

Questo testo è una versione provvisoria. Fa stato unicamente la versione pubblicata nel Foglio federale.



16.xxx

Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici

del ...

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo, per approvazione, il disegno di revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici.

Nel contempo vi proponiamo di togliere dal ruolo i seguenti interventi parlamentari:

- | | |
|----------------|---|
| 2012 P 12.3910 | Legge sugli acquisti pubblici. Per combattere le distorsioni (N 14.12.12, Darbellay) |
| 2013 M 12.3739 | Bandi della Confederazione. Equità tra le regioni linguistiche (N 14.12.12, Hodgers; S 10.9.13,) |
| 2014 P 14.3208 | Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici (S 17.6.14, Engler) |
| 2014 M 14.3045 | Trasparenza negli acquisti pubblici. Pubblicazione delle informazioni di base per tutti gli acquisti della Confederazione a partire da 50 000 franchi (N 20.6.14, Graf-Litscher; S 8.12.14) |
| 2015 M 12.3914 | Appalti pubblici nelle tre lingue ufficiali della Confederazione (N 16.9.14, de Buman; S 18.6.15) |
| 2015 M 14.3872 | Per un uso corretto delle lingue ufficiali nei bandi di gara delle imprese parastatali (N 12.12.14, Regazzi; S 18.6.15) |
| 2015 M 14.3886 | Per un'aggiudicazione rispettosa delle lingue anche per gli appalti pubblici di minore entità nell'interesse delle nostre PMI (N 12.12.14, Cassis; S 18.6.15) |

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

...

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione,
Doris Leuthard
Il cancelliere della Confederazione,
Walter Thurnherr

Compendio

Il diritto in materia di appalti pubblici disciplina un settore importante dell'economia svizzera. Ne costituiscono la base l'Accordo dell'OMC sugli appalti pubblici (GPA), attuato a livello di Confederazione tramite la legge federale sugli acquisti pubblici e la relativa ordinanza e a livello di Cantoni tramite il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici, come pure l'Accordo bilaterale con l'Unione europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici. In seguito alla revisione del GPA nel 2012, si sono resi necessari adeguamenti del diritto nazionale. Nel contempo, le legislazioni in materia della Confederazione e dei Cantoni devono essere armonizzate sotto il profilo materiale per quanto possibile e opportuno.

Situazione iniziale

L'Accordo riveduto dell'OMC sugli appalti pubblici è stato adottato formalmente il 30 marzo 2012 (GPA 2012) ed è entrato in vigore il 6 aprile 2014, dopo che è stato raggiunto il quorum degli Stati firmatari. La revisione dell'Accordo del 1994 (GPA 1994), a cui la Svizzera ha aderito il 1° gennaio 1996, ne amplia il campo d'applicazione, semplifica e modernizza il testo e disciplina l'utilizzo di strumenti elettronici. Tutti gli Stati contraenti sono tenuti ad attuare la modifica del GPA nella loro legislazione nazionale. La Svizzera ratificherà il GPA 2012 soltanto quando saranno state attuate le modifiche del diritto nazionale. Il 2 luglio 2014 il Consiglio federale ha incaricato il Dipartimento federale delle finanze di sottoporre a revisione, in collaborazione con il Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca, il diritto federale in materia di appalti pubblici e di armonizzare nel contempo le pertinenti legislazioni di Confederazione e Cantoni per quanto possibile e opportuno.

Per la Svizzera la revisione è importante poiché consente tra l'altro di rafforzare la concorrenza, chiarire alcune questioni relative all'assoggettamento, rendere flessibile la procedura di aggiudicazione e adeguare il diritto alle sfide del futuro, ad esempio nell'ambito dell'aggiudicazione elettronica. Permette inoltre di migliorare l'accesso ai mercati degli Stati membri del GPA per le imprese svizzere.

La revisione del GPA esige adeguamenti del diritto federale e cantonale. Da anni diverse associazioni economiche chiedono un'armonizzazione delle legislazioni federale e cantonali. La Confederazione e i Cantoni hanno convenuto di attuare in parallelo le prescrizioni internazionali nell'ambito delle rispettive competenze. Le procedure legislative federale e cantonali seguono percorsi separati, ma si basano sulle proposte normative di un gruppo di lavoro paritetico Confederazione–Cantoni. Al termine delle trattative sul GPA questo gruppo di lavoro ha elaborato il presente disegno di legge e il progetto di Concordato intercantonale sugli appalti pubblici riveduto, sotto la responsabilità della Conferenza degli acquisti (Confederazione) e della Conferenza dei direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e dell'ambiente (Cantoni).

