Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Corte II
B-2562/2009
{T 0/2}

Decisione incidentale del 29 giugno 2009

Composizione

Giudici Francesco Brentani (Presidente del collegio), Claude Morvant e David Aschmann;
Cancelliere Daniele Cattaneo;

Parti

Consorzio X. _____,
1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
tutti patrocinati dagli avvocati Sandro e Michele Patuzzo, via Nassa 25/Riva Vela 12, 6900 Lugano,
ricorrenti,

contro

Ufficio federale delle strade USTRA, 3003 Berna,
autorità aggiudicatrice;

Oggetto

acquisti pubblici - servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, autobus, autocaravan e trasporti eccezionali nella galleria stradale del San Gottardo.

Fatti:

A.

A.a Con la pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) N. 230, del 26 novembre 2008, l'Ufficio federale delle strade USTRA (in seguito: l'autorità aggiudicatrice, il committente) ha indetto un pubblico concorso, impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare il “Servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, autobus, autocaravan e trasporti eccezionali nella galleria stradale del San Gottardo”. Con la gara d'appalto il committente ha ricercato un offerente che si occupi del servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti del peso totale superiore alle 3,5 t, di autobus, di autocaravan e di trasporti eccezionali nella galleria stradale del San Gottardo. Le prestazioni dell'offerente comprendono: l'esecuzione più veloce possibile di scarico, rimorchio e/o evacuazione di mezzi pesanti dalla galleria stradale del San Gottardo; il supporto nel servizio di rimorchio di automobili in caso di intervento per molteplici emergenze; il conteggio di tutte le prestazioni di rimorchio di automobili nonché di scarico, di rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, insieme a tutti i prodotti attuali con indennizzo e garanzia di viaggio; la fornitura di post-assistenza per persone non ferite e veicoli che hanno richiesto il servizio di rimorchio di automobili oppure di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, e che desiderano ricevere il servizio post-evento. L'offerente mette a disposizione l'infrastruttura necessaria, assicura la propria disponibilità all'intervento per 365 giorni e 24 ore su 24, e rispetta i tempi di intervento prescritti. Per il calcolo dell'offerta, è possibile presupporre in un anno circa 70 guasti a mezzi pesanti e 300 guasti ad automobili (per cui si deve garantire il servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti soltanto in una decina di casi, nonché il supporto per il rimorchio di automobili).

A.b Nel termine prestabilito sono pervenute al committente l'offerta del Consorzio X. _____ di fr. 185'000.- + IVA (in seguito: ricorrenti o consorzio ricorrente) e quella della Y. _____ di fr. 163'945.- + IVA (in seguito: aggiudicataria, consorzio aggiudicatario). Dopo aver scartato l'offerta dei ricorrenti, con decisione del 31 marzo 2009 il committente ha aggiudicato la commessa all'aggiudicataria, composta da:

1. E. _____
2. F. _____
3. G. _____

L'aggiudicataria è risultata prima in graduatoria con 979 punti contro gli 899 punti dei ricorrenti. L'aggiudicazione è stata pubblicata sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) N. _____, del Z. _____.

B.

B.a Contro la predetta decisione il consorzio ricorrente, composto da:
1. A. _____;
2. B. _____;
3. C. _____;
4. D. _____;

tutti patrocinati dagli avvocati Sandro e Michele Patuzzo, via Nassa 25/ Riva Vela 12, 6900 Lugano,
è insorto con ricorso del 21 aprile 2009 (entrato il 22 aprile 2009) davanti a questo Tribunale amministrativo federale, chiedendone l'annullamento e sollecitando l'aggiudicazione a proprio favore, previa concessione in via supercautelare dell'effetto sospensivo al gravame. In limine ha chiesto la concessione dell'esame degli atti con assegnazione di un termine per eventualmente completare il gravame.

B.b Con il loro gravame i ricorrenti hanno contestato il mancato rispetto di taluni criteri di idoneità e di aggiudicazione prescritti dalle condizioni di gara da parte del consorzio aggiudicatario.

Avantutto, stando ad essi, l'aggiudicataria in quanto compagnia d'assicurazioni, non soddisfa i requisiti di idoneità ad adempiere i compiti oggetto del bando di concorso. Come comunità d'interessi (*Interessengemeinschaft*), non sarebbe formalmente costituita in società semplice e non vi sarebbe un'azienda che si assume la responsabilità globale. Peraltro nemmeno lo scopo sociale dell'aggiudicataria prevedrebbe questo tipo di attività. Sempre secondo i ricorrenti, l'aggiudicataria dovrebbe quindi essere esclusa anche se volesse far capo ad imprese terze, posto che il bando esclude la possibilità di subappaltare i servizi da offrire. L'aggiudicataria non predisporrebbe poi di un unico numero telefonico di allarme il cui esercizio sia garantito 365 giorni all'anno 24 ore su 24 né disporrebbe dell'equipaggiamento necessario. L'offerta dell'aggiudicataria, soggiungono, non potrebbe inoltre essere presa in

considerazione perché non avrebbe a disposizione proprie squadre qualificate, di cui almeno una dovrebbe sempre essere disponibile ai portali entro 15 minuti dall'allarme. Quest'ultima condizione sarebbe peraltro impedita dal fatto che i veicoli che dovrebbero essere disponibili ai portali contemporaneamente devono anche assicurare l'intervento sulle rampe d'accesso.

