione in materia di strade nazionali sono suscettibili di giustificare la penalizzazione della loro offerta con “-“. Allo stesso modo non vi è ragione di ritenere giuridicamente erroneo il fatto che l’autorità aggiudicatrice abbia ritenuto migliore “++” la referenza delle controparti, perché corrisponde maggiormente alla natura dell’opera del presente bando, trattandosi in entrambi i casi di un progetto generale in materia di autostrade (strade nazionali). La tabella sinottica prodotta dalle ricorrenti non riesce a

dimostrare che il progetto da loro indicato comprenda tutte le fasi di un progetto generale di strade nazionali, non dicendo nulla in riferimento al loro oggetto di riferimento o alle fasi di progettazione per opere ferroviarie, ma riferendosi prevalentemente alle fasi di progettazione per le strade cantonali e nazionali. Infine, come rileva a giusto titolo il committente, è irrilevante che la persona chiave proposta dalle ricorrenti abbia funto da capo-progetto in relazione al PG 2019, perché il presente sottocriterio di aggiudicazione doveva essere valutato esclusivamente in base alla referenza indicata per questo criterio di aggiudicazione.

Quanto all'analogia della funzione, il committente ha esposto in maniera del tutto condivisibile di aver lievemente penalizzato la referenza delle controparti poiché la persona chiave indicata aveva funto da sostituto capo-progetto per la parte dell'opera relativa a (...), ricoprendo il ruolo di capo-progetto solo per la parte dell'opera riferita al (...). In riferimento a quest'ultima parte dell'opera il committente può ragionevolmente ritenere che la persona chiave indicata abbia svolto i compiti di capo-progetto e si sia assunta gli oneri e le responsabilità inerenti alla relativa funzione. A favore di quest'asserzione depone l'annotazione nella griglia di valutazione secondo cui la persona chiave in questione si è occupata della coordinazione e conduzione dei capi-progetto settoriali, del resto evincibile dall'esposizione della referenza al punto 2.0.4.1 dell'offerta. Il ragionamento delle ricorrenti secondo cui si tratterebbe in ogni caso di una mansione con responsabilità inferiori che il committente avrebbe dovuto considerare nella media e quindi ulteriormente penalizzare non può dunque essere seguito.

In summa, non è ravvisabile che la ponderazione del committente dei punti forti e dei punti deboli delle referenze portate dalle ricorrenti e dalle controparti abbia condotto ad una valutazione insostenibile. La differenza nell'attribuzione delle note tra le due offerte non può pertanto essere considerata lesiva del diritto o come il risultato di un esercizio scorretto o abusivo del potere di apprezzamento del committente.

5.4.2 CA 3.1.2 Curriculum vitae (valutazione della formazione e del perfezionamento così come dell'esperienza lavorativa con riferimento al progetto oggetto del presente bando)

5.4.2.1 Quanto alla formazione ed al perfezionamento, dalle rispettive griglie di valutazione emerge che la persona chiave delle ricorrenti è stata ritenuta migliore “++” per aver conseguito un diploma ETH e in seguito un MBA, mentre quella delle controparti è stata valutata con un “+” non

potendo quest'ultima esibire un titolo di perfezionamento MBA, ma unicamente il diploma ETH.

Quanto all'esperienza lavorativa, dalle relative griglie di valutazione risulta che la persona chiave delle ricorrenti è stata penalizzata, in quanto i 17 anni di pratica accumulata in diversi progetti stradali ed autostradali non comprenderebbero fasi di progetto PG o AP concluse, ma altre esperienze come BHU (supporto al committente). Per contro, la persona chiave delle controparti è stata valutata in modo migliore "+", esibendo in vent'anni di pratica diverse esperienze in sotterraneo e una limitata esperienza a cielo aperto.

