

Estratto della decisione CRAP 2005-023 della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici del 15 giugno 2006

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Dienstleistungsauftrag. Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie. Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Doppelprüfung der Eignung (Mehreignung).

Art. 1 Abs. 1, Art. 9, Art. 29, Art. 32 Abs. 1 BoeB. Art. VIII Bst. b, Art. IX Ziff. 6 Bst. f, Art. XII Ziff. 2 Bst. f und h ÜoeB.

- Pflicht zur unmittelbaren Anfechtung von Mängeln der Ausschreibung (E. 2).

- Die Eignungs- und Zuschlagskriterien müssen grundsätzlich separat publiziert und evaluiert werden. Im Rahmen eines im offenen Verfahren zu vergebenden Dienstleistungsauftrags über eine intellektuelle Leistung, die nicht genau spezifiziert werden kann, ist es möglich, Elemente, welche in materieller Hinsicht die Eignung betreffen, bei der Prüfung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen (E. 3a/aa). Die Tatsache, dass identische Nachweise sowohl für die Evaluation von bestimmten Eignungskriterien als auch für jene gewisser Zuschlagskriterien verwendet werden, muss klar aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen (E. 3c/aa).

- Die Tatsache, dass eine Vergabebehörde ein Angebot, welches sie aufgrund der Nichterfüllung eines Ausschlusskriteriums auszuschliessen gedenkt, trotzdem einer vollständigen Evaluation unterzieht, begründet noch kein gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes widersprüchliches Verhalten. Jedoch ist es unter dem Aspekt der Nachvollziehbarkeit des Entscheids der Vergabestelle nötig, die Bewertung des Eignungskriteriums, welches zum Ausschluss des Beschwerdeführers geführt hat, und die Bewertung der anhand derselben Nachweise geprüften Zuschlagskriterien einander gegenüber zu stellen (E. 4b).

- Ungenügende Evaluation eines Eignungskriteriums im vorliegenden Fall. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) ist aufgrund der Unterlagen nicht in der Lage, die Gründe nachzuvollziehen, weshalb die Vergabebehörde die Eignung des Projektleiters und seines Stellvertreters als ungenügend beurteilt hat. Ebenfalls ist die Überprüfung des korrekten Ablaufs des Vergabeverfahrens und der Respektierung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter nicht möglich (E. 4c).

- Gutheissung der Beschwerde. Rückweisung an die Vergabebehörde (E. 5a).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Marché de services. Étude de faisabilité et d'opportunité. Distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication. Double évaluation de l'aptitude.

Art. 1 al. 1 LMP. Art. 9 LMP. Art. 29 LMP. Art. 32 al. 1 LMP. Art. VIII let. b AMP. Art. IX ch. 6 let. f AMP. Art. XII ch. 2 let. f et h AMP.

- Obligation de recours immédiat contre les vices de l'appel d'offres (consid. 2).

- Les critères d'aptitude et d'adjudication doivent en principe être publiés et examinés distinctement. Cependant, dans un marché de services, adjugé dans le cadre d'une procédure ouverte, portant sur une prestation intellectuelle qui ne peut être d'emblée spécifiée avec suffisamment de précision, les critères qui appartiennent matériellement à la notion d'aptitude peuvent être pris en considération lors de l'examen des critères d'adjudication (consid. 3a/aa). Le fait que des moyens de preuves identiques seront utilisés aussi bien pour la vérification de certains critères d'aptitude que d'adjudication doit résulter clairement de la documentation de l'appel d'offres (consid. 3c/aa).

- Le fait qu'un pouvoir adjudicateur procède à l'évaluation complète d'une offre qu'il entend pourtant exclure pour non-respect d'un critère éliminatoire ne constitue pas en soi un comportement contradictoire violant les règles de la bonne foi. Cependant, il s'avère nécessaire à la traçabilité de la décision du pouvoir adjudicateur de confronter l'appréciation du critère d'aptitude qui a déterminé l'exclusion du recourant à l'appréciation des critères d'adjudication examinés sur la base des mêmes moyens de preuve (consid. 4b).

- En l'espèce, évaluation insuffisante d'un critère d'aptitude. Sur la base du dossier, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) n'est pas à même de retracer les raisons ayant amené le pouvoir adjudicateur à évaluer comme insuffisante l'aptitude du chef de projet et de son substitut, ni de vérifier le bon déroulement de la procédure de passation et le respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (consid. 4c).

- Admission du recours. Renvoi au pouvoir adjudicateur (consid. 5a).

Acquisti pubblici di servizi in procedura libera. Studio di fattibilità e opportunità. Distinzione tra criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione. «Doppio esame» dell'idoneità.

Art. 1 cpv. 1 LAPub. Art. 9 LAPub. Art. 29 LAPub. Art. 32 cpv. 1 LAPub. Art. VIII lett. b Accordo GATT. Art. IX § 6 lett. f Accordo GATT. Art. XII § 2 lett. f e h Accordo GATT.

- Impugnazione diretta di vizi del bando di concorso (consid. 2).

- I criteri di idoneità e i criteri di aggiudicazione devono essere pubblicati e verificati separatamente. Tuttavia, nel caso di commesse di servizi relative ad una prestazione intellettuale che non può essere a priori definita con sufficiente precisione, e nella misura in cui la commessa sia appaltata nell'ambito di una procedura libera, i criteri appartenenti materialmente alla nozione di idoneità possono essere presi in considerazione con i criteri di aggiudicazione (consid. 3a/aa). Il fatto che dei giustificativi identici siano utilizzati per la verifica di taluni criteri di idoneità e di aggiudicazione deve risultare chiaramente dalla documentazione del bando di concorso (consid. 3c/aa).

- Il fatto che il committente abbia proceduto alla valutazione completa dell'offerta, pur intendendo escluderla a causa del mancato rispetto di un criterio eliminatorio, non rappresenta di per sé un comportamento contraddittorio, contrario alle regole della buona fede. Si giustifica pertanto di confrontare l'apprezzamento del committente in relazione da un lato al criterio di idoneità, che ha determinato l'eliminazione del ricorrente, e dall'altro ai criteri di aggiudicazione valutati sulla base dei medesimi giustificativi (consid.

4b).

- Valutazione giudicata insufficiente del criterio di idoneità. Pertanto la Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP) non è in grado, sulla base degli atti, di ricostruire le ragioni che hanno indotto il committente a valutare in modo insufficiente l'idoneità del capoprogetto e del sostituto capoprogetto, nonché di verificare il corretto svolgimento della procedura di aggiudicazione e il rispetto della parità di trattamento tra gli offerenti (consid. 4c).

- Accoglimento del ricorso e rinvio all'autorità inferiore (consid. 5a).

Riassunto dei fatti:

A. L'Ufficio federale dei trasporti (in seguito: UFT) pubblicò sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) un bando di concorso nell'ambito di una procedura libera di aggiudicazione relativa a una commessa di prestazioni di servizi concernente lo studio di fattibilità e di opportunità delle possibili varianti di tracciato della futura linea ferroviaria A.