B.c In merito quindi alle valutazioni espresse dal committente sui singoli criteri di aggiudicazione, i ricorrenti sollevano contestazioni di dettaglio, rimproverandogli di aver applicato un metodo di valutazione delle offerte non previsto dalle condizioni di gara, assegnando una valutazione separata ad ogni componente del consorzio aggiudicatario per poi fare una media di queste valutazioni e prendere questa media come valutazione del consorzio, invece che valutare il consorzio nel suo insieme come un'unica entità e non come media dei membri, come, così ritengono i ricorrenti, correttamente prevedrebbero le condizioni di gara.

L'autorità aggiudicatrice avrebbe assegnato i punti in modo arbitrario, non trasparente e non rispettoso della parità di trattamento. In primo luogo, riguardo il criterio Z1.1., il consorzio aggiudicatario, non avendo delle proprie squadre per veicoli pesanti disponibili al portale entro 15 minuti, non può ottenere il totale dei punti, bensì al massimo 75. Riguardo al criterio Z1.2., se l'aggiudicataria non raggiunge il livello di “umfassend erfüllt”, la valutazione massima dovrebbe essere di 75 punti anziché 85. Ai ricorrenti andrebbe riconosciuto invece un punteggio superiore a quello dell'aggiudicataria. In corrispondenza del criterio Z1.3., i ricorrenti ritengono che gli vadano riconosciuti 100 punti o quanto meno una valutazione pari ad almeno quella dell'aggiudicataria. La valutazione del criterio Z2.1. dell'aggiudicataria andrebbe ridotta a 75 punti, atteso che la capofila non può provare una propria esperienza nell'intervento con veicoli pesanti che esula dal suo campo di attività. Circa il criterio Z2.2., se la valutazione non raggiunge il livello di “umfassend erfüllt”, l'aggiudicataria non può ottenere una valutazione superiore a 75 punti. Per il criterio Z2.3., secondo i ricorrenti, l'aggiudicataria non può ottenere una valutazione di 67 punti. Se la valutazione non raggiunge il livello di “wesentlich erfüllt”, la valutazione massima non può essere superiore a 50 punti. D'altra parte, come, secondo i ricorrenti, avrebbe affermato oralmente l'autorità aggiudicatrice, se il capofila e responsabile del consorzio X. _____, ha ottenuto la valutazione di 100 punti, non si giustifica di assegnare al consorzio ricor-

rente solo la metà dei punti, bensì il punteggio pieno. Anche per il criterio Z2.4., come, secondo i ricorrenti, avrebbe affermato oralmente l'autorità aggiudicatrice, se il capofila e responsabile del consorzio X. _____, ha ottenuto la valutazione di 100 punti, non si giustifica di assegnare al consorzio ricorrente solo tre quarti dei punti, bensì il punteggio pieno. Infine, per quanto riguarda il criterio Z3, i ricorrenti evidenziano che nell'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe ancora contemplato il prezzo relativo alla centrale d'allarme ed il numero di coordinamento del soccorso stradale. E' quindi inammissibile assegnare un punteggio al criterio prima di sapere l'entità del supplemento di prezzo che il committente dovrebbe ancora convenire con l'offerente. Nel caso dei ricorrenti sarebbe invece già compreso nel prezzo offerto.

Considerati i precedenti punti, i ricorrenti potrebbero vedersi attribuire un punteggio superiore tale da invertire la classifica dei concorrenti ed aggiudicarsi l'appalto.

A mente dei ricorrenti, la concessione dell'effetto sospensivo, insuscettibile di causare pregiudizi all'interesse pubblico, atteso che fino al termine della procedura e l'entrata in vigore del futuro contratto, il servizio di soccorso stradale permanente nella galleria del San Gottardo sarebbe garantito, è fondamentale per assicurare la situazione così come allo stato attuale ed evitare che l'appalto venga definitivamente ed illecitamente aggiudicato ad un concorrente che non vi ha diritto.

C.
Con decisione del 22 aprile 2009 il Tribunale amministrativo federale ha conferito al ricorso, in via superprovvisionale, l'effetto sospensivo, vietando all'autorità aggiudicatrice qualsiasi misura di esecuzione finché non sarà decisa la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

D.

D.a Nella sua risposta del 1° maggio 2009 il committente si oppone all'accoglimento del ricorso e al conferimento dell'effetto sospensivo contestando le tesi dei ricorrenti. Esso chiede avantutto di limitare il diritto di esaminare gli atti a quei documenti che non possono essere ritenuti segreti aziendali, ad esclusione quindi dell'offerta dell'aggiudicataria, del rapporto di valutazione nonché della stessa analisi. Esso ritiene di aver ossequiato il suo obbligo di motivazione nei confronti dei ricorrenti nella misura in cui ha reso noti le caratteristiche ed i vantaggi

dell'offerta dell'aggiudicataria così come i motivi essenziali per aver escluso i ricorrenti.

D.b Circa la censura dell'inidoneità sollevata dai ricorrenti relativamente alla composizione del consorzio vincente nella forma di una società semplice, l'autorità aggiudicatrice non riscontra a tal riguardo alcun vizio, posto che il contratto di società semplice viene in essere senza particolari esigenze di forma e che il perseguimento di uno scopo comune appare in concreto pacificamente espresso. Peraltro, rileva ancora il committente, i ricorrenti non sostanzierebbero quali dovrebbero essere le ulteriori condizioni da soddisfare per la valida costituzione di una società semplice. Cadendo l'unico argomento a sostegno della domanda di conferimento dell'effetto sospensivo, a mente del committente, è nell'interesse pubblico decidere il più rapidamente possibile, per non permettere ad uno dei consorziati del consorzio ricorrente che ad oggi offre i servizi della gara d'appalto in narrativa, di trarre ancora un vantaggio economico dal prolungamento della procedura. Per completezza, il committente fa di poi rilevare che anche per quanto riguarda l'esistenza di un unico numero telefonico di allarme il cui servizio sia garantito 365 giorni all'anno 24 ore su 24, l'aggiudicataria ne ha predisposto e documentato l'esistenza alla stessa stregua dei ricorrenti.