5.4.2.2 Le ricorrenti concludono ad una valutazione insostenibile ed arbitraria, avendo attribuito il committente la nota 5 alle controparti e la nota 4 alle ricorrenti. A loro avviso è falso che la loro persona chiave non avrebbe maturato esperienza come capo-progetto nelle fasi PG e AP. A dimostrazione del loro assunto le ricorrenti rinviando alla referenza proposta per la persona chiave del capo-progetto e ad altri tre progetti menzionati nel curriculum vitae, nonché al PG 2019 all'interno del quale la persona chiave in questione aveva funto da capo-progetto. Per questo motivo chiedono di ottenere una nota superiore.

In sede di duplice il committente conferma la valutazione operata, riprendendo in sintesi gli argomenti in favore di una valutazione migliore dell'esperienza lavorativa del capo-progetto delle controparti conformemente alle annotazioni nelle rispettive griglie di valutazione. Sostanzialmente, il committente ha premiato la vasta esperienza di detta persona in qualità di progettista nell'ambito di progetti in sotterraneo, sottolineando il riferimento con il progetto qui messo in concorso, il quale presenterebbe una tratta di circa 7-8 km su 12 km in sotterraneo. Per contro, il committente spiega di aver operato una valutazione meno favorevole nei confronti della persona chiave delle ricorrenti, poiché quest'ultima, a suo avviso, dispone di un'esperienza minore quale progettista nell'ambito di opere in sotterraneo, esibendo invece una buona parte di pratica in qualità di supporto al committente, attività non paragonabile alla presente commessa. Infine il committente ribadisce che nell'ambito del progetto "..." la procedura di PA non si sia conclusa e che i tre progetti menzionati nella replica non sono atti a mutare la valutazione operata.

5.4.2.3 A titolo di premessa, come fanno notare a giusto titolo l'autorità aggiudicatrice e le controparti, la persona chiave delle ricorrenti,

contrariamente a quanto da loro sostenuto, non ha ottenuto la nota 4 e quella delle controparti la nota 5, bensì il committente ha valutato i curriculum vitae di entrambe con la nota 4. In quest'ottica la differenza di valutazione censurata comporta una certa relativizzazione.

Lo scrivente Tribunale ha avuto modo di verificare dietro consultazione del curriculum vitae della persona chiave indicata dalle controparti che quest'ultima ha acquisito una forte esperienza come progettista a livello di PG e AP, partecipando a svariate opere in sotterraneo. Contestualmente a ciò si constata che le annotazioni secondo la griglia di valutazione, nonché le argomentazioni del committente in sede di duplice a supporto della valutazione messa in atto per la persona chiave delle ricorrenti possono trovare conferma nel rispettivo curriculum vitae di quest'ultima. Laddove le ricorrenti attirano l'attenzione sull'esperienza della loro persona chiave in qualità di capo-progetto nei progetti “...” e “...” non riescono ad invalidare la valutazione operata nella misura in cui le fasi di progetto PG e AP non erano concluse, come fanno notare il committente nel primo caso (cfr. duplice pag. 12) e le stesse ricorrenti nel secondo caso (cfr. replica n. 47). Le ricorrenti elencano tre progetti della loro persona chiave che quest'ultima avrebbe seguito in qualità di capo-progetto. Si concorda con il committente che il progetto denominato “...” costituisce una strada cantonale e non nazionale come nella presente commessa. Come rileva il committente, è altrettanto vero che nell'ambito del progetto “...” la persona chiave proposta ha funto da supporto al committente. Per quanto attiene al progetto “...” si evince dal rispettivo curriculum vitae che la persona chiave indicata ha svolto la funzione di capo-progetto per il progetto definitivo, ma non che ella ha ricoperto ruoli di carattere amministrativo, come fa osservare il committente nella duplice. Tuttavia, nel complesso, tale circostanza non è suscettibile di mettere in discussione la valutazione di questo sottocriterio di aggiudicazione, pur sempre qualificato come buono (4) e di giustificare la rivendicazione della nota massima.

Riassumendo, anche in riguardo al sottocriterio del curriculum vitae, non sono ravvisabili i presupposti per ammettere una valutazione viziata da un errore di diritto o da un esercizio scorretto o abusivo del potere di apprezzamento di cui fruisce il committente in questo ambito.