B. Entro il termine, scadente il 12 agosto 2005, sono state trasmesse all'UFT sei offerte. Con pubblicazione nel FUSC del (...) e lettere del (...) agli offerenti, l'UFT comunicò che la commessa era stata aggiudicata in data (...) al consorzio Y., che ha presentato il miglior indice di economicità (punto 3.5 della decisione di aggiudicazione).

C. Con lettera del ..., ricevuta dalla Commissione federale in materia di acquisti pubblici (in seguito: CRAP), il consorzio X. (in seguito: il ricorrente) ha impugnato la decisione di aggiudicazione. Il ricorrente contesta la nota insufficiente attribuita al criterio di idoneità 2 «ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto», che ha condotto alla sua eliminazione automatica. Così facendo il committente avrebbe violato, a mente del ricorrente, i principi di trasparenza, di libera concorrenza e di parità di trattamento e avrebbe proceduto a una constatazione inesatta dei fatti e/o a una valutazione contraddittoria e arbitraria della sua idoneità. Il ricorrente postula la concessione dell'effetto sospensivo, l'edizione di diversi documenti da parte del committente, l'annullamento della decisione querelata e l'aggiudicazione della commessa da parte della CRAP o, subordinatamente, il rinvio degli atti all'UFT per una nuova decisione, protestando spese e ripetibili.

D. Con lettera del 18 novembre 2005 il Presidente della CRAP ha ordinato all'UFT di trasmettere i documenti mancanti, in particolare le offerte del ricorrente e dell'aggiudicatario, nonché il rapporto di valutazione delle offerte. Con invio del 28 novembre 2005 l'UFT ha trasmesso alla CRAP i documenti richiesti. Con la risposta nel merito, il committente evidenzia che il bando di concorso indicava già alla voce criteri di idoneità (n. 3.5) che «sono inoltre richieste ottime conoscenze del territorio». I giustificativi richiesti figuravano nella documentazione di gara ed era naturale che le referenze fornite dal capoprogetto e da sostituto sarebbero state esaminate in funzione della tematica relativa alla commessa in questione. Pertanto a mente del committente, il principio della trasparenza non sarebbe stato violato. La qualità dell'offerta del ricorrente è stata valutata unicamente per permettere un miglior confronto con tutte le altre offerte, ma il consorzio ricorrente non può invocare una contraddizione tra la valutazione della sua idoneità e quella della sua offerta alla luce dei criteri di aggiudicazione. Sostiene infine, che l'idoneità insufficiente del ricorrente in merito alle ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto è evidente e che l'esclusione del ricorrente è pertanto giustificata.

E. Con decisione incidentale del 12 dicembre 2005 il Presidente della CRAP ha accordato al ricorrente il diritto di consultare il rapporto di valutazione «Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie» e ha confermato il divieto superprovvisorio di qualsiasi misura di esecuzione da parte dell'UFT. Ha per contro rifiutato al ricorrente il diritto di consultare l'offerta dell'aggiudicatario.

F. Nella replica del 28 dicembre 2005, il ricorrente conferma le conclusioni formulate con il ricorso. Considerando che il criterio «ottime conoscenze del territorio» significava per il committente «esperienza nella pianificazione di (grandi) opere di genio civile sul territorio», il committente avrebbe di fatto violato il principio di trasparenza, di non discriminazione e di libera concorrenza. Il ricorrente sostiene inoltre che la valutazione delle referenze prodotte dal capoprogetto e dal sostituto rappresenta un abuso manifesto del potere di apprezzamento.

G. Nella duplice del 27 gennaio 2006 il committente ribadisce le sue conclusioni, considerando che la conoscenza del territorio doveva essere valutata in funzione della commessa in questione, che porta su opere importanti del genio civile. Le referenze presentate dal sostituto capoprogetto sono, a suo modo di vedere, insufficienti e attestano competenze marginali per la commessa in esame.

Estratti dei considerandi:

1. (...)

2.a. Giusta il bando di concorso e la documentazione relativa, alla commessa si applica la procedura libera. La decisione impugnata è la decisione di aggiudicazione della commessa che è suscettibile di ricorso giusta l'art. 29 lett. a della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub, RS 172.056.1).

b. Ai sensi dell'art. 48 lett. a della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), al quale rinvia l'art. 26 cpv. 1 LAPub, la qualità per ricorrere appartiene a chiunque sia toccato dalla decisione e abbia un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa. Inoltre il diritto di ricorrere presuppone la capacità di essere parte e di agire in giustizia. In materia di acquisti pubblici l'offerente escluso è destinatario della decisione di aggiudicazione censurata ed è direttamente toccato dalla medesima, di modo che la sua legittimazione è ammessa (decisioni della CRAP del 22 gennaio 2001, in: GAAC 65.78 consid. 1b/aa e del 16 agosto 1999, in: GAAC 64.29 consid. 1b; DTF 125 II 95 consid. 4 concernente la legittimazione in caso di ricorso di diritto pubblico; DTF 123 V 115 consid. 5a; André Moser, in Moser/Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basilea e Francoforte sul Meno 1998, n. 2.23 e 2.26; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurigo/Basilea/ Ginevra 2003, n. 637; Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Friburgo 1997, pag. 524 a 527; Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2a ed., Zurigo 1998, n. 535 a 546, 555; Ulrich Zimmerli / Walter Kälin / Regina Kiener, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berna 1997, pag. 117 a 121; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., Berna 1983, pag. 181 seg.). In qualità di offerenti esclusi, i membri del consorzio ricorrente sono destinatari della decisione di aggiudicazione impugnata. Inoltre tutti i membri di questo consorzio ricorrono congiuntamente, per cui il loro interesse ad agire è evidente (decisione della CRAP del 22 gennaio 2001, in: GAAC 65.78 consid. 1b).

Informato dalla CRAP dell'inoltro di un ricorso, l'aggiudicatario Y. con lettera del 7 novembre 2005 si è opposto alla consultazione della sua offerta, invocando segreti tecnici e commerciali. Inoltre il consorzio Y. ha fatto osservare la tardività del ricorso, in quanto la censura della violazione del principio della trasparenza avrebbe dovuto essere oggetto di un ricorso immediato contro il bando di concorso ed i relativi documenti. Tuttavia l'aggiudicatario non ha presentato conclusioni indipendenti in punto all'inammissibilità del ricorso, di modo che non ha acquisito qualità di controparte (art. 57 cpv. 1 e 64 cpv. 3 PA; Clerc, op. cit., pag. 533; Moser, op. cit., n. 3.1; decisione della CRAP del 16 agosto 1999, in: GAAC 64.29 consid. 1.c).

c. Il ricorso è ammissibile, essendo stato inoltrato entro il termine di 20 giorni dalla pubblicazione della decisione di aggiudicazione (art. 30 LAPub).