D.c Quo alla valutazione delle offerte, il committente fa innanzitutto notare che le differenti percentuali che appaiono nella rappresentazione tabellare rispetto alla scala dei punteggi sono dovute alla differente struttura degli offerenti e delle rispettive offerte. Per l'aggiudicataria, con una struttura più eterogenea, la fornitura delle prestazioni ha potuto essere ascritta ai singoli membri che compongono il consorzio. Per il caso del consorzio ricorrente, con una struttura più omogenea, la qualità delle prestazioni nelle singole discipline è stata considerata nel suo complesso. Per l'aggiudicataria il criterio di aggiudicazione 2.3 (certificati di qualità) ha potuto essere valutato in maniera differenziata per ogni membro consorziato mentre che per i ricorrenti è stato valutato in toto. Ne è conseguito che i ricorrenti hanno ottenuto per ogni sottocriterio una nota mentre che l'aggiudicataria ha ottenuto più note. Il risultato matematico non viene tuttavia per questo modificato. Con questo il committente sottolinea di non essersi avvalso di una scala di punteggi che non fosse conosciuta già in partenza. In altre parole esso rimarca di aver usato per ambo i casi gli stessi parametri di valutazione ed anche un arrotondamento non condurrebbe a miglior risultato

per i ricorrenti. Anche da questo punto di vista per il committente il ricorso è votato all'insuccesso per il che l'effetto sospensivo al gravame debba essere negato.

E.
Con scritto dell'11 maggio 2009 il Tribunale amministrativo federale ha ordinato la conclusione dello scambio di scritti per quel che concerne le conclusioni processuali, segnatamente la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

F.
Con ordinanza del 13 maggio 2009 il Tribunale amministrativo federale ha invitato sia il committente che l'aggiudicataria a volersi esprimere sulla possibilità di rendere nota ai ricorrenti la composizione del consorzio aggiudicatario. Ha altresì invitato il committente a prendere posizione sulla possibilità di concedere ai ricorrenti di poter prendere visione del documento 11 (*Alternativbewertung*) allegato alla sua presa di posizione del 1° maggio 2009. Ha infine chiesto di prendere posizione sull'inclusione o meno nel prezzo dell'offerta vincente della centrale di allarme ed il numero di coordinamento del soccorso stradale, così come contestato dai ricorrenti (punto 13 del memoriale ricorsuale).

G.
Con scritto del 15 maggio 2009 l'autorità aggiudicatrice ha trasmesso la sua presa di posizione. In essa si rileva che per quanto riguarda la comunicazione della composizione del consorzio vincente, la questione è lasciata alla disposizione dell'aggiudicataria. Giusta la trasmissione del documento 11 ai ricorrenti, il committente non si oppone. Quo alle censure di cui al punto 13 del memoriale ricorsuale, il committente nega di aver affermato che nel prezzo dell'offerta vincente non sarebbe incluso il costo per la centrale d'allarme ed il numero di coordinamento del soccorso stradale. Il committente rinvia peraltro al capitolo 7 del formulario d'offerta (allegato 1 alla presa di posizione del 1° maggio 2009) dal quale si evince che l'indicazione del prezzo da parte dell'aggiudicataria sarebbe onnicomprensiva del prezzo di predetta prestazione. Dei documenti 1 a 4 allegati alla presa di posizione in narrativa, l'autorità aggiudicatrice chiede che ne venga negata la compulsazione.

H.
Con scritto del 19 maggio 2009 l'aggiudicataria comunica al Tribunale amministrativo federale di non opporsi alla comunicazione ai ricorrenti

della composizione del consorzio vincente. Con ordinanza del 22 maggio 2009 della scrivente autorità viene comunicato ai ricorrenti che l'aggiudicataria è il consorzio composto dalla E. _____, dal F. _____ e dal G. _____.

I.

Con scritto del 31 maggio 2009 i ricorrenti hanno inoltrato le loro osservazioni alla presa di posizione dell'autorità aggiudicatrice del 15 maggio 2009. Essi si riconfermano nelle conclusioni del gravame mantenendo le richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo. Essi contestano la venuta in essere di un contratto di società semplice tra i componenti del consorzio aggiudicatario, implicitamente o per atti concludenti, per il solo fatto di inoltrare il modulo di offerta. Essi partono inoltre dal presupposto che la E. _____, per non essere attiva nel ramo del soccorso stradale, si vedrebbe obbligatoriamente vista a dover subappaltare le prestazioni di soccorso stradale offerte. I ricorrenti contestano poi l'ammissibilità della valutazione delle offerte come media dei singoli componenti della comunità di offerenti e ribadisce che i punti vanno assegnati come previsto nella documentazione d'appalto come un unico insieme e non come media dei suoi componenti. Se si raggiunge un certo livello di offerta, continuano i ricorrenti, va assegnato il punteggio pieno previsto per quel livello; se non lo si raggiunge va assegnato il punteggio pieno del livello inferiore. A loro parere non è possibile procedere a medie, arrotondamenti per eccesso o simili, siccome non previsti dagli atti di gara. Per i ricorrenti non è infatti chiaro come sia stato possibile assegnare più punti all'offerta E. _____ che ha prodotto meno certificati. Quo al documento 11 allegato alla risposta dell'autorità aggiudicatrice del 1° maggio 2009, i ricorrenti lo considerano una valutazione a posteriori allestita ad hoc a difesa dell'operato della stessa autorità. La critica dei ricorrenti si rivolge di seguito alla partecipazione di un consorziato dell'aggiudicataria, il G. _____, che nel contempo ha offerto le sue prestazioni e le sue dotazioni di uomini e mezzi agli stessi ricorrenti. L'esclusione di questo consorziato dovrebbe avere come conseguenza l'annullamento dell'offerta, così come nel caso, ed a maggior ragione, in cui detto consorziato avesse offerto i suoi servizi in qualità di subappaltante. Un ulteriore aspetto criticato dai ricorrenti è quello alla disponibilità del servizio offerto, di cui l'offerta vincente non può né garantire la presenza di uomini e mezzi, né la tempestiva capacità di intervento. Per ultimo, i ricorrenti ritengono che negare ora da parte dell'autorità aggiudicatrice, quanto affermato durante il debriefing circa l'esclusione del prezzo del servi-

