

(Commissione federale di ricorso in materia di acquisiti pubblici, decisione del 26 maggio 1997)

Öffentliches Beschaffungswesen. Selektives Verfahren. Beschränkung der Teilnehmerzahl in der zweiten Vergabephase (Art. 15 Abs. 4 BoeB).

Ablauf der zwei Phasen des selektiven Verfahrens (E. 3a).

Grundsätzlich sind alle Bewerber, welche die in der Ausschreibung angegebenen Eignungskriterien erfüllen, einzuladen, ihre Offerte für die zweite Vergabephase einzureichen. Gründe, aus welchen das Gesetz eine Beschränkung der Teilnehmerzahl erlaubt (E. 3c).

Nach dem Grundsatz der Transparenz hat die Vergabebehörde die Absicht zur Beschränkung der Teilnehmerzahl bereits in der Ausschreibung bekanntzugeben. Fehlt eine solche Erwähnung, so ist eine weitergehende Einschränkung grundsätzlich ausgeschlossen, ausser unter aussergewöhnlichen Umständen (E. 3d).

Marchés publics. Procédure sélective. Limitation du nombre de participants lors de la seconde phase de la procédure (art. 15 al. 4 LMP).

Déroulement des deux phases de la procédure sélective (consid. 3a).

En principe, tous les concurrents remplissant les critères de qualification indiqués dans l'appel d'offres devraient être invités à présenter une offre lors de la seconde phase de la procédure. Motifs pour lesquels la loi permet de limiter le nombre de candidats (consid. 3c).

En vertu du principe de la transparence, l'adjudicateur doit indiquer son intention de limiter le nombre de concurrents déjà dans l'appel d'offres. En l'absence d'une telle mention, une limitation ultérieure est exclue, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles (consid. 3d).

Acquisti pubblici. Procedura selettiva. Limitazione del numero di partecipanti alla seconda fase della procedura (art. 15 cpv. 4 LAPub).

Svolgimento delle due fasi della procedura selettiva (consid. 3a).

Di norma tutti i candidati che adempiono i criteri d'idoneità indicati nel bando di concorso dovrebbero essere invitati a presentare un'offerta al momento della seconda fase della procedura. Motivi per cui la legge permette di limitare il numero di candidati (consid. 3c).

In virtù del principio di trasparenza, il committente deve indicare già nel bando di concorso l'intenzione di limitare il numero di candidati. In assenza di una tale indicazione, una limitazione ulteriore è esclusa, tranne in presenza di circostanze eccezionali (consid. 3d).

Ritenuto in fatto:

A. Con pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) n. 154-4791 del 12 agosto 1996, l'Ufficio federale dei trasporti (UFT) ha dato avvio alla procedura di aggiudicazione nella forma di procedura selettiva, per la fornitura di servizi (prolungamento della NFTA da Lugano a Milano; esame di opportunità e rapporto di impatto ambientale di primo livello).

B. Dai documenti di concorso pubblicati ed in particolare dal punto 4.4 delle «Condizioni per i candidati della fase C - Esame di opportunità e rapporto dell'impatto ambientale di I livello», si evince che la selezione dell'ingegnere e dell'esperto di pianificazione sarebbe avvenuta «in base alle qualifiche migliori, considerando la particolare idoneità a svolgere i compiti di pianificazione previsti e tenendo conto dell'efficienza, dell'esperienza e delle qualifiche tecniche dei candidati».

Erano considerati importanti i seguenti attestati:

- certificato di competenza tecnica
- capacità di svolgimento dell'incarico in modo interdisciplinare e unitario
- capacità di dirigere il progetto attenendosi ai vincoli finanziari e alle scadenze
- informazioni relative alla disponibilità di personale e dei mezzi tecnici
- informazioni relative alla natura e all'estensione di una rappresentanza sul luogo
- informazioni relative alla struttura organizzativa del gruppo responsabile del progetto
- referenze.