L'aggiudicatario invoca a torto la tardività della censura di un'eventuale violazione del principio della trasparenza a seguito della confusione e della contraddizione tra il criterio di idoneità 2 e i criteri di aggiudicazione 3a e 3c. La CRAP osserva che il bando di concorso contiene unicamente un rinvio alla documentazione di gara per i criteri di aggiudicazione (punto 3.6). Di conseguenza, un'eventuale confusione tra i criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione non risulta minimamente dal bando, bensì dal capitolato d'onori in cui tali criteri sono enunciati, con la ponderazione ad essi applicabile e i mezzi di prova richiesti. Secondo la giurisprudenza della CRAP, l'obbligo di contestazione immediata concerne unicamente gli elementi del bando, il cui senso e la cui portata siano a prima vista sufficientemente chiari, affinché l'offerente possa riconoscerne l'eventuale illiceità. Inoltre la documentazione di gara non è compresa nella nozione di bando di concorso ai sensi dell'art. 29 lett. b LAPub e non figura tra le altre decisioni enumerate esaustivamente all'art. 29 LAPub. Eventuali illegalità contenute in tale documentazione non devono essere impugnate immediatamente, pena l'impossibilità di far valere i propri diritti, bensì possono essere contestate in un ulteriore stadio della procedura di aggiudicazione, in occasione della notifica di un'altra decisione enumerata all'art. 29 LAPub, in particolare al momento dell'aggiudicazione (decisione della CRAP del 16 novembre 2001, in: GAAC 66/2002 N. 38 consid. 3b-d; Galli/Moser/Lang, op. cit., n. 610; André Moser, Rechtsprechung: Entschieden und Unentschieden, in Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, pag. 84). Pertanto, considerato che i criteri di aggiudicazione nonché i mezzi di prova richiesti figurano unicamente nella documentazione di gara, l'obiezione di tardività sollevata dall'aggiudicatario deve essere respinta.

d. Nell'ambito di un ricorso dinanzi alla CRAP possono essere invocati la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento (art. 49 lett. a PA) nonché l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 49 lett. b PA). Per contro, conformemente all'art. 31 LAPub, la CRAP non può pronunciarsi sul motivo dell'inadeguatezza (art. 49 lett. c PA).

Nel caso in esame il ricorrente contesta la nota insufficiente attribuita al criterio di idoneità 2 «ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto», la quale ha determinato la sua esclusione automatica. In primo luogo il ricorrente adduce una violazione dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di libera concorrenza in relazione ai giustificativi e alla ponderazione del criterio di idoneità 2. In secondo luogo sostiene che sarebbe contraddittorio considerare insufficiente la sua idoneità in merito alle «ottime conoscenze del territorio», ed in seguito assegnare un nota sufficiente alla valutazione qualitativa della sua offerta secondo i criteri di aggiudicazione 3a e 3c che verificano le competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità del capoprogetto, rispettivamente del sostituto capoprogetto. In terzo luogo, il committente avrebbe proceduto a una constatazione inesatta dei fatti e/o avrebbe commesso un abuso manifesto del suo potere di apprezzamento nella valutazione del criterio di idoneità 2.

3. Il ricorrente lamenta la violazione dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di libera concorrenza in relazione con la nota insufficiente assegnata al criterio di idoneità 2 («ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto») la quale ha determinato la sua eliminazione automatica. I giustificativi richiesti per dimostrare il rispetto del criterio di idoneità 2 non sarebbero stati indicati con sufficiente precisione nella documentazione del bando di concorso. Il rispetto del criterio della conoscenza del territorio è stato verificato in relazione all'esperienza anteriore del capoprogetto o del suo sostituto in materia di pianificazione di grandi opere del genio civile in Ticino, ciò che significa introdurre ex post un nuovo criterio di idoneità. Da ultimo il ricorrente osserva la mancanza della menzione del peso esatto attribuito alla «miglior attitudine» nel quadro dell'aggiudicazione.

a. La CRAP rileva innanzitutto una forte similitudine, se non anche un'identità, tra il criterio di idoneità 2 contestato e i suoi giustificativi, da un lato, e i giustificativi relativi ai criteri di aggiudicazione 3a e 3c, d'altro lato. Il criterio di idoneità 2 («ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto») è valutato secondo i giustificativi «referenze personali - Tabella 3». I criteri di aggiudicazione 3a e 3c («personale chiave - capoprogetto», rispettivamente «sostituto capoprogetto») sono verificati sulla base delle «Competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità (vedi anche documentazione d'offerta, tabella 3)». Ne discende che occorre esaminare, se il committente abbia confuso i criteri di idoneità e di aggiudicazione, e/o se abbia proceduto ad un «doppio esame» dell'idoneità, una prima volta avuto riguardo ai criteri di idoneità e una seconda volta avuto riguardo ai criteri di aggiudicazione, e/o se abbia preso in considerazione una «miglior idoneità» degli offerenti nella fase di aggiudicazione.

aa. I criteri di idoneità servono principalmente a verificare la capacità tecnica, commerciale e finanziaria del concorrente (art. VIII lett. b dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli acquisti pubblici del 15 aprile 1994 [Accordo GATT], RS 0.632.231.422). I criteri di idoneità richiesti sono esaminati sia in funzione dell'attività commerciale globale dell'offerente che in relazione all'attività che egli svolge sul territorio del committente. La prova deve essere limitata ai criteri di idoneità indispensabili ad eseguire con successo la commessa in oggetto (art. VIII lett. b dell'Accordo GATT/ OMC). Essi non devono essere stabiliti con l'intenzione di escludere a priori determinati offerenti. Per contro, i criteri di aggiudicazione permettono al committente di valutare le offerte al fine di determinare l'offerta più favorevole dal profilo economico (art. XII § 2 lett. h Accordo GATT).

I criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione devono essere distinti gli uni dagli altri. I primi infatti si riferiscono alle capacità tecniche, economiche e finanziarie dell'offerente. I secondi, per contro, si riferiscono all'offerta in quanto tale. Al fine di ossequiare al principio della trasparenza (art. 1 cpv. 1 LAPub), la loro pubblicazione deve fare oggetto di punti distinti (art. XII § 2 lett. f e lett. h Accordo GATT/OMC, come pure punto 10 e 14 dell'allegato 4 all'ordinanza federale dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici [OAPub, RS 172.056.11]). In particolare, i criteri di idoneità con le relative prove devono essere pubblicati nel bando o richiesti nella relativa documentazione (art. VIII lett. a e b Accordo GATT, art. IX § 6 lett. f Accordo GATT; art. 9 LAPub, art. 16 cpv. 1 OAPub e cifra 10 dell'allegato 4 OAPub). Occorre a questo punto ricordare che i criteri di idoneità fissati in relazione a una commessa pubblica non possono riferirsi a una qualsiasi attitudine generale dell'offerente, ma devono essere direttamente connessi con l'oggetto della commessa, nel senso che permettono di verificare le qualifiche necessarie alla buona esecuzione dell'appalto (art. VIII § b Accordo GATT; art. 9 cpv. 2

OAPub; decisione della CRAP del 30 giugno 2004, in: GAAC 68.119 consid. 4d/aa). Il committente non può introdurre delle distinzioni artificiose e non dimostrabili, all'unico scopo di procedere a una doppia valutazione dell'idoneità.