Obiettivi e contenuto del progetto

A livello di Confederazione sono interessate dalla revisione del GPA 1994 sia la legge federale sugli acquisti pubblici sia la pertinente ordinanza. Questi due atti

normativi sono stati oggetto di diverse revisioni parziali dopo la loro entrata in vigore, ma i contenuti non sono sempre stati inseriti al livello normativo opportuno. In seguito alle revisioni parziali, le disposizioni sugli acquisti pubblici sono oggi poco chiare e non sempre di facile lettura.

Il progetto si prefigge di attuare il GPA 2012 a livello federale. Nel contempo, mira per quanto possibile ad armonizzare materialmente le legislazioni federale e cantonali sugli appalti pubblici, rispettando il regime delle competenze del sistema federalista. Questi sforzi di armonizzazione compiuti da Confederazione e Cantoni rappresentano la novità più rilevante. A tal fine, la legge federale sugli acquisti pubblici viene strutturata secondo criteri moderni e rielaborata dal punto di vista linguistico. Le regolamentazioni che hanno dato prova di efficacia sono mantenute, vengono introdotte nuove definizioni e integrate diverse disposizioni finora disciplinate a livello di ordinanza, come quelle relative agli «Altri acquisti». Le modifiche materiali riguardano essenzialmente le questioni concernenti l'assoggettamento alla legge (ad es. in relazione al trasferimento di determinati compiti pubblici e al rilascio di determinate concessioni), i nuovi strumenti per gli appalti e le commesse successive, ma anche le negoziazioni e la protezione giuridica. La possibilità di adire il tribunale viene estesa in misura moderata e nel rispetto della garanzia della via giudiziaria, senza causare ritardi ingiustificati nei progetti di appalto. I valori soglia determinanti sono mantenuti.

Sul modello della regolamentazione cantonale la legge opera d'ora in poi una distinzione tra il cosiddetto ambito di applicazione dei trattati internazionali, ossia le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera nel settore degli appalti pubblici, e l'ambito di non applicazione dei trattati internazionali, ossia le commesse pubbliche che sottostanno esclusivamente alle norme del diritto interno.

Importanza economica della presente revisione

Si stima che in Svizzera la somma totale dei pagamenti effettuati nel contesto degli appalti pubblici ammonti attualmente a circa 41 miliardi di franchi all'anno (il 20 % circa riguarda la Confederazione e il rimanente 80 % i Cantoni e i Comuni). La sola Amministrazione federale centrale ha acquistato nel 2015 prestazioni edili, beni e prestazioni di servizio per 5,65 miliardi di franchi.

Secondo le stime dell'OMC la revisione del GPA ha ampliato l'accesso al mercato per un valore complessivo di 80–100 miliardi di dollari americani all'anno. È nell'interesse dell'economia svizzera che il nostro Paese attui al più presto il riveduto GPA 2012 e sfrutti questo grande potenziale di mercato. Anche in Svizzera l'applicazione delle regole del GPA determinerà una maggiore concorrenza tra gli offerenti. I committenti pubblici avranno a disposizione un numero ancora più elevato di offerte. Ciò consentirà di ridurre i costi dell'amministrazione ausiliare. La semplificazione dell'applicazione delle norme e i miglioramenti in termini di chiarezza e di certezza del diritto costituiscono un potenziale di risparmio anche per gli offerenti, che dovrebbero trarre notevoli vantaggi supplementari dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali sugli appalti pubblici.