Le candidature sarebbero state valutate inoltre secondo i seguenti criteri:

documentazione del candidato completezza ed esattezza

candidato struttura della ditta o del pool di ingegneri

conoscenze particolari nei settori richiesti

capacità di svolgere il progetto integralmente

disponibilità di una rappresentanza in loco del progetto

personale

infrastrutture

referenze

garanzia di qualità interna alla ditta o al pool di ingegneri

particolare idoneità allo svolgimento del lavoro di pianificazione previsto

C. In data 6 settembre 1996 il C., rappresentato dallo studio d'ingegneria P., ha inoltrato all'UFT la propria domanda di partecipazione, in conformità alle condizioni poste dal bando di concorso (art. 15 cpv. 2 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici [LAPub], RS 172.056.1).

D. Con decisione del 9 ottobre 1996, l'UFT (Divisione della pianificazione) ha rigettato la candidatura del C. sulla scorta delle seguenti motivazioni:

- buona valutazione per i settori pianificazione dei trasporti, costruzione di gallerie e pianificazione del territorio e del paesaggio;
- valutazione insufficiente per i settori ambiente e redditività;
- scarsa partecipazione di ditte con particolari conoscenze delle esigenze specifiche della Svizzera.

E. Contro questa decisione insorge, con tempestivo ricorso, il C. postulando in via cautelare il conferimento dell'effetto sospensivo, concesso da questa Commissione con decisione incidentale del 29 novembre 1996 e, in via principale, l'accoglimento del gravame. Nel merito, il ricorrente fa osservare, alla luce delle referenze delle ditte componenti il C., di essere perfettamente in grado di eseguire lo studio richiesto.

F. In sede di risposta l'UFT rileva che, in base all'art. 15 cpv. 4 LAPub, al fine della gara d'appalto vera e propria sono stati ritenuti unicamente i candidati qualificatisi ai primi quattro posti della graduatoria allestita dal committente in conformità ai criteri di idoneità fissati dal bando di concorso. Il ricorrente, pur disponendo in linea di massima delle conoscenze specifiche necessarie per lo svolgimento del previsto studio di pianificazione, si è qualificato al sesto posto tra le dieci domande di partecipazione ricevute.

In merito alle referenze dei membri del C., l'UFT evidenzia che la parte dello studio relativa alla pianificazione dei trasporti e alla redditività, è assegnata a ditte italiane le quali non possono vantare una particolare conoscenza delle condizioni specifiche svizzere. Questa carenza, secondo il giudizio del committente, non può essere compensata dalle altre imprese facenti parte del C. stesso.

G. In sede di replica, il ricorrente rileva che il committente ha arbitrariamente limitato la partecipazione al concorso a soli quattro candidati. Nella sostanza evidenzia, ancora una volta, l'idoneità del C. ad eseguire lo studio di pianificazione. In particolare, esso rileva che gli studi ambientali saranno affidati alla società F., in collaborazione con la società E., Locarno; la direzione del gruppo è assunta dallo studio P., che vanta una notevole esperienza in Svizzera.

H. In sede di duplice, l'UFT osserva che la limitazione del numero di candidati invitati a presentare l'offerta è dettata dall'urgenza di giungere ad una rapida aggiudicazione della commessa, e ciò entro fine anno 1996. La limitazione del numero dei candidati è d'altronde perfettamente compatibile con le esigenze poste dall'art. 15 cpv. 4 LAPub. Per il resto, l'UFT si riconferma nelle considerazioni espresse in sede di risposta.

I. In occasione del pubblico dibattito, tenutosi il 2 maggio 1997, le parti hanno riconfermato le conclusioni dei loro allegati scritti. L'UFT ha inoltre precisato che il credito di Fr. 100 000.- previsto nel bilancio 1996 relativo alla prima parte dello studio, ha potuto essere riportato nel bilancio 1997 a seguito della decisione incidentale del 29 novembre 1996.

Considerato in diritto:

1. La Commissione federale di ricorso in materia di acquisiti pubblici (in seguito: Commissione di ricorso) è competente per statuire nel merito del ricorso giusta il combinato dei disposti art. 2 cpv. 1 lett. a, art. 6 cpv. 1 lett. b e art. 27 cpv. 1 LAPub. La scelta dei partecipanti nell'ambito di una procedura selettiva è motivo di ricorso da parte del candidato escluso. La legittimazione a ricorrere del C., destinatario della decisione impugnata, non è pertanto contestata (art. 29 cpv. 1 lett. c LAPub). Ai sensi dell'art. 31 LAPub in relazione con l'art. 49 della legge federale del 29 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), il ricorrente può invocare la violazione del diritto federale e l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti. Non può invece addurre il motivo dell'inadeguatezza.