Nella procedura libera, contrariamente a quella selettiva, la verifica dei criteri di idoneità e di aggiudicazione avviene in una sola e medesima tappa e non in due fasi successive. In qualsiasi procedura scelta, il committente deve sempre procedere alla verifica e alla valutazione dei criteri di idoneità e di aggiudicazione. V'è infatti violazione dei principi della parità di trattamento e della trasparenza qualora l'idoneità dell'offerente non sia esaminata, o non sia esaminata correttamente o non sia debitamente documentata, e non possa quindi essere ricostruita (decisioni della CRAP del 4 febbraio 1999, in: GAAC 64.9 consid. 2dd; del 16 agosto 1999, in: GAAC 64.29 consid. 4).

Stando alla giurisprudenza della CRAP, resa in ambito di procedura selettiva, la verifica dei criteri di idoneità deve aver luogo in modo completo e definitivo nella prima fase di prequalifica. Un nuovo esame dell'attitudine in sede di valutazione dei criteri di aggiudicazione è illecito. Sarebbe altrettanto illecita una ponderazione finale tra il risultato dell'esame delle offerte e il grado attitudinale dei concorrenti («Mehreignung») (decisione della CRAP del 3 settembre 1999, in: GAAC 64.30 consid. 4). La CRAP ha precisato questa giurisprudenza, ammettendo che i criteri appartenenti materialmente alla nozione di idoneità possono essere presi in considerazione con i criteri di aggiudicazione, nel caso di commesse di servizi relative ad una prestazione intellettuale che non può essere a priori definita con sufficiente precisione, e nella misura in cui la commessa sia appaltata nell'ambito di una procedura libera. Inoltre, i criteri di idoneità devono essere pubblicati separatamente dai criteri di aggiudicazione e il loro rispetto deve sempre essere verificato (decisione della CRAP del 30 giugno 2004, in: GAAC 68.119 consid. 4d; Moser, [Rechtsprechung], op. cit., pag. 77). La CRAP ha inoltre confermato in una decisione successiva dell'11 marzo 2005, che una «doppia valutazione dell'idoneità» nell'ambito di una procedura selettiva è esclusa, che la qualifica dell'offerente deve, in procedura selettiva, essere esaminata esclusivamente nell'ambito della preselezione e non deve essere valutata una seconda volta nell'ambito dell'aggiudicazione. È per contro possibile che taluni elementi di fatto siano in relazione con l'idoneità di un offerente e siano considerati nell'ambito dell'esame dei criteri di idoneità così come di quelli di aggiudicazione (GAAC 69.56 consid. 2c-2e).

bb. Nella fattispecie i criteri di idoneità e i giustificativi richiesti sono definiti ai punti 3.4 e 3.5 del bando di concorso come segue:

«3.4 Requisiti di partecipazione: La partecipazione è aperta a tutti gli studi d'ingegneria, completati eventualmente da uffici specialistici, che possono garantire le competenze relative alla pianificazione di infrastrutture ferroviarie e di opere sotterranee, alla valutazione multidisciplinare di impianti infrastrutturali (in particolar modo per quanto riguarda gli aspetti costruttivi, pianificatori, ambientali, socio-economici, di accettazione pubblica, etc.). Sono inoltre richieste ottime conoscenze del territorio. Il team di progettazione dovrà poter mettere a disposizione le risorse operative necessarie allo svolgimento del mandato nei tempi prefissati, in particolar modo considerata la sovrapposizione delle attività di fase 2a e 2b. L'offerta dovrà essere inoltrata in italiano. La documentazione finale dello studio dovrà essere redatta in italiano. Documenti riassuntivi saranno presentati anche in lingua tedesca. I contatti con il committente saranno sia in lingua italiana che tedesca.

3.5 Prove, certificati richiesti:

Avvenuto pagamento di tutti gli obblighi di legge (assicurazioni sociali, imposte, ecc.);

- Condizioni fissate dalla Confederazione per attribuzione di mandati, in particolare: rispetto degli obblighi di legge relativi alle condizioni di lavoro (contratti collettivi, ecc.), alle protezioni del posto di lavoro, al trattamento paritario tra donna e uomo, ecc.;

- Conoscenze ottime dell'italiano e del tedesco (per il personale chiave di pianificazione);

- Sistema qualità certificato per l'ufficio capofila.»

Inoltre i criteri di idoneità e i giustificativi richiesti sono precisati alla pag. 16 del capitolato d'onere:

L'ente appaltante ha valutato i criteri di idoneità con un sì o con un no. Si vince dalla tabella comparativa delle offerte («Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie...»), che l'aggiudicatario ha adempiuto tutti i nove criteri di idoneità (risposta «sì» a ogni criterio), mentre il ricorrente non ha adempiuto il criterio di idoneità 2 con la motivazione seguente: «weder der Projektleiter noch dessen Vertreter erfüllen die geforderten Eignungskriterien (siehe Angebot, Tabelle 3, Referenzen: es werden keine besonderen Referenzen in Bezug auf den Beleg der geforderten Fähigkeiten vorgewiesen)».

I criteri di aggiudicazione sono menzionati unicamente sotto forma di un rinvio al punto 3.6 del bando di concorso. La documentazione del bando di concorso prevede 2 tipi di criteri di aggiudicazione: qualità («valore d'uso») ed economicità («offerta economica»). Essa prevede che (pag. 19):

«il mandato verrà aggiudicato all'offerente che presenterà l'offerta con l'indice di economicità più basso; esso è definito come rapporto tra economicità e valore d'uso:

I criteri di aggiudicazione di qualità determinanti il «valore d'uso», sono stati oggetto di apprezzamento. Per ogni criterio o sottocriterio è attribuita una nota da 0 a 6, la nota 3 valendo quale punteggio minimo. La documentazione del bando di concorso (pag. 18) prevede che «le offerte che non raggiungono un valore d'uso almeno pari a 350 punti o che non raggiungono il punteggio minimo [3] (...), non saranno sottoposte ad ulteriori valutazioni». Secondo la tabella comparativa delle offerte («Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie», punto 3.3.2), il paragone delle offerte dell'aggiudicatario e del ricorrente è il seguente:

cc. La CRAP osserva che i criteri di aggiudicazione 3 (Personale chiave), 4 (Consorzio di ingegneri) e 5 (Organizzazione del Consorzio), nonché i sottocriteri che li compongono, appartengono materialmente all'esame dell'idoneità. Per valutare e assegnare una nota ai criteri e sottocriteri precitati, il committente si è essenzialmente fondato sulle referenze presentate dai membri dei consorzi offerenti (studi analoghi realizzati precedentemente o in corso di esecuzione). Occorre pertanto verificare se l'ente appaltante poteva esimersi dal rispettare la distinzione intrinseca esistente di principio tra i criteri di idoneità e quelli di aggiudicazione.