Indice

Compendio	3
1 Punti essenziali del progetto	6
1.1 Situazione iniziale	6
1.1.1 Revisione dell'Accordo dell'OMC sugli appalti pubblici	6
1.1.2 Necessità di adeguamento del diritto nazionale	8
1.1.3 Basi del diritto svizzero in materia di appalti	9
1.1.4 Progetti di revisione non riusciti	10
1.1.5 Differenze tra il diritto federale e il diritto cantonale	12
1.1.6 Motivi della revisione	13
1.2 La normativa proposta	14
1.2.1 Lavori preliminari	14
1.2.2 Obiettivi del disegno di nuova legge sugli appalti pubblici	15
1.2.3 Principali novità	18
Digressione: prestazioni intellettuali	19
1.2.4 Digressione: requisiti concernenti le lingue	21
1.3 Risultati della procedura di consultazione	22
1.4 Motivazione e valutazione della soluzione proposta	26
1.5 Compatibilità tra i compiti e le finanze	28
1.6 Diritto comparato e rapporto con il diritto europeo	28
1.7 Attuazione	29
1.8 Interventi parlamentari	30
1.9 Raccomandazioni della Delegazione delle finanze e della Delegazione di vigilanza della NFTA	30
2 Commento ai singoli articoli	31
3 Ripercussioni	144
3.1 Ripercussioni per la Confederazione	144
3.1.1 Ripercussioni finanziarie	144
Legge federale sugli appalti pubblici (<i>disegno</i>)	112

Messaggio

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Revisione dell'Accordo dell'OMC sugli appalti pubblici

L'Accordo del 15 aprile 1994¹ sugli appalti pubblici (GPA 1994) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) è entrato in vigore il 1° gennaio 1996 anche per la Svizzera. A questo accordo plurilaterale hanno finora aderito 47 Stati membri, tra i quali i 28 Stati attualmente membri dell'UE. Conformemente alla terminologia dell'OMC, l'Accordo viene designato come plurilaterale perché non è vincolante per tutti i suoi Stati membri, ma soltanto per quelli che vi hanno aderito. La Svizzera fa parte dei primi Stati firmatari.

Il GPA costituisce la base giuridica per gli accordi di libero scambio di seconda generazione rilevanti ai fini degli appalti pubblici (oltre a quelli con Cile e Messico anche quelli conclusi con Colombia, Perù, Stati del Golfo, Ucraina, Panama, Costa Rica ecc.), l'Accordo bilaterale tra la Svizzera e l'UE (di seguito Accordo Svizzera-UE)² e la Convenzione dell'AELS³ ed è considerato una pietra miliare nella liberalizzazione del commercio internazionale. Esso disciplina l'accesso alle commesse pubbliche e statuisce i seguenti principi di liberalizzazione degli appalti pubblici:

- promovimento della concorrenza;
- trasparenza;
- non discriminazione;
- impiego economico dei fondi pubblici.

Il GPA contiene inoltre disposizioni sulla procedura di appalto (procedura di aggiudicazione, qualificazione degli offerenti, bando, termine di presentazione delle offerte, negoziazioni, aggiudicazione, composizione delle controversie ecc.) e sui valori soglia.

Non è un caso che il GPA sia stato negoziato all'interno dell'OMC. Insieme agli accordi multilaterali dell'«Uruguay Round» (GATT, GATS e TRIPS) costituisce uno dei pilastri dell'ordinamento liberale del commercio mondiale. Come emerge dal preambolo del GPA 1994 e dalla revisione del 2012, esso intende creare i presupposti per una maggiore liberalizzazione ed espansione del commercio mondiale. Le disposizioni nazionali sugli appalti pubblici non devono essere emanate né attua-

¹ RS 0.632.231.422

² Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici, RS 0.172.052.68.

³ Convenzione del 4 gennaio 1960 istitutiva dell'Associazione europea di libero scambio (AELS), RS 0.632.31.

te nell'intento o con l'effetto di proteggere gli offerenti nazionali o di discriminare gli offerenti esteri.

Sia il GPA che le legislazioni nazionali sugli appalti devono rispondere a molteplici aspettative pubbliche e private. Da un lato, occorre tutelare le specifiche necessità dei Paesi in sviluppo; dall'altro, anche le esigenze legate alla protezione ambientale, all'osservanza di standard minimi sociali o al promovimento delle piccole e medie imprese (PMI) sono state prese in considerazione nel diritto in materia di appalti. Ciò non deve però nascondere l'origine del GPA e il suo scopo normativo. Il GPA è tenuto a perseguire l'apertura dei mercati e la concessione di un accesso al mercato senza discriminazioni. Esigenze quali la sostenibilità o il promovimento delle PMI sono state discusse durante i lavori di revisione, ma in ultima istanza rimandate a specifici programmi di lavoro, descritti nella decisione della Conferenza ministeriale del 15 dicembre 2011⁴.