5.5 Sottocriterio di aggiudicazione CA 2.1 “Analisi dei compiti e procedura proposta”

L'offerta delle ricorrenti ha ottenuto la nota 4, mentre quella delle controparti la nota 5.

5.5.1 Nella documentazione di gara (punto 2.1.2.1) è indicato che per l'analisi del progetto e del mandato l'offerente ha a disposizione al massimo 5 pagine A4 (eventuali allegati compresi) e che per facilitare il confronto e il giudizio delle relazioni tecniche degli offerenti, l'analisi dei compiti andava strutturata seguendo l'ordine "1. Sintesi di mandato", "2. Organizzazione dell'offerta", "3. Esigenze e punti chiave" e "4. Altri aspetti di rilievo riscontrati dall'offerente".

5.5.2 Dalle rispettive griglie di valutazione si possono evincere per ogni offerta i punti forti e i punti deboli considerati nel processo di valutazione.

Con riferimento all'offerta delle ricorrenti, il committente ha valutato favorevolmente l'ottima analisi, completa ed esaustiva in ogni dettaglio ("++") e considerato che l'organigramma fosse "OK" e l'organizzazione chiara. Pur ritenendo in ordine la descrizione del progetto, il committente ha penalizzato la sintesi in quanto priva di indicazioni sul compito effettivo da svolgere ("-") e l'assenza di un'analisi critica e metodologica che ponesse l'accento sulle condizioni quadro (p. es. traffico) che potrebbero semplificare o ridimensionare il progetto ("-").

Quanto all'offerta delle controparti, la sintesi della descrizione del progetto e del compito e l'organigramma sono stati valutati "OK" e l'organizzazione è stata ritenuta molto chiara. Sono stati accolti in maniera positiva l'analisi buona e completa ("+"), le diverse suggestioni con esame critico di vari temi, tra cui il tema SAC ("+"), il traffico e l'ipotesi di una predisposizione per una realizzazione a posteriori ("++").

5.5.3 Le ricorrenti non comprendono la disparità nella valutazione adottata per questo sottocriterio di aggiudicazione e pretendono di essere valutate con un punteggio migliore o almeno equivalente a quello delle controparti.

5.5.4 L'autorità aggiudicatrice spiega che le ricorrenti sono state innanzitutto penalizzate per non aver individuato, descritto e sintetizzato in maniera chiara il compito loro assegnato, a differenza delle controparti, le quali avrebbero sviluppato il compito in maniera precisa ed esaustiva, adottando un ottimo approccio metodologico assente invece nella relazione tecnica delle ricorrenti. Infine l'autorità aggiudicatrice si sofferma brevemente sugli aspetti di rilievo individuati dalle controparti, in particolare le problematiche legate alla tematica dei compensi delle superfici agricole SAC (solo accennata dalle ricorrenti), la necessità di analizzare nuovamente le condizioni quadro del traffico, in modo da verificare se la conduzione del traffico esposta nel PG 2019 sia commisurata alla

necessità della tratta, rispettivamente la prospettazione di un'eventuale realizzazione a posteriori di alcune parti delle opere previste in funzione dell'effettiva evoluzione del traffico. A titolo meramente abbondanziale, il committente rimarca come le ricorrenti siano state penalizzate per aver presentato un'analisi del mandato di ben sette pagine in luogo del massimo di cinque pagine come indicato dalle disposizioni di gara.

5.5.5 Si osserva che le spiegazioni fornite dal committente nell'ambito del presente procedimento in riguardo ai punti forti e deboli delle rispettive offerte coincidono in sostanza con le annotazioni riportate nelle relative schede di valutazione allegate alla risposta. Attribuendo alle ricorrenti la nota 4 e alle controparti la nota 5 in considerazione degli aspetti positivi e negativi menzionati, non si può concludere che il committente abbia operato una valutazione indifendibile. Al contrario, i motivi esposti per giustificare le valutazioni censurate poggiano su osservazioni pertinenti ed obiettive. Dal canto loro, le ricorrenti non possono pretendere un aumento del punteggio della propria offerta, valutata pur sempre con il voto 4 "buono", senza spiegare nel dettaglio e in maniera circostanziata, quali aspetti concreti della loro offerta siano atti a comportare l'attribuzione del voto massimo.