2. Nell'ambito della legge federale sugli acquisti pubblici il committente può, in linea di massima, scegliere liberamente tra due tipi di procedura: quella libera (art. 14 LAPub) e quella selettiva (art. 15 LAPub). Tra le due formalità di messa a concorso non vige nessuna particolare gerarchia (Messaggio concernente i necessari adattamenti del diritto interno per la ratifica degli accordi GATT/OMC-Uruguay-Round [Messaggio GATT 2], FF 1994 IV 1159, commento ad art. 13-16 del progetto di legge federale sugli acquisti pubblici; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechtsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurigo 1996, N. 179, pag. 56; Nicolas Michel, Principes et procédures d'adjudication, paragrafo B, N. 2, pag. 114, Droit des marchés publics: Les nouveautés en pratique, Journées d'information 20/21 giugno 1996, pubblicato nell'ambito dei «Séminaires pour le droit de la construction de l'Université de Fribourg»).

3.a. Nel contesto che ci occupa l'UFT ha optato per la procedura selettiva. Questa forma di messa in appalto è sostanzialmente caratterizzata da due fasi ben distinte (Galli/Lehmann/Rechtsteiner, N. 153, pag. 48 seg.). Nella prima, gli offerenti interessati presentano la loro domanda di partecipazione e il committente ne verifica l'idoneità finanziaria, economica e tecnica sulla scorta dei criteri formulati nel bando di concorso (Messaggio citato, commento agli art. 13-16, pag. 1159). Nella seconda il committente, verificata l'idoneità, invita i concorrenti prequalificati a formulare la loro offerta ed aggiudica poi la commessa (art. 15 LAPub e

art. 12 dell'O dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub], RS 172.056.11).

b. Come risulta dal rapporto allestito dall'UFT in data 19 settembre 1996, tutti i dieci candidati che hanno presentato la loro domanda di partecipazione sono di principio idonei a svolgere lo studio in oggetto, fatto questo che l'UFT non ha mai contestato. Occorre pertanto unicamente esaminare se, e a quali condizioni, il committente avrebbe potuto limitare il numero dei partecipanti alla fase successiva.

c. Nella procedura selettiva, di principio tutti i candidati idonei giusta gli art. 9 o 10 LAPub, dovrebbero venir invitati alla fase successiva (art. 15 cpv. 3 LAPub). È vero che l'art. 15 cpv. 4 LAPub permette al committente di limitare il numero dei candidati invitati ad inoltrare l'offerta, ma unicamente nell'ipotesi in cui altrimenti l'aggiudicazione non può essere realizzata efficacemente. Una concorrenza efficace dev'essere tuttavia garantita (art. 15 cpv. 4 LAPub).

Nondimeno, come rettamente fatto osservare da diversi autori (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., N. 154, pag. 49; Christian Bock, *Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizerische Submissionsrecht*, Basilea 1993, N. 3 lett. b, pag. 288; Peter Gauch, *Die Liberalisierung des öffentlichen Bauparktes und viele Fragen*, pag. 9 seg.), il committente non è, di principio, libero di restringere il numero di candidati da invitare nella seconda fase, se questi rispondono ai requisiti posti dagli atti di concorso. Questa possibilità è giustificata unicamente se un'eccessiva schiera di candidati sia di ostacolo all'instaurarsi di una procedura di aggiudicazione efficace, tenuto in particolare conto della totalità degli interessi in causa e del principio della proporzionalità. Questa condizione si verifica ad esempio quando non esiste un corretto rapporto tra i costi legati alla procedura di valutazione e il valore della commessa (Philippe G. Nell, *Principaux éléments de la loi fédérale sur les marchés publics* pag. 85; Bock, op. cit., pag. 288).

Una limitazione ingiustificata violerebbe in effetti il testo e lo spirito dell'art. X n. 1 dell'Accordo GATT/OMC sugli appalti pubblici del 15 aprile 1994, in vigore per la Svizzera dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 609 e segg.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., n. 154, pag. 49; Bock, op. cit., pag. 288; Nell, op. cit., n. 4.2, pag. 84-85; *Droit des marchés publics: Les nouveautés en pratique*, Journées d'information 20/21 giugno 1996, pubblicato nell'ambito dei «Séminaires pour le droit de la construction de l'Université de Fribourg»).