La commessa di servizio in contestazione concerne una prestazione intellettuale: si tratta di uno studio multidisciplinare di fattibilità e di opportunità delle possibili varianti per il tracciato della futura linea ferroviaria A., che porta su diversi aspetti (costruzione, costi, tecnica ferroviaria, pianificazione, ambiente, approvazione pubblica, aspetti socio-economici, ecc.). La CRAP ammette che

una tale prestazione intellettuale non possa essere specificata con sufficiente precisione a priori, per permettere di identificare l'offerta più vantaggiosa economicamente attraverso criteri di aggiudicazione (stricto sensu) diversi dal prezzo (decisione CRAP precitata, GAAC 68.119 consid. 4d). Per valutare la qualità delle offerte il committente poteva pertanto giustamente utilizzare dei mezzi di prova indiretti, quali il grado esatto di idoneità tecnica e organizzativa degli offerenti. E quindi a giusto titolo che l'UFT ha fatto figurare tra i criteri di aggiudicazione, e più precisamente alla voce «valore d'uso», dei criteri che materialmente appartengono all'idoneità, quali le qualifiche ed esperienze dei collaboratori principali, l'esperienza del consorzio in relazione con studi analoghi o l'organizzazione del medesimo.

dd. Per contro, ci si può interrogare sulla validità del sistema di valutazione consistente nel porre delle esigenze minime per ogni criterio di aggiudicazione, pena l'eliminazione dell'offerta. Nel caso in esame queste esigenze minime erano doppie: individualmente l'offerta doveva raggiungere una nota minima (3 su una scala da 0 a 6) per ogni criterio o sottocriterio determinante il «valore d'uso»; cumulativamente il totale dei punti attribuiti ai criteri precitati doveva raggiungere un valore minimo (350 punti). La CRAP ha già trattato la questione di questo metodo di valutazione, denominato «sistema ghigliottina», senza peraltro entrare nel merito (decisione della CRAP del 13 febbraio 2006, CRAP 2005-016, consid. 2, non ancora pubblicata). La CRAP ha parimenti constatato, in un ricorso parallelo inoltrato contro la medesima aggiudicazione, che il fatto di attribuire a tutti i criteri di aggiudicazione indistintamente una funzione eliminativa automatica in caso di nota insufficiente, indipendentemente dalla loro importanza relativa nell'aggiudicazione, può violare il principio della proporzionalità. Ciò è stato il caso per il sottocriterio 5a, la cui ponderazione relativa interveniva solo per il 4% nella determinazione del valore d'uso (decisione della CRAP del 15 giugno 2006, CRAP 2005-022, consid. 4b/cc non pubblicata.). La CRAP osserva inoltre che l'esigenza di una nota minima per dei criteri di aggiudicazione che appartengono materialmente all'idoneità, o che sono valutati sulla base di elementi di fatto e di giustificativi inerenti all'idoneità, può costituire una forma indiretta di «doppio esame dell'idoneità» o di presa in considerazione della «migliore idoneità». Infatti con un tale doppio standard di valutazione, in cui il primo livello di esigenze consiste nell'eliminare ogni offerta che non raggiunge una nota sufficiente per i criteri di aggiudicazione posti, si procede de facto a un esame dell'idoneità (con un sì o con un no). Ciò è in particolare il caso quando, come nella commessa in discussione, i criteri di idoneità (nel senso stretto del termine) sono valutati con un sì o con un no, e devono essere tutti imperativamente adempiuti (si veda punto 3.2 dei documenti del bando di concorso: «Criteri di idoneità - Criteri da soddisfare obbligatoriamente»). Il secondo livello di esigenze, consistente nell'attribuire delle note ai criteri di aggiudicazione posti per permettere la classificazione delle offerte, rappresenta stricto sensu la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La questione di un doppio esame di idoneità o della considerazione dell'idoneità migliore si pone tuttavia solo nell'ipotesi in cui l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri appartenenti materialmente all'idoneità sia stata effettuata illecitamente. Ciò non è il caso nella fattispecie, ritenuto che questa inclusione è considerata lecita dalla CRAP (supra consid. 3a/cc). Pertanto non risulta necessario decidere sulla validità di un sistema di valutazione che pone delle esigenze minime, il cui mancato raggiungimento determina l'eliminazione dell'offerta, in relazione ai criteri di aggiudicazione che materialmente sono dei criteri di idoneità.

b. La CRAP osserva che il criterio di idoneità legato alle ottime conoscenze del territorio potrebbe costituire un criterio di idoneità discriminante, in quanto gli offerenti residenti nel Cantone Ticino sono facilitati rispetto agli offerenti esterni, di altri cantoni svizzeri o di altri Stati (decisione della CRAP del 4 dicembre 1997, 1997-011, consid. 2, non pubblicata). In materia di acquisti pubblici cantonali, il Tribunale federale ha ammesso che la conoscenza dei luoghi («Ortskenntnisse») può costituire un criterio ammissibile quando è giustificato da una difficoltà topografica o geografica legata all'oggetto della commessa, quando devono essere prese decisioni importanti all'inizio dell'esecuzione della commessa, quando il peso accordato alla miglior conoscenza del territorio non sia eccessivo e sia valutato in modo differenziato a dipendenza delle funzioni occupate dalle persone che dispongono di una tale conoscenza (DTF 2P.46/2005 e DTF 2P.47/2005 del 16.09.2005, consid. 5.1). Nella fattispecie, tuttavia, la questione della validità di questo criterio di idoneità può restare aperta. Infatti, il bando di concorso pubblicato nel FUSC del 17 giugno 2005 menzionava tra i requisiti di partecipazione che «(...) Sono inoltre richieste ottime conoscenze del territorio» (n. 3.5 del bando di concorso). Ritenuto che la portata di questo criterio è chiara, il suo carattere eventualmente discriminatorio avrebbe dovuto essere oggetto di un ricorso immediato entro il termine di 20 giorni dalla pubblicazione del bando di concorso conformemente all'art. 29 lett. b LAPub (decisione della CRAP del 16 novembre 2001, in: GAAC 66.38 consid. 3d).

c.aa. Il ricorrente ritiene che il committente abbia violato i principi di trasparenza, di non discriminazione e di libera concorrenza non indicando con sufficiente chiarezza i giustificativi richiesti per la valutazione del criterio di idoneità 2 («ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto»). Verificare il rispetto del criterio della conoscenza del territorio dal parte del capoprogetto o del suo sostituto sulla base della loro esperienza in materia di pianificazione di grandi opere del genio civile in Ticino, significherebbe introdurre ex post un nuovo criterio di idoneità.

Il committente ribatte che l'esigenza di ottime conoscenze del territorio deve essere evidentemente riferita e specifica alle tematiche della pianificazione di grandi opere di genio civile, tenendo conto della complessità di una pianificazione di un asse di transito strategico, in un territorio difficile, assai urbanizzato e morfologicamente sfavorevole. I giustificativi espressamente richiesti erano da indicare nelle referenze personali della tabella 3 (risposta sull'effetto sospensivo del 31.10.2005, pag. 2).

I criteri di idoneità e i relativi giustificativi devono obbligatoriamente figurare nel bando di concorso o nella documentazione di gara (art IX § 6 cpv. f e art. XII § 2 cpv. f Accordo GATT; art. 9 LAPub; art. 9 OAPub e allegato 3 all'OAPub). Si tratta di una concretizzazione del principio della trasparenza, che rappresenta uno dei mezzi che permettono di assicurare la parità di trattamento degli offerenti.