zio telefonico d'intervento e della centrale d'allarme dal prezzo dell'offerta complessivo e secondo cui questo prezzo sarebbe da negoziare in un secondo tempo, è fuorviante e non corrispondente al vero. La circostanza sarebbe peraltro dimostrabile da tutti coloro che erano presenti al debriefing.

J.

J.a Con ordinanza del 4 giugno 2009 il Tribunale amministrativo federale ha offerto all'autorità aggiudicatrice di prendere posizione allo scritto dei ricorrenti del 31 maggio 2009, limitatamente al punto 5 relativo al numero di certificati inoltrati ed al punteggio ottenuto, rispettivamente al punto 10 concernente la tempestività dell'impiego dei mezzi messi a disposizione.

J.b Nella sua presa di posizione dell'11 giugno 2009 l'autorità aggiudicatrice sottolinea innanzitutto che, quo al numero di certificati, contrariamente a quando parrebbero sostenere i ricorrenti, all'offerta dei ricorrenti è stato allegato un solo certificato, e più precisamente quello del X. _____. L'affermazione dei ricorrenti va poi corretta nel senso che non è la quantità dei certificati inoltrati determinante per l'attribuzione dei punti, bensì la dimostrazione di interventi avvenuti conformemente ai parametri di certificazione di qualità. Da questo punto di vista l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe superiore a quella dei ricorrenti, che si limita ad inoltrare il certificato senza relazione con l'impiego effettivo. Quo alla disponibilità dei mezzi d'impiego nel caso F. _____ / F. _____ SA, l'autorità aggiudicatrice ne ritiene avantutto sufficientemente documentati i rapporti di proprietà così come l'assicurazione della disponibilità in caso di intervento nel galleria del Gottardo. Peraltro lo scenario paventato dai ricorrenti circa l'impossibilità di intervenire nella galleria qualora i mezzi impiegati sarebbero occupati sulla rampe, a giudizio dell'autorità aggiudicatrice, si porrebbe alla stessa maniera per i ricorrenti. Dalla critica i ricorrenti non ne possono pertanto trarre vantaggio.

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

Diritto:

1.

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

1.2 La commessa in narrativa ha come oggetto il servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, autobus, autocaravan e trasporti eccezionali nella galleria stradale del San Gottardo. La decisione querelata è l'atto di aggiudicazione. Avantutto è d'uopo esaminare se la decisione ricade nel campo d'applicazione della Legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; 172.056.1). Alla LAPub sottostà, tra l'altro, in qualità di committente, l'Amministrazione generale della Confederazione (art. 2 cpv. 1 litt. a LAPub). Giusta l'art. art. 5 cpv. 1 litt. b LAPub, la legge è tra l'altro, applicabile all'aggiudicazione di commesse di servizi, vale a dire contratti tra committente ed offerente riguardo la fornitura di prestazioni di servizio conformemente all'allegato 1, appendice 4 dell'Accordo sugli appalti pubblici concluso il 15 aprile 1994 nell'ambito del trattato per l'istituzione del GATT/ OMC (Accordo GATT; RS 0.632.231.422) allorché il loro valore, al netto dell'IVA, raggiunge i fr. 263'000.- (art. 6 cpv. 1 litt. b LAPub); valore quest'ultimo adeguato per l'anno 2009 in fr. 248'950.- (art. 1 Ordinanza del DFE del 27 novembre 2008 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per il 2009, RS 172.056.12). Il valore della commessa per contratti pluriennali, se il committente acquista beni o servizi mediante compra-vendita, leasing o nolovendita, equivale, per contratti di durata determinata, al valore complessivo; e per contratti di durata indeterminata, al canone mensile moltiplicato per quarantotto (art. 15 dell'Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (OAPub, RS 172.056.11).

La commessa che qui ci occupa è appaltata dall'USTRA, che è un Ufficio dell'amministrazione generale della Confederazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub (cfr. Ordinanza del 6 dicembre 1999 sull'organizzazione del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (Org-DATEC, RS 172.217.1). Esso figura espressamente nella lista degli enti appaltanti depositata dalla Svizzera di cui all'annesso 1 dell'appendice I dell'Accordo GATT.