Fondandosi sull'articolo XXIV paragrafo 7 lettere a, b e c GPA 1994, nel 1997 gli Stati membri hanno avviato negoziati in vista di una revisione, durati fino al dicembre del 2011 e formalmente conclusi il 30 marzo 2012. Insieme al presente messaggio concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici, il nostro Consiglio sottopone al Parlamento un messaggio concernente l'approvazione del GPA 2012⁵. Elemento centrale della revisione (GPA 2012) è il miglioramento delle condizioni quadro in materia di concorrenza. Per raggiungere questo obiettivo, si è deciso in particolare di aumentare la trasparenza e di condurre una lotta sistematica contro la corruzione, che falsa la concorrenza. Altri elementi rilevanti della revisione sono la semplificazione e la chiarificazione del testo, l'adeguamento agli sviluppi tecnici, segnatamente nel settore degli strumenti elettronici, nonché l'estensione del campo d'applicazione soggettivo e oggettivo. Il GPA 2012 prevede ora ad esempio espressamente le aste elettroniche, riconosce il raggiungimento di obiettivi ambientali come criterio per la scelta dell'offerta e migliora tramite una modifica delle possibilità di ricorso la protezione giuridica a disposizione degli offerenti. Inoltre crea chiarezza relativamente alle norme per l'accettazione di nuovi membri, ciò che dovrebbe agevolare in futuro l'adesione della Cina, della Russia ed eventualmente dell'India.

Secondo le stime dell'OMC la revisione del GPA ha ampliato l'accesso al mercato per un valore complessivo di 80–100 miliardi di dollari americani all'anno. L'Accordo riveduto consente ora agli offerenti svizzeri di accedere a nuovi mercati degli appalti pubblici, in particolare a quelli delle province canadesi e di determinate regioni urbane del Giappone, ma anche ai mercati dei trasporti pubblici urbani in Israele e Corea. In futuro la Svizzera assoggetterà all'Accordo in particolare gli appalti dei tribunali federali. In considerazione delle richieste di accesso al mercato formulate da altri Stati membri, il nostro Paese ha dato inoltre il proprio consenso,

⁴ Ministerial Decision of 15 December 2011 on the Outcomes of the Negotiations under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/112. Consultabile all'indirizzo: docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/PLURI/GPA/112.doc (stato: 7.11.2016).

⁵ Cfr. messaggio del ... concernente l'approvazione del Protocollo che modifica l'Accordo dell'OMC sugli appalti pubblici (Messaggio concernente il GPA), FF

sulla base della reciprocità, a un'estensione dell'obbligo di indire il bando a determinate commesse di prestazioni di servizio, ad esempio nel settore delle telecomunicazioni satellitari, della consulenza fiscale o dei servizi di imballaggio. Nel contempo la Svizzera ha soppresso le riserve concernenti l'accesso al mercato nei confronti degli Stati membri del GPA che le garantiscono parità di trattamento. In questo senso ad esempio gli offerenti canadesi possono partecipare ai bandi di concorso dei Cantoni da quando il Canada si è dichiarato disposto a concedere alla Svizzera l'accesso ai bandi delle province canadesi. La Svizzera e il Canada aprono inoltre reciprocamente i loro mercati degli appalti pubblici per i macchinari destinati a settori industriali specializzati (come produzione e distribuzione di gas), come pure per i prodotti informatici e i software.

1.1.2 Necessità di adeguamento del diritto nazionale

Ogni Stato membro deve adeguare la propria legislazione al GPA 2012 (art. XXII par. 4 GPA 2012). Per le Parti che le hanno ratificate, le modifiche sono entrate in vigore il 6 aprile 2014, dopo che due terzi degli Stati membri del GPA 2012 hanno depositato i loro strumenti di ratifica presso l'OMC a Ginevra. Per ogni Parte del GPA 1994 il Protocollo entra in vigore 30 giorni dopo il deposito dello strumento di ratifica. È nell'interesse dell'economia svizzera che il nostro Paese attui al più presto il GPA riveduto e sfrutti il grande potenziale di mercato. Finché non lo avrà ratificato, la Svizzera rimarrà soggetta al GPA 1994 e gli offerenti svizzeri non avranno il diritto di accedere ai nuovi mercati.