5.6 In conclusione, la valutazione delle offerte delle ricorrenti e delle controparti in base ai criteri di aggiudicazione indicati resiste alle critiche mosse dalle ricorrenti e va confermata. All'offerta delle ricorrenti non possono essere attribuiti ulteriori punti e all'autorità aggiudicatrice non si può rimproverare di aver violato il diritto federale, né di aver abusato o ecceduto nell'esercizio del proprio potere di apprezzamento. Per il resto, laddove le ricorrenti pretendono di essere valutate con un punteggio migliore, le loro censure si riferiscono piuttosto all'inadeguatezza e non sono ammissibili in un procedimento in materia di acquisti pubblici (cfr. consid. 1.3 e 5.1). Il ricorso si rivela quindi privo di fondamento anche in questo punto.

6.

Le ricorrenti chiedono di poter accedere integralmente all'analisi del mandato e al curriculum vitae della persona chiave proposta dalle controparti come capo-progetto allo "scopo di ulteriormente circostanziare le contestazioni circa la valutazione delle offerte operata dalla stazione appaltante".

Le controparti e l'autorità aggiudicatrice si oppongono a tale richiesta, richiamando in sostanza il diritto delle controparti alla tutela dei loro segreti d'affari e del loro know-how commerciale.

6.1 Il diritto generale di consultare gli atti che si applica in altri campi giuridici deve retrocedere nei procedimenti in materia di appalti pubblici di fronte all'interesse degli offerenti al trattamento confidenziale dei loro segreti d'affari e del loro know-how commerciale che risultano dai documenti dell'offerta (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 6.1; cfr. art. 27 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 PA). Di principio, su riserva del benessere degli offerenti interessati, non sussiste un diritto generale alla libera consultazione delle offerte dei concorrenti (sentenze del TAF B-1682/2016 del 6 aprile 2017 consid. 6.1 e B-2932/2011 del 19 maggio 2011 consid. 5). Fintanto che non sussistono interessi preponderanti a mantenere la segretezza dei dati, possono essere messi a disposizione delle ricorrenti quei documenti del committente che hanno influenzato o potrebbero influenzare la decisione e possono essere pertinenti ai fini della valutazione della decisione (cfr. DTF 125 II 473 consid. 4c/cc pag. 478; cfr. anche la decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 5 dicembre 2012 consid. 3 con ulteriori rinvii). Nella misura in cui una parte non ha o non le viene concesso l'accesso agli atti, il Tribunale deve accertarsi d'ufficio che i documenti in parte occultati o non messi a disposizione non nascondano indizi che lascino concludere ad una valutazione avversa alla parità di trattamento o altrimenti erronea dal punto di vista giuridico (decisione incidentale del TAF B-3302/2019 del 24 settembre 2019 consid. 11.2).

6.2 Nel caso di specie, in virtù della prassi suesposta, secondo cui non sussiste un diritto alla libera consultazione delle offerte dei concorrenti, la richiesta delle ricorrenti di visionare l'analisi di mandato e il curriculum vitae della persona chiave delle controparti va respinta, ammesso che sia pertinente ai fini della presente vertenza. Infatti, laddove le ricorrenti hanno lamentato, a torto, che il committente non avrebbe dovuto premiare l'analogia della funzione della persona chiave delle controparti con una valutazione "+" ma considerarla nella media "=", lo scrivente Tribunale, potendo prendere visione del relativo estratto dell'offerta (punto 2.0.4.1) che, di regola, non può essere trasmesso, ha potuto verificare la plausibilità e la fondatezza delle allegazioni del committente nelle griglie di valutazione e nella duplica (cfr. infra consid. 5.4.1.3). Allo stesso modo, sulla scorta del curriculum vitae della persona chiave indicata dalle controparti, il Tribunale può convalidare le annotazioni e gli argomenti del committente secondo cui detta persona dispone di diverse esperienze accumulate in opere in