La LAPub non si applica a tutte le prestazioni di servizi, bensì unicamente a una lista esaustiva di prestazioni enumerate nell'allegato 1

appendice 4 dell'Accordo GATT e ripresa nell'allegato 1 OAPub (art. 1 cpv. 1 lett. a e art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub, nonché art. 3 cpv. 1 OAPub che rimanda all'allegato 1 dell'OAPub). Questa lista si fonda sulla classificazione centrale provvisoria dei prodotti («Central Product Classification», CPC) stabilita dall'ONU (New York 1991). Occorre pertanto fare riferimento a questa classificazione CPC per verificare la portata di ogni tipo di prestazione di servizio assoggettata (decisione della CRAP del 28 settembre 2001 e del 3 novembre 2000; GAAC 66.5, consid. 2c/aa; GAAC 65.41, consid. 3a). Nella fattispecie la commessa litigiosa concerne il “servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione di mezzi pesanti, autobus, autocaravan e trasporti eccezionali nella galleria stradale del San Gottardo”. Tali prestazioni possono senz'altro rientrare nei «servizi di manutenzione e riparazione» (allegato 1 appendice 4 dell'Accordo GATT, CPC 61120: Maintenance and repair services of motor vehicles). Questa classificazione CPC trova il corrispondente nella classificazione del Common Procurement Vocabulary (CPV) sotto le categorie: 50118000-5 “Servizi di soccorso stradale”; 50118100-6 “Servizi di soccorso e rimozione di veicoli”; 50118110-9 “Servizi di rimorchio veicoli”; 50118200-7 “Servizi di soccorso e rimozione di veicoli commerciali”; 50118300-8 “Servizi di soccorso e rimozione di autobus”; 50118400-9 “Servizi di soccorso e rimozione di veicoli a motore”; 50118500-0 “Servizi di soccorso e rimozione di motocicli”. Va però osservato che l'indicazione indicata nel bando dall'autorità aggiudicatrice si riferisce alla classificazione 63000000 del Common Procurement Vocabulary (CPV), corrispondente ai «servizi di supporto e ausiliari nel campo dei trasporti; servizi di agenzie di viaggio». Sapere se tale classificazione corrisponde al meglio alla commessa in narrativa non è determinante. Determinante a questo riguardo è la classificazione CPC (GAAC 69.32, consid. 1c/bb, con rinvii).

Il valore soglia per le prestazioni di servizio è superato, già che il prezzo della commessa indicato nella decisione impugnata ammonta a 163'945 franchi (IVA esclusa) successivamente per quattro anni.

Infine, nella fattispecie, non si verifica alcuna eccezione prevista all'art. 3 LAPub.

Di conseguenza la presente commessa soggiace alla LAPub ed il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sul presente ricorso.

1.3 Contro le decisioni del committente aventi come oggetto l'aggiudicazione è ammesso il ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 29 lett. a in relazione con art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994, LAPub; RS 172.056.1). Il Tribunale amministrativo federale statuisce sulle richieste volte al conferimento dell'effetto sospensivo (art. 28 cpv. 2 LAPub). La procedura dinanzi al Tribunale amministrativo federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), sempre che la LAPub e la legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF; RS 173.32) non dispongano altrimenti (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 37 LTAF).

1.4 Il Tribunale amministrativo federale rispettivamente, giusta l'art. 39 cpv. 1 LTAF, il giudice dell'istruzione deve statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo (cfr. messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001; FF 2001 3764 ss., pag. 3945). Dai materiali non risulta che l'art. 39 cpv. 1 LTAF in qualità di lex specialis nei confronti dell'art. 55 cpv. 3 PA voglia escludere l'alternativa di una decisione da parte di un collegio giudicante (cfr. DTAF 2007/13 consid. 1.3.2 non pubblicato), e tanto meno si suppone che la decisione sull'effetto sospensivo con un collegio di tre giudici abbia come conseguenza un pregiudizio per chi è soggetto al diritto (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-7393/2008 del 14 gennaio 2009 con rimandi). Considerato che alla decisione concernente il conferimento dell'effetto sospensivo nell'ambito degli acquisti pubblici è attribuita una notevole importanza, in particolare quando è impugnata una decisione di aggiudicazione (art. 22 cpv. 1 LAPub; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Vol. 1, Zurigo/Basilea/Ginevra 2007, pag. 413; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Friborgo 2002, pag. 131), il giudizio da parte del collegio giudicante nella causa principale soddisfa spesso meglio l'idea di fondo che le decisioni poggiano su una base di legittimazione sufficiente (DTAF 2007/13, consid. 1.3.2 non pubblicato, decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-744/2007 del 31 luglio 2007, consid. 1.4.2; in sostanza questa prassi è approvata dalla dottrina, cfr. MARTIN BEYELER in Baurecht 2/2007, pag. 86). Dalle allegazioni suesposte si conclude che anche nel caso in esame è il collegio giudicante che ha da statuire sulla domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo.

1.5 In materia di acquisti pubblici gli offerenti esclusi dall'aggiudicazione ovvero in casu i membri del consorzio ricorrente sono destinatari della decisione di aggiudicazione impugnata e ne sono direttamente toccati, per cui risulta pacifica la legittimazione a ricorrere contro la stessa ai sensi dell'art. 48 PA in relazione con l'art. 26 cpv. 1 LAPub (DTAF 2007/13, consid. 1.4).

1.6 Giusta l'art. 23 LAPub il committente notifica le decisioni di cui all'art. 29 LAPub secondo i dettami dell'art. 24 cpv. 1 LAPub o mediante recapito. Giusta l'art. 30 LAPub i ricorsi devono essere proposti entro 20 giorni dalla notifica della decisione. La contestata decisione del committente è stata pubblicata sul FUSC N. _____, del Z. _____ 2009 con l'indicazione dei rimedi di diritto, per cui il termine ha iniziato a decorrere il 2 aprile 2009, giungendo a scadenza il 21 aprile 2009. Il gravame presentato il 21 aprile 2009 è in ogni caso tempestivo, a prescindere dalla questione della sospensione dei termini (sul tema cfr. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 834, in particolare nota 1704; AA. VV., VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann Bernhard, Weissenberger Philippe ed., 2009, n. 14 ad art. 22a).