In linea di massima i trattati internazionali e gli impegni che ne derivano si applicano in Svizzera senza che sia necessaria la loro trasposizione nel diritto nazionale. Per quanto riguarda i diritti delle singole persone ciò vale con la riserva che le corrispondenti disposizioni dei trattati internazionali siano direttamente applicabili («self-executing»). Secondo il Tribunale federale una norma di diritto internazionale è direttamente applicabile se si riferisce ai diritti e agli obblighi di una persona privata ed è giustiziabile, ossia sufficientemente precisa e chiara per fondare una decisione in un caso concreto. Se poi la norma è rivolta anche alle autorità che attuano il diritto, queste la possono applicare direttamente. In questo senso il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale hanno fondato ripetutamente e direttamente le loro decisioni sulle disposizioni del GPA 1994⁶. Se invece si rivolge prima di tutto alla parte contraente («non self-executing»), la norma di diritto internazionale deve anzitutto essere attuata o concretizzata nel diritto interno.

Come già il GPA 1994, anche il GPA 2012 consta di disposizioni direttamente applicabili e di principi da concretizzare. Esso contiene una serie di impegni che devono essere imperativamente attuati nel diritto nazionale. Ciò traspare peraltro dal fatto che la versione inglese usa frequentemente l'espressione «shall». Altre disposizioni del GPA 2012 offrono agli Stati membri la possibilità di adeguare la loro legislazione in funzione delle proprie necessità. Si tratta di disposizioni aventi carat-

⁶ Ad es. sentenza 2P.151/1999 del 30 maggio 2000.

tere esemplare (che nella versione originale in lingua inglese contengono espressioni come «may» e «such as»). Alcune tematiche del GPA – come l’adesione di nuovi Stati membri e la risoluzione delle controversie tra Stati membri – non riguardano invece direttamente la legislazione nazionale.

Il messaggio concernente l’approvazione del GPA 2012 contiene un elenco che illustra gli impegni vincolanti del GPA. Inoltre fornisce informazioni dettagliate sulle modifiche da apportare alle legislazioni della Confederazione e dei Cantoni in seguito alla revisione del GPA, in particolare conformemente ai sette Allegati dell’appendice 1 del GPA 2012⁷.

1.1.3 Basi del diritto svizzero in materia di appalti

Il GPA 1994 è stato attuato a livello di Confederazione tramite la legge federale del 16 dicembre 1994⁸ sugli acquisti pubblici (LAPub) e l’ordinanza dell’11 dicembre 1995⁹ sugli acquisti pubblici (OAPub). L’OAPub è, da un lato, l’atto normativo di esecuzione della LAPub, dall’altro contiene disposizioni con funzione normativa, ad esempio al capitolo 3 le disposizioni riguardanti gli acquisti non sottoposti alla LAPub e al capitolo 4 le disposizioni concernenti i concorsi di progettazione e di prestazione globale.

La LAPub, l’OAPub, l’ordinanza del DATEC del 18 luglio 2002¹⁰ sull’esonero dall’assoggettamento al diritto sugli acquisti pubblici e l’ordinanza del 24 ottobre 2012¹¹ concernente l’organizzazione degli acquisti pubblici dell’Amministrazione federale (OOAPub) disciplinano le prescrizioni applicabili ai servizi di aggiudicazione della Confederazione. I valori soglia determinanti ai sensi degli accordi internazionali sugli appalti pubblici sono convertiti in franchi svizzeri e verificati ogni due anni a livello di ordinanza dal Dipartimento federale dell’economia, della formazione e della ricerca (DEFR) d’intesa con il Dipartimento federale delle finanze (DFF) e in collaborazione con i Cantoni.

I Cantoni attuano autonomamente il GPA tramite il Concordato intercantionale del 25 novembre 1994/15 marzo 2001¹² sugli appalti pubblici (CIAP) nonché tramite atti normativi cantonali di esecuzione, con i quali hanno trasposto integralmente o in parte le direttive d’aggiudicazione relative al CIAP (DAAP)¹³ nel loro ambito di competenza. Nel contempo la legge federale del 6 ottobre 1995¹⁴ sul mercato interno (LMI) sancisce all’articolo 5 prescrizioni generali concernenti gli appalti di Cantoni, Comuni e altri enti preposti a compiti cantonali o comunali.

⁷ Cfr. messaggio concernente il GPA, tabella I e tabella II.

⁸ RS 172.056.1

⁹ RS 172.056.11

¹⁰ RS 172.056.111

¹¹ RS 172.056.15

¹² Consultabile all’indirizzo: www.bkup.ch/fr/dtap > Concordats > AIMP.

¹³ Consultabili all’indirizzo: www.bkup.ch/fr/dtap > Concordats > AIMP > PDF Direttive d’aggiudicazione (DAAP).