La CRAP osserva che la documentazione di gara (pag. 16) menziona i mezzi di prova che il capoprogetto e il suo sostituto devono fornire per dimostrare le ottime conoscenze del territorio attraverso un semplice rinvio alle «referenze personali - tabella 3». Le indicazioni relative al personale chiave figuravano al punto 3.4 nella tabella 3 dell'offerta. Per il capoprogetto e per il suo sostituto erano domandati, da un lato, le «conoscenze del territorio» (tra le indicazioni relative alla «figura professionale») e, d'altro lato, gli «oggetti di referenza personali inerenti il mandato». A questo titolo erano richieste quali indicazioni una breve descrizione del mandato, il nome del mandante e di una persona di referenza, la funzione occupata nell'ambito del mandato, il periodo di esecuzione del mandato, il valore totale dell'opera e l'importo degli onorari riscossi per il mandato. Queste medesime referenze servivano parimenti alla verifica dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c relativi al capoprogetto e al sostituto capoprogetto (giustificativi secondo pag. 17 dei documenti di gara: «competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità [vedi anche documentazione d'offerta, tabella 3]»).

Contrariamente alle argomentazioni del committente, il fatto che il ricorrente non abbia inoltrato domande in merito all'interpretazione del criterio di idoneità 2 entro il termine (punto 4.4 del bando di concorso) non significa che sia stato sufficientemente informato sui giustificativi richiesti. In materia di acquisti pubblici la portata litigiosa delle esigenze figuranti nel bando di concorso e nel capitolato d'oneri appare spesso dopo la loro applicazione da parte dell'ente appaltante nell'ambito della valutazione delle offerte (decisioni della CRAP del 16 novembre 2001, in: GAAC 66.38 consid. 3d/ cc; del 29 marzo 2005, in: GAAC 69.81 consid. 22b e 3a). Ciò è il caso nella fattispecie, dove il ricorrente contesta la verifica del criterio di idoneità 2 sulla base delle referenze relative a dei (grandi) mandati anteriori di genio civile in Ticino. Nella censura sollevata dal ricorrente non è ravvisabile una violazione del principio della buona fede.

La CRAP rileva che le indicazioni fornite dall'ente appaltante in merito ai giustificativi necessari per dimostrare la conoscenza del territorio da parte del capoprogetto e del suo sostituto erano per lo meno laconiche e pertanto non esenti da critiche. Inoltre il fatto che le «conoscenze del territorio» figurassero nella prima parte del punto 3.4 dell'offerta, alla voce «figura professionale», era di natura tale da indurre in errore gli offerenti, dando loro l'impressione che il criterio di idoneità 2 fosse verificato unicamente a questo stadio e sulla base di una conoscenza generale del territorio, e non - anche - in relazione con gli «oggetti di referenza personali inerenti il mandato» richiesti nella seconda parte del punto 3.4 dell'offerta. Questa dicotomia del punto 3.4 dell'offerta, così come è stata elaborata dal committente, poteva essere compresa come il corrispondente della distinzione tra il criterio di idoneità 2 e i criteri di aggiudicazione 3a e 3c. Ora, la distinzione tra i criteri di idoneità e di aggiudicazione precitati era più apparente che reale, come dimostrano i mezzi di prova per lo più identici utilizzati per la verifica dei suddetti criteri, l'unica differenza consistendo nella considerazione ulteriore della «disponibilità» («impiego percentuale nel progetto») nell'ambito dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c. In una commessa di servizi concernenti una prestazione intellettuale, dove il committente considera gli elementi derivanti materialmente dall'idoneità allo stadio dell'aggiudicazione della commessa, il fatto che dei giustificativi identici siano utilizzati per la verifica di taluni criteri di idoneità e di aggiudicazione deve risultare chiaramente dalla documentazione del bando di concorso.

Come sottolinea a giusto titolo il ricorrente, non si può evincere dalla documentazione di gara che la pianificazione di grandi opere di genio civile sul territorio ticinese da parte del capoprogetto o del suo sostituto sarebbe stato l'unico criterio per stabilire se un candidato possiede la necessaria conoscenza del territorio (replica, pag. 3). Tuttavia la menzione delle «referenze personali - tabella 3», quali prove da fornire per il criterio di idoneità 2, era propria ad informare gli offerenti che le referenze fornite dal loro capoprogetto e dal loro sostituto nella tabella 3 dell'offerta sarebbero servite almeno anche a valutare la conoscenza territoriale di queste persone. Se è vero che il committente deve esprimere chiaramente i giustificativi che richiede per verificare l'idoneità degli offerenti o la qualità dell'offerta, risulta pur tuttavia che le indicazioni brevi e ambigue date nel caso in esame dal medesimo rientrano ancora entro i limiti - inferiori - richiesti dal principio della trasparenza e dalle norme legali che ne discendono. Non vi è pertanto violazione del principio della trasparenza per questo motivo.

A fortiori, i giustificativi presi in considerazione per verificare il criterio delle «ottime conoscenze del territorio» non implicano che il committente abbia introdotto ex post un nuovo criterio di idoneità, quello dell' «esperienza nella pianificazione di (grandi) opere di genio civile sul territorio ticinese da parte del capoprogetto o del suo sostituto». Quest'ultima esigenza è stata verificata in gran parte nell'ambito ancora ammissibile del criterio di idoneità 2 e nuovamente sotto l'aspetto dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c. Non vi è quindi violazione del principio della trasparenza e della non-discriminazione per questo motivo.

Inoltre la questione, se nel caso in esame il committente si sia fondato unicamente sulle referenze sottoposte dal ricorrente per il capoprogetto o il suo sostituto, per verificare le ottime conoscenze del territorio, si ricopre con la censura della valutazione contraddittoria dell'idoneità e dell'offerta del ricorrente (infra consid. 4).

bb. Il ricorrente rimprovera al committente il fatto di non aver indicato il peso esatto conferito alla «miglior idoneità» relativamente alla conoscenza del territorio nell'ambito dell'aggiudicazione.

In una commessa relativa ad una prestazione intellettuale, che non può essere specificata a priori con sufficiente precisione, e in cui il committente considera tra i criteri di aggiudicazione degli elementi appartenenti materialmente all'idoneità, il principio della trasparenza e della parità di trattamento richiedono che i criteri di aggiudicazione con la rispettiva ponderazione siano pubblicati preventivamente (decisione del 30 giugno 2004, in: GAAC 68.119 consid. 4d/ee).

Nel caso in esame la CRAP osserva che la «migliore conoscenza del territorio» ha fatto l'oggetto di una ponderazione pubblicata nei documenti del bando di concorso. Da un lato la ponderazione del criterio di aggiudicazione 3a e 3c era del 40% rispettivamente del 20% all'interno del criterio di aggiudicazione 3 a cui era stato attribuito un peso del 15% nella determinazione del valore d'uso. D'altro lato, l'indice di economicità, che determina l'offerta economicamente più favorevole, era stato indicato preventivamente come il rapporto tra l'offerta economica (prezzo) e il totale dei punti del valore d'uso. Di conseguenza, la censura della mancata pubblicazione della ponderazione della «miglior conoscenza del territorio» non è fondata.