1.7 I requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti, in particolare il ricorso e le conclusioni sono sufficientemente motivati (art. 52 PA). Tutti gli altri presupposti processuali sono parimenti adempiuti, in particolare l'anticipo delle spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) ed il rappresentante legale ha giustificato i suoi poteri per mezzo di procura scritta (art. 11 PA).

Occorre pertanto entrare nel merito del ricorso rispettivamente delle conclusioni processuali dei ricorrenti.

2.
Oggetto della presente decisione incidentale è unicamente la questione dell'effetto sospensivo.

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

2.2 La LAPub stessa non menziona quali sono i criteri da osservare per la questione del conferimento o del diniego dell'effetto sospensivo. Possono quindi essere ripresi quei principi che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato in riferimento all'art. 55 PA. Conformemente ad essi occorre esaminare sulla base di una ponderazione di interessi se i motivi a favore di un'esecutorietà immediata sono più gravi di quelli che possono essere addotti per la soluzione opposta (DTF 129 II 288, consid. 3 con rinvii, DTF 117 V 191, consid. 2B con rinvii; ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ª ed., Zurigo 2006, n. 1802 segg.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume II, 2ª ed., Berna 2002, pag. 680 segg.). Il fatto che il legislatore della LAPub non ha concesso per legge l'effetto sospensivo al ricorso, scostandosi in questo modo dalla PA, dimostra ch'egli era consapevole della portata di questa disposizione nel diritto in materia di acquisti pubblici e che ha ritenuto necessario un esame individuale di suddetta questione, ma non significa ch'egli abbia voluto concedere l'effetto sospensivo solamente in via eccezionale (DTAF 2007/13 consid. 2.1, decisione incidentale del 3 marzo 2009 B-504/2009, consid. 2.2 con rinvii a prassi e dottrina recente).

2.3 Nel caso in cui è presentata la richiesta volta a concedere l'effetto sospensivo al ricorso, occorre in una prima fase esaminare ai sensi di una valutazione *prima facie* della situazione giuridica materiale se sulla base degli atti esistenti si deve partire dal presupposto che il ricorso è manifestamente infondato. Nel caso affermativo, la richiesta di accordare l'effetto sospensivo deve già essere respinta a priori. Qualora siano riconosciute possibilità di successo o permangano dubbi sulle stesse, occorre giudicare la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo sulla base della ponderazione di interessi precedentemente menzionata. Conformemente alla prassi del Tribunale amministrativo federale (cfr. DTAF 2007/13, consid. 2.2), nell'esame della ponderazione sono da includere gli interessi dei ricorrenti a mantenere la possibilità dell'aggiudicazione, mentre nel contempo sussiste un importante interesse pubblico a concedere una protezione giuridica efficiente (decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 2.2). Ad essi sono contrapposti gli interessi pubblici dell'autorità aggiudicatrice. Nel messaggio del Consiglio federale concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round del 19 settembre 1994, no 621.15, FF 1994 IV 923, pag. 1165 [in seguito: Messaggio 2 GATT] è ad esempio indicato che se il ricorso beneficiasse automaticamente

dell'effetto sospensivo, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto (Messaggio 2 GATT, in particolare pag. 1165). Allo stesso modo anche il Tribunale federale ha constatato che l'interesse pubblico ad un'attuazione quanto più rapida possibile della decisione di aggiudicazione ha fin da principio un'importanza notevole (decisione del Tribunale federale 2P.103/2006 del 29 maggio 2006, consid. 4.2.1 con rinvii; in questo senso anche DTAF 2008/7, consid. 3.3). Conformemente alla prassi, nella ponderazione degli interessi devono anche essere considerati eventuali interessi privati di terzi, in particolare dei rimanenti partecipanti alla commessa. Anche tenuto conto degli obiettivi dell'art. XX par. 2 e 7 lett. a dell'Accordo sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 segg.), deve essere considerata la concessione di una tutela giudiziaria efficiente nonché l'impedimento di situazioni che rendono illusorio il rimedio di diritto (DTAF 2007/13, consid. 2.2 con rinvii).

3.

3.1 Alla luce delle allegazioni suesposte e sulla base di una valutazione *prima facie* va dapprima accertata la situazione giuridica materiale. In materia di acquisti pubblici il potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è limitato alla violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere d'apprezzamento e all'accertamento incompleto o inesatto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 litt. a e b PA). Non può invece essere addotto il motivo dell'inadeguatezza (art. 31 LAPub).

3.2 Per i ricorrenti il consorzio aggiudicatario non soddisferebbe i criteri di idoneità per adempiere i compiti della commessa in gara: la E. _____ è una compagnia assicurativa ed il riferimento ad una pretesa comunità di interessi, con la stessa sede, senza che sarebbe stato formalmente costituito un consorzio, non sanerebbe tale lacuna.

Come giustamente constatano i ricorrenti, secondo il bando sono ammesse le comunità di offerenti, nella misura in cui i membri abbiano costituito una società semplice ai sensi degli art. 530 segg. della Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Codice delle obbligazioni, CO, RS 220) ed un'azienda capofila assuma la responsabilità globale. Tuttavia va evidenziato che le norme sulla società semplice non prescrivono per la sua costituzione il rispetto di particolari esigenze di forma (DTF 124 III 363, consid II/2a pag.