sotterraneo (cfr. infra consid. 5.4.2.3). Infine, sulla scorta di un esame sommario delle rispettive analisi di mandato, il Tribunale ha potuto appurare, nei limiti della cognizione consentita nell'ambito della valutazione sulla base dei criteri di aggiudicazione, che i punti deboli e i punti forti invocati dal committente possono essere di principio condivisi e non sussistono indizi a favore di una valutazione scorretta dal punto di vista giuridico (cfr. infra consid. 5.5.5).

6.3 In conclusione, visto che la causa è pronta per essere decisa in base alle memorie delle parti e dell'autorità aggiudicatrice, ai loro allegati e alla documentazione della procedura di aggiudicazione già trasmessa, non è più necessario concedere alle ricorrenti un ulteriore accesso agli atti rispetto a quello già ordinato. Le ulteriori richieste di edizione delle ricorrenti vanno dunque respinte. Mediante la lettura dei documenti trasmessi e della presente sentenza, le ricorrenti sono poste nella condizione di comprendere quest'ultima e se del caso di impugnarla adeguatamente.

7.

In summa, non si può rimproverare all'autorità aggiudicatrice di aver violato il diritto o fatto un uso scorretto o abusivo del proprio potere d'apprezzamento per non aver escluso K. e con lei le controparti dal presente concorso e per aver valutato l'offerta delle controparti in modo migliore rispetto a quella delle ricorrenti.

8.

Visto l'esito della presente procedura, la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, avvenuta, a titolo supercautelare, con la decisione incidentale dell'8 maggio 2020, viene a cadere e non è più necessario trattare la rispettiva domanda in via definitiva.

9.

9.1 Le ricorrenti, soccombenti, devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al TAF comprendono la tassa di giustizia ed i disborsi (art. 1 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4^{bis} PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). Nelle cause con valore pecuniario la tassa di giustizia è fissata secondo il valore litigioso (art. 4 TS-TAF). In applicazione delle disposizioni menzionate e considerato che le ricorrenti

sono da considerare quale parte soccombente e che la presente sentenza ha potuto essere emanata senza previamente rilasciare una decisione incidentale sull'effetto sospensivo, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di fr. 5'800.–. Le spese processuali sono computate con l'anticipo di pari importo già versato, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

9.2

9.2.1 Quanto alle spese ripetibili, alle ricorrenti non si assegnano indennità in conformità al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA a contrario). USTRA, in qualità di autorità federale, non ha diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]).

9.2.2 Le controparti si rivelano parte vincente. Patrocinate da un avvocato, le medesime hanno diritto ad un'indennità per spese ripetibili. Nella misura in cui al Tribunale non è giunta alcuna nota d'onorario e atteso che le controparti si sono inserite nel presente procedimento mediante una risposta e una duplica, appare adeguato fissare l'indennità, in funzione delle particolarità della procedura, a fr. 4'000.– e metterla a carico delle ricorrenti.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto.

2.

Le spese processuali, di fr. 5'800.—, sono poste a carico delle ricorrenti e sono computate con l'anticipo di pari importo già versato, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

3.

Alle controparti è assegnata un'indennità per spese ripetibili di fr. 4'000.— a carico, in solido, delle ricorrenti.

4.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario);
- controparti (atto giudiziario);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. Simap-ID del progetto 191259; atto giudiziario).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Pietro Angeli-Busi

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione, purché si ponga una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 83 lett. f cifra 2 LTF). Il termine è reputato osservato se gli atti scritti sono consegnati al Tribunale federale oppure, all'indirizzo di questo, alla posta svizzera o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera al più tardi l'ultimo giorno del termine (art. 48 cpv. 1 LTF). Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 1° settembre 2020