4.a. Il ricorrente considera contraddittorio, e quindi arbitrario, che una nota insufficiente gli sia attribuita per il criterio di idoneità 2 «ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto», ritenuto che la sua offerta è giudicata qualitativamente sufficiente alla luce dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c riguardanti le competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità del capoprogetto, rispettivamente del sostituto capoprogetto.

b. Secondo la giurisprudenza costante della CRAP l'ente appaltante ha la facoltà, ma non l'obbligo, di escludere un'offerta con una decisione separata (art. 11 LAPub). In assenza di una tale decisione separata, l'esclusione può risultare implicitamente dall'aggiudicazione della commessa a un altro offerente. Il fatto che un committente proceda alla valutazione completa di un'offerta, che intende comunque escludere a causa del mancato rispetto di un criterio eliminatore, non rappresenta di per sé un comportamento contraddittorio, contrario alle regole della buona fede protetto dall'art. 5 cpv. 3 e art. 9 della Costituzione federale della Confederazione svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS 101). La valutazione completa dell'offerta persegue in questo caso dei fini interni, ad esempio in ragione dell'interesse che riveste l'offerta per il committente (decisione della CRAP del 22 gennaio 2001, in: GAAC 65.78 consid. 3b/gg e la dottrina e giurisprudenza citate).

Nella fattispecie la valutazione completa della qualità dell'offerta del ricorrente per i criteri di aggiudicazione era motivata, a mente del committente, dalla preoccupazione di effettuare il miglior paragone possibile tra tutte le offerte inoltrate; per contro il ricorrente non può dedurre da questo fatto diritto alcuno, in particolare per invocare una contraddizione tra la valutazione della sua idoneità e quella della sua offerta.

La CRAP ritiene che il fatto di aver proceduto alla valutazione integrale dell'offerta del ricorrente non è, di per sé, contraddittorio

con un'idoneità insufficiente del medesimo per quel che concerne il criterio 2. Non si può per questo solo fatto, rimproverare al committente un comportamento contrario alle regole della buona fede. Inversamente, ciò non significa tuttavia che alla valutazione effettuata dal committente debba essere sistematicamente negato qualsiasi ruolo, indipendentemente dalle circostanze del caso in esame. La considerazione dell'analisi «superflua» del committente può in particolare avverarsi necessaria per assicurare la ricostruibilità della decisione dell'ente appaltante in merito all'idoneità del ricorrente (decisione della CRAP del 9 dicembre 1999, in: GAAC 64.63 consid. 4d/aa). Infatti l'esclusione dell'offerta del ricorrente è motivata dal rispetto insufficiente di un criterio di idoneità comportante l'eliminazione dell'offerta. La giustificazione addotta nella tabella di valutazione per il mancato rispetto del criterio di idoneità 2 da parte del ricorrente è relativamente breve: «NEIN: weder der Projektleiter noch dessen Vertreter erfüllen die geforderten Eignungskriterien (siehe Angebot,

Tabelle 3, Referenzen: es werden keine besonderen Referenzen in Bezug auf den Beleg der geforderten Fähigkeiten vorgewiesen)» (Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie). È del resto impossibile verificare sulla sola base della tabella di valutazione dell'idoneità, se il committente abbia applicato uno standard di esigenze costante a tutti gli offerenti, poiché per i criteri di idoneità adempiti figura solo un «JA». Occorre a questo punto tentare di trovare altrove nell'incarto della procedura di aggiudicazione della commessa una motivazione più dettagliata, che soddisfi l'esigenza di ricostruibilità della decisione. Ora, nella commessa in esame, sono stati considerati, tra i criteri di aggiudicazione, degli elementi appartenenti materialmente all'idoneità. La CRAP ha in particolare rilevato la quasi fusione operata tra il criterio di idoneità 2 da una parte («ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto»), valutato secondo i giustificativi «referenze personali - Tabella 3» e i criteri di aggiudicazione 3a e 3c d'altra parte («personale chiave - capoprogetto», rispettivamente «sostituto capoprogetto»), verificati sulla base delle «Competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità (vedi anche documentazione d'offerta, tabella 3)». Il committente ha ammesso che la conoscenza del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto è stata valutata in funzione delle referenze prodotte per dei mandati di genio civile simili in Ticino (supra consid. 3). Ne discende che, unicamente nella misura limitata ad assicurare la ricostruibilità della nota insufficiente attribuita al ricorrente per il criterio di idoneità 2, si giustifica di confrontare l'apprezzamento del committente in relazione da un lato al criterio di idoneità 2 e, d'altro lato, ai criteri di aggiudicazione 3a e 3c.

c.aa. Il criterio «ottime conoscenze del territorio» deve essere adempiuto dal capoprogetto o dal suo sostituto. Le referenze (tabella 3 dell'offerta) fornite dal ricorrente sono state giudicate insufficienti per adempiere il criterio di idoneità 2. Nella tabella comparativa dell'idoneità degli offerenti, il committente annota: «NEIN: weder der Projektleiter noch dessen Vertreter erfüllen die geforderten Eignungskriterien (siehe Angebot, Tabelle 3, Referenzen: es werden keine besonderen Referenzen in Bezug auf den Beleg der geforderten Fähigkeiten vorgewiesen)» (Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie). Opponendosi alla presa in considerazione della sua valutazione dell'offerta del ricorrente per i criteri di aggiudicazione, il committente non fornisce spiegazione alcuna sulla contraddizione apparente tra la nota insufficiente data al ricorrente per il criterio di idoneità 2 e quella sufficiente attribuita ai criteri di aggiudicazione 3a e 3c. Egli si accontenta di fornire, nella sua risposta al ricorso e nella duplice, una motivazione alla nota insufficiente data al criterio di idoneità 2.