365; DTF 116 II 707, consid. 2a pag. 710; DTF 108 II 204, consid. 4 pag. 208 mit Hinweisen; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9ª ed., Zurigo 2004, § 12 N 74). D'altra parte dalle allegazioni ricorsuali non si evince in quale altro modo la costituzione del consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere documentata, se non nella forma, peraltro identica a quella degli stessi ricorrenti, dell'inoltro del formulario d'offerta sottoscritto dalle ditte che compongono il consorzio, dalla procura conferita al capofila e dall'offerta firmata. E' quindi con insuccesso che i ricorrenti si prevalgono dell'insufficienza formale di un atto di costituzione del consorzio nella sua forma di società semplice. Ciò posto, appare superfluo esaminare la censura, peraltro formulata come ipotesi, addotta dai ricorrenti che l'esecuzione delle prestazioni da parte del consorzio aggiudicatario potrebbe venire, in violazione del bando, subappaltata a terzi. Sui punti che precedono, la critica si rivela pertanto infondata. Sugli altri criteri di idoneità, circa la predisposizione di un unico numero telefonico di allarme e circa la disponibilità di proprie squadre qualificate e la tempestività degli interventi, la critica dei ricorrenti non appare del tutto sostanziata e sembra fondarsi su ipotesi a prima vista non convincenti.

3.3 I ricorrenti rimproverano poi al committente di aver applicato un metodo di valutazione delle offerte non previsto dal bando, assegnando una valutazione separata ad ogni consorziato per poi fare una media di queste valutazioni e prendere questa media come valutazione del consorzio, invece che, valutare il consorzio nel suo insieme come unica entità. In altre parole, i ricorrenti criticano in sostanza, da una parte, il modo in cui sono stati attribuiti i punti: nel caso dei ricorrenti come punteggio unitario attribuito al capofila e nel caso del consorzio aggiudicatario come punteggio attribuito ad ogni componente del consorzio. Un esame sommario di questo Tribunale non porta tuttavia a concludere che tale modo di procedere porta a risultati matematicamente differenti, mantenendo invariati ponderazione e punteggio previsto dal bando. Da parte sua, la valutazione di cui al documento 11 (*Alternativbewertung*) allegato dall'autorità aggiudicatrice alla presa di posizione del 1° maggio 2009 non porta ad altro risultato. I ricorrenti si riferiscono, erroneamente, ad una “valutazione delle offerte come media di singoli componenti della comunità di offerenti” (cfr. completazione del ricorso del 30 maggio 2009, punto 4). Tuttavia, se si vuole parlare di differenze di valutazione, così come da loro sostenuto, allora sarebbe più corretto parlare di ripartizione di percentuali di pondera-

zione sui singoli componenti del consorzio, ritenuto che la ponderazione totale equivale sempre a 100.

3.4 L'autorità aggiudicatrice ha reso noto nella documentazione di gara i criteri di aggiudicazione, come segue:

Criteri	**%**	**Punti**	**Descrizione**
Z1	**30.8**	**320**	Ausrüstung und Einsatzkonzept
Z1.1	15.4	160	Technische Ausrüstung für EABD LKW und Unterstützung AD PW
Z1.2	7.7	80	Organisatorische und räumliche Ausgestaltung der Pikett- und Alarmorganisation
Z1.3	7.7	80	Konzept zur Sicherung der Kundennachbetreuung gemäss Ziffer 3.1
Z2	**30.8**	**320**	Personal, Referenzen, Qualität
Z2.1	15.4	160	Wissen und Erfahrung im Bereich Entspannung, Abschleppdienst und Bergung von Schwerfahrzeugen (inkl. Ausbildungen, Erfüllung vergleichbarer Aufgaben); Wissen und Erfahrung im Bereich LKW- und PKW Fahrzeugtechnik (inkl. Ausbildungen).
Z2.2	7.7	80	Leistungen im Rahmen der Referenzentätigkeit
Z2.3	3.8	40	Anerkannte Organisations-, Qualitäts- und Zuverlässigkeitszertifikate
Z2.4	3.8	40	Sprachkenntnisse in Deutsch, Italienisch und Englisch
Z3	**38.5**	**400**	**Pauschalpreis als Kostendach**
Z Summe	100	1040	

Nell'ambito dell'aggiudicazione di commesse pubbliche, i criteri d'aggiudicazione fissati dal bando di concorso riservano spesso al committente un margine discrezionale relativamente ampio ai fini della valutazione delle offerte (DTF 125 II 86, consid. 6 ; GAAC 68.119, consid. d/aa). In questi casi, il Tribunale amministrativo federale si limita a verificare che l'apprezzamento sia contenuto nei termini prestabiliti e si fondi su considerazioni oggettive e pertinenti. Particolare riserbo se lo impone anche perché la valutazione presuppone sovente delle conoscenze tecniche (DTF 103 Ia 272, consid. 6c pag. 278), si fonda sulla comparazione tra le varie candidature inoltrate e comporta pure, inevitabilmente, una componente soggettiva da parte del committente (DTAF B-5838/2007, consid. 4 con rinvii). Valutazioni di singoli criteri d'aggiudicazione, che risultano lesive del diritto, non traggono necessariamente seco l'annullamento della decisione impugnata. L'annullamento s'impone soltanto se la correzione da apportare sovverte la graduatoria allestita dal committente. L'apprezzamento del Tribunale federale amministrativo non può pertanto sostituirsi a quello dell'ente ap-

paltante: esso interviene quindi soltanto se vi è un abuso o un eccesso del potere di apprezzamento.