Si ricorda inoltre che il committente deve selezionare in modo leale e non discriminatorio i candidati ammessi a partecipare alle procedure selettive (art. X n. 1 2a frase dell'Accordo GATT/OMC).

d. Come rettamente fatto osservare da Christian Bock (op. cit., pag. 288, riferendosi in particolare alle direttive europee), la volontà di limitare il numero degli invitati alla seconda fase deve figurare nel bando di concorso. Per ottemperare al principio della trasparenza sancito dall'art. XII n. 2 lett. j Accordo GATT/OMC e ripreso poi dall'art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub, il committente è infatti invitato ad indicare per ogni procedimento le sue modalità e condizioni, evidenziando le eventuali differenze rispetto alle procedure di gara basate sulla libera concorrenza. Ora, la riduzione del numero dei partecipanti ad una procedura selettiva, seppur legalmente giustificata, è da ritenersi una limitazione al principio della libera concorrenza (art. 15 cpv. 4 LAPub). Questo fa sì che il committente deve poterla giustificare già al momento dell'apertura della procedura d'appalto e far pertanto figurare nei documenti di gara il numero, o l'indicazione di una forbice, dei partecipanti che saranno ammessi alla presentazione dell'offerta. In assenza di questa indicazione, una riduzione a posteriori dovrebbe, di principio, essere esclusa. Essa potrebbe essere ammessa solo in casi del tutto eccezionali, ossia quando ci si trovasse confrontati con un numero spropositato di candidati idonei. Al proposito si cita, ad esempio, la direttiva CEE 92/50 sul coordinamento della procedura di aggiudicazione delle commesse di servizio del 18 giugno 1992 (art. 27 cpv. 2) che fissa un numero massimo di 20 invitati.

e. Dai documenti di concorso allegati all'incarto non risulta la volontà del committente di voler restringere a soli quattro candidati la possibilità di presentare l'offerta definitiva. In particolare, né l'avviso di concorso apparso sul FUSC n. 154-4791 del 12 agosto 1996, né le «Condizioni per i candidati della fase C» fanno stato di questa limitazione. Nella fattispecie l'UFT giustifica la sua esigenza di limitare il numero degli invitati, adducendo l'esistenza di un'urgenza d'ordine temporale. Questa motivazione, peraltro già conosciuta al momento dell'allestimento degli atti di concorso, avrebbe semmai dovuto essere segnalata nel bando e non utilizzata a posteriori. Essa non regge comunque al cospetto dei requisiti posti dall'art. 15 cpv. 4 LAPub (cfr. Nell, op. cit., pag. 85; Bock, op. cit., pag. 288) ed è in urto pure con il principio di trasparenza (art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub). Il committente deve infatti pianificare le proprie procedure in modo tale che le stesse possano svolgersi in modo corretto onde garantire al meglio l'instaurarsi di una concorrenza efficace.

Si noti pure al proposito, la possibilità per il committente di ridurre, in caso d'urgenza, il termine per la presentazione delle offerte conformemente all'art. 19 cpv. 4 OAPub e all'art. XI n. 3 lett. c Accordo GATT/OMC.

Nelle circostanze descritte, il ricorrente non poteva essere escluso dalla fase successiva e doveva pertanto essere invitato a presentare la sua offerta.

5. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso merita di essere accolto e la decisione impugnata annullata.

Visto l'esito della causa, non si prelevano spese processuali (art. 63 cpv. 2 PA) e al ricorrente viene restituito d'ufficio l'anticipo spese versato. Ai sensi dell'art. 64 cpv. 1 PA, dell'art. 8 cpv. 1 dell'ordinanza del 10 settembre 1969 sulle tasse e spese nella procedura amministrativa (RS 172.041.0) e degli art. 3 e 4 della

tariffa delle spese ripetibili accordate alla controparte nelle cause davanti al Tribunale federale, del 9 novembre 1978 (RS 173.119.1), è riconosciuta al ricorrente un'indennità a titolo di ripetibili.

Dokumente der BRK