bb. In primo luogo, il committente sostiene che il capoprogetto ha fornito delle referenze che nulla hanno che fare con la tematica pianificatoria da elaborare (analisi costi-benefici B., studi ...), e che non concernono il territorio toccato dal progetto (Strategie C.). La CRAP constata che la valutazione giudicata insufficiente del capoprogetto in relazione al criterio di idoneità 2 è in contraddizione diretta con la nota sufficiente 3 attribuita all'offerta del ricorrente per il criterio di aggiudicazione 3a («personale chiave - capoprogetto»), motivata come segue: «Schwacher Vorschlag: wenig Kenntnisse der italienischen Sprache und des Territoriums; schwache Referenzen im Bereich der Planung von Eisenbahnbauten». L'unica differenza pratica tra il criterio di aggiudicazione 3a e il criterio di idoneità 2, nella misura in cui quest'ultimo è valutato essenzialmente sotto l'aspetto dell'esperienza anteriore per dei mandati simili di genio civile in Ticino, risiede nella presa in considerazione della disponibilità nel criterio di aggiudicazione 3a. Secondo le indicazioni fornite nella tabella 3 dell'offerta del ricorrente, l'impiego percentuale nel progetto del capoprogetto è del 15%. Il committente non ha espresso osservazione alcuna in merito a quest'elemento, mentre ha formulato delle osservazioni nel caso in cui la disponibilità di un membro del consorzio ricorrente era giudicata insufficiente (ad esempio la menzione «viel zu wenig» in relazione alla disponibilità del responsabile studio fattibilità). Parallelamente la disponibilità del capoprogetto dell'aggiudicatario, inizialmente indicata al 6%, poi aumentata al 10% grazie a una correzione effettuata dall'ente appaltante, è stata definita «knapp». Da queste indicazioni si evince che la disponibilità del capoprogetto del ricorrente era sufficiente. Per contro la CRAP non comprende il motivo per cui la sola disponibilità sufficiente del capoprogetto avrebbe permesso di migliorare a tal punto l'esperienza giudicata insufficiente del capoprogetto relativa a mandati analoghi di genio civile in Ticino in modo da permettere di passare da un'idoneità insufficiente (secondo il criterio 2) a una nota sufficiente secondo il criterio di aggiudicazione 3a.

cc. In secondo luogo, il committente adduce che le referenze fornite dal sostituto capoprogetto sono anch'esse insufficienti per adempiere il criterio di idoneità 2. Il sostituto capoprogetto è sì cresciuto a Lugano e ha svolto da giovane laureato in economia alcuni anni di attività professionale in Ticino (...), dove ha partecipato ad alcuni studi regionali su tematiche economico-transportistiche (...). Tuttavia il committente considera che le referenze fornite dal sostituto non comprovano le conoscenze del territorio specifiche alle tematiche pianificatorie di opere di genio civile e la metodica necessaria al tracciamento pianificatorio richiesto dallo studio. Le referenze fornite dal sostituto capoprogetto toccano soprattutto gli aspetti del traffico, dei costi di gestione, della demografia, dei sistemi di traffico interregionale, della gestione aziendale, della demografia, dei sistemi di traffico interregionale, della gestione aziendale, della redditività, tutti aspetti ininfluenti o con un'importanza marginale nell'ambito della commessa in questione che richiede di studiare dei tracciati ferroviari predefiniti dalle ferrovie e di confrontarli (valutazioni ambientali, pianificatorie, territoriali, ecc.) scegliendo il migliore.

La CRAP osserva che gli argomenti addotti dal committente per fondare l'idoneità insufficiente del sostituto rispetto ai mandati di genio civile anteriori di vasta portata realizzati in Ticino sono in contraddizione con la nota sufficiente assegnata al criterio di aggiudicazione 3c, che valutava le competenze, qualifiche ed esperienza, disponibilità del sostituto capoprogetto rispetto alle medesime referenze di quelle utilizzate per analizzare l'idoneità. L'unica giustificazione della nota sufficiente attribuita al criterio di aggiudicazione 3c figura nella tabella comparativa delle offerte e indica: «Unzureichende Referenzen, wenig Planungs- und Territorium-Kennntnis» (Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie). Anche qui, l'unica differenza pratica tra il criterio di aggiudicazione 3c e il criterio di idoneità 2 risiede nella presa in considerazione supplementare della «disponibilità». Secondo le indicazioni fornite nella tabella 3 dell'offerta del ricorrente, l'impiego percentuale nel progetto del sostituto era del 28%, e il committente non ha espresso indicazioni particolari su questo punto. Parallelamente, la disponibilità del sostituto dell'aggiudicatario era del 6%, ciò che è stato qualificato dal committente come «zu wenig - arbeitet nicht im Projekt mit!». Malgrado la disponibilità insufficiente del suo sostituto, l'offerta dell'aggiudicatario ha ottenuto la nota 4 (con la menzione «knapp genügende Referenzen»). Ne discende che l'importanza data alla disponibilità non era tale da poter ribaltare le sorti di un'offerta da sufficiente a insufficiente, o viceversa. Pertanto la CRAP non può stabilire come mai

l'idoneità insufficiente del sostituto secondo il criterio 2 abbia potuto trasformarsi in una nota sufficiente secondo il criterio di aggiudicazione 3c.

dd. Ne discende che, alla luce della quasi fusione operata dal committente tra la valutazione del criterio di idoneità 2 e quella dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c, l'incarto di aggiudicazione della commessa non contiene indicazioni sufficienti che permettano di ricostruire in modo certo e non contraddittorio le ragioni che hanno condotto il committente a valutare in modo insufficiente l'idoneità del capoprogetto e del sostituto capoprogetto del ricorrente ai sensi del criterio di idoneità 2. La CRAP non è a fortiori in grado di verificare il corretto svolgimento della procedura di aggiudicazione e il rispetto della parità di trattamento tra gli offerenti (decisione della CRAP del 9 dicembre 1999, in: GAAC 64.63 consid. 4d/aa; decisione della CRAP del 11 marzo 2005, 2004-010/011, consid. 4c non pubblicata; Galli / Lehmann / Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurigo 1996, n. 467). Così agendo il committente ha violato il principio della trasparenza garantito dall'art. 1 cpv. 1 lett. a LAPub e l'obbligo di ricostruibilità che ne deriva.

Considerato che il ricorso deve essere ammesso per questo motivo, non è necessario entrare nel merito delle censure materiali sollevate dal ricorrente sulla valutazione arbitraria della sua idoneità secondo il criterio 2. Il ricorso è pertanto fondato e la decisione di aggiudicazione annullata.

5.a. Qualora un ricorso si riveli fondato, la CRAP può rinviare la causa al committente con istruzioni imperative, o statuire direttamente (art. 32 cpv. 1 LAPub). Tenuto conto del grande margine di apprezzamento di cui beneficiano i committenti, la CRAP rinvia in genere la causa al committente affinché prenda una nuova decisione. Tuttavia, se i fatti sono chiari e l'aggiudicazione entra in linea di conto per un solo ricorrente, si giustifica l'aggiudicazione diretta da parte della CRAP. Visto che ciò non è il caso nella fattispecie, la decisione di aggiudicazione deve essere annullata e l'incarto ritornato al committente per una nuova valutazione ai sensi del seguente considerando.

b. Il committente deve rivedere la valutazione delle offerte del ricorrente e dell'aggiudicatario relativamente al criterio di idoneità 2. In funzione del risultato della nuova valutazione dell'idoneità dovrà essere effettuata una nuova valutazione delle offerte del ricorrente e dell'aggiudicatario rispetto ai criteri di aggiudicazione. Questa valutazione dovrà prendere in considerazione anche l'offerta del consorzio Z. che ha inoltrato un ricorso parallelo che è stato parimenti accolto. Per contro, la decisione di aggiudicazione è divenuta definitiva nei confronti degli altri offerenti che non hanno inoltrato ricorso (Galli / Moser / Lang, op. cit., n. 696). La nuova valutazione delle offerte si fonderà sui criteri di aggiudicazione che figurano nella documentazione del bando di concorso. (...)

Dokumente der BRK