Nella sua risposta al ricorso l'autorità aggiudicatrice sottolinea che i criteri di aggiudicazione non sono stati modificati e, contrariamente all'opinione dei ricorrenti, non è stata impiegata una scala dei punteggi diversa da quella prevista dalle condizioni di gara. Se nella comunicazione di aggiudicazione del 31 marzo 2009 appaiono delle altre percentuali rispetto alla scala dei punteggi, aggiunge il committente, ciò è da ricondurre alle diverse strutture degli enti offerenti ed alle loro offerte: nel caso dell'aggiudicataria si tratta di una struttura eterogenea in cui le diverse prestazioni offerte possono essere ascritte ai singoli partecipanti alla gara e che compongono il consorzio. Nel caso dei ricorrenti si tratta per contro di una struttura omogenea in cui le prestazioni sono ascritte al capofila. Ed in effetti un esame sommario della composizione dei due consorzi porta ad osservare che nel caso del consorzio aggiudicatario ci troviamo di fronte a tre ditte singole, coinvolte individualmente, che sono nel contempo direttamente anche i prestatori di servizi. Nel caso dei ricorrenti ci troviamo invece di fronte ad un consorzio composto essenzialmente da associazioni di categoria, le quali, a loro volta, fanno capo a dei prestatori di servizi a loro affiliati.

In quest'ordine di idee, anche la critica di una doppia partecipazione, che se fondata potrebbe rendere necessario l'esame della validità dell'offerta (GAAC 69.80, consid. 3b/3c; GAAC 64.29, consid. 3; cfr. decisione del Tribunale amministrativo del canton Zurigo del 18 maggio 2005 VB.2005.00153), va nell'evenienza concreta respinta, tenuto anche conto che in casu esiste poi una particolare situazione, sia da un punto di vista spaziale che temporale, attorno alla zona del Gottardo, che limita la cerchia degli offerenti rispettivamente dei prestatori dei servizi richiesti.

Per il resto le censure mosse dai ricorrenti nell'ambito dell'attribuzione dei punteggi ad ogni singolo criterio di aggiudicazione non appaiono sufficientemente sostanziate o comunque non esistono punti di riferimento secondo cui l'autorità aggiudicatrice avrebbe ecceduto od abusato del suo potere di apprezzamento nella valutazione dei criteri di aggiudicazione.

Pure le critiche sollevate circa il rispetto dei parametri di qualità e la disponibilità dei mezzi nella galleria del Gottardo, sono state dall'autorità aggiudicatrice sufficientemente documentate e rese plausibili da resi-

stere alla critica. Per finire, anche alla luce di predetta valutazione alternativa, non è neppure ravvisabile quali attese i ricorrenti possano dedurre da un apprezzamento circa possibili valutazioni alternative avvenute oralmente nel contesto del debriefing.

Sulla base di queste considerazioni, a mente della scrivente autorità, da un esame *prima facie*, non vi sono indizi che l'aggiudicazione sia lesiva del diritto in quanto rientra nel vasto potere di apprezzamento dell'autorità aggiudicatrice.

3.5 Riassumendo, sulla base di un esame *prima facie* della situazione giuridica materiale, il Tribunale amministrativo federale riconosce che il ricorso sarebbe privo di probabilità di successo e quindi manifestamente infondato. Le censure dei ricorrenti che si riferiscono alla costituzione del consorzio, alla disponibilità di uomini e mezzi, al metodo di valutazione delle offerte ed all'attribuzione dei punteggi, nell'ambito di un esame *prima facie*, non sembrano poggiarsi su argomenti solidi e convincenti.

Di conseguenza la domanda volta al conferimento dell'effetto sospensivo deve essere respinta. In considerazione della probabile, *prima facie*, manifesta infondatezza del ricorso, si prescinde dall'effettuare la ponderazione degli interessi.

4.
La decisione incidentale sull'effetto sospensivo che deve essere presa nel caso di specie poggia in sostanza sul ricorso e sulle osservazioni dell'autorità aggiudicatrice concernenti le conclusioni procedurali rispettivamente la domanda dell'effetto sospensivo. La valutazione delle censure mosse nel ricorso è stata possibile sulla base dei documenti che sono stati allegati al ricorso, le osservazioni dell'autorità aggiudicatrice e dell'aggiudicataria circa la comunicazione ai ricorrente della composizione del consorzio aggiudicatario, nonché ai documenti, in particolare il documento 11 allegato alla presa di posizione del 1° maggio 2009 dell'autorità aggiudicatrice, di cui questo Tribunale amministrativo federale, con ordinanza del 22 maggio 2009, ne ha concesso l'esame ai ricorrenti. La questione a sapere se e quali ulteriori atti si rivelano determinanti in vista della decisione nel merito della causa, rispettivamente quali altri atti che l'autorità aggiudicatrice ha definito confidenziali possono accedere all'esame degli atti dei ricorrenti, dovrà essere giudicata se del caso nell'ambito di ulteriori misure di istruzione nella causa principale.

5.
Le spese processuali derivanti dalla presente decisione verranno considerate con la decisione finale (art. 65 cpv. 1 PA).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Copia della presa di posizione dell'11 giugno 2009 dell'autorità aggiudicatrice è trasmessa ai ricorrenti per conoscenza.

2.
La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta.

3.
Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito.

4.
Comunicazione a:

- ricorrenti (raccomandata con avviso di ricevimento; anticipata via fax; allegato come da cifra 1);
- autorità aggiudicatrice (n. di rif. FUSC No. 230 del 26 novembre 2008; raccomandata con avviso di ricevimento;);
- aggiudicataria (per conoscenza).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:	Il cancelliere:
Francesco Brentani	Daniele Cattaneo

Rimedi giuridici:

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

Data di spedizione: 30 giugno 2009