¹⁴ RS 943.02

La LAPub e l'OAPub sono entrate in vigore il 1° gennaio 1996, contemporaneamente al GPA 1994, e da allora sono state oggetto di diverse modifiche. L'Accordo Svizzera-UE, in vigore dal 1° giugno 2002, ha comportato una revisione parziale del diritto federale, segnatamente dell'OAPub, ma anche del CIAP. Da un lato, ha esteso il campo d'applicazione del GPA all'interno della Svizzera ai distretti e ai Comuni. D'altro lato, ha assoggettato al GPA gli appalti nei settori del traffico ferroviario, delle telecomunicazioni, dell'erogazione del gas e dell'acqua, come pure gli appalti di imprese private nei settori dell'erogazione dell'acqua e dell'elettricità, nonché dei trasporti. Il fatto che gli impegni internazionali derivanti dal GPA siano stati attuati a livello di legge (LAPub) e quelli derivanti dall'Accordo Svizzera-UE a livello di ordinanza (OAPub) non ha agevolato la visione d'insieme.

La Convenzione dell'AELS, ratificata anche dalla Svizzera, con la sua versione riveduta del 21 giugno 2001, ha esteso agli altri Stati dell'AELS l'apertura dei mercati degli appalti tra il nostro Paese e l'UE perseguita nell'Accordo Svizzera-UE. Finora la Svizzera ha inoltre concluso un numero considerevole di accordi bilaterali di libero scambio, ad esempio con il Cile e il Perù. Dato che certi accordi sugli appalti conclusi con Stati terzi e rilevanti per l'accesso al mercato sono già stati negoziati in base alle norme del GPA 2012, anche gli impegni derivanti da questi accordi di libero scambio (Colombia, Perù, Stati del Golfo, Ucraina, Panama, Costa Rica ecc.) saranno attuati nel quadro della revisione del diritto in materia di appalti.

Il diritto in materia di appalti è completato in particolare con la LMI e la legge del 6 ottobre 1995¹⁵ sui cartelli (LCart). La LMI, che nell'ambito degli appalti pubblici si applica solo per i Cantoni, i Comuni e gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali, estende il divieto di discriminazione degli offerenti di Stati firmatari del GPA o membri dell'UE/dell'AELS rispetto agli offerenti svizzeri vietando la discriminazione tra offerenti nazionali, locali ed esterni. La LCart riveste particolare importanza per la Confederazione, i Cantoni e i Comuni in relazione ai cartelli nell'ambito dei bandi e ad altri accordi o comportamenti concordati di offerenti.

1.1.4 Progetti di revisione non riusciti

Il diritto svizzero in materia di acquisti pubblici è disciplinato nel rispetto del sistema federalista: la Confederazione e i Cantoni attuano autonomamente le prescrizioni internazionali e questo spiega la diversità delle legislazioni in materia emanate fino alla fine del 20° secolo. I problemi che ne sono sorti per i servizi di aggiudicazione e gli offerenti sono stati ben presto motivo di numerosi interventi parlamentari. A tale proposito, va menzionata in particolare la mozione Jenny¹⁶, nel frattempo tolta dal ruolo. Nel suo parere del 21 novembre 2001 il nostro Consiglio ha ammesso per la prima volta la necessità di intervenire tramite una revisione del diritto in materia di

¹⁵ RS 251

¹⁶ Mozione Jenny 01.3515 Abuso e arbitrio nell'aggiudicazione di commesse pubbliche di costruzioni.

acquisti pubblici. Anche il rapporto del 14 marzo 2002¹⁷ del Controllo parlamentare dell'amministrazione sul settore svizzero degli acquisti pubblici giunse alla conclusione che le norme di questo settore non corrispondevano più alla situazione economica e sociale e che avrebbero generato un'incertezza del diritto dannosa per l'economia nazionale e la politica economica estera. Su questa base sono poi stati stabiliti gli obiettivi di una revisione della LAPub.

Nel maggio del 2008 il nostro Collegio ha quindi avviato la procedura di consultazione relativa a un avamprogetto di revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici (qui di seguito AP-LAPub 2008). La proposta che vi era contenuta di uniformare parzialmente, mediante una legge federale, il diritto svizzero in materia è stata accolta favorevolmente dalla maggioranza delle associazioni economiche, ma respinta da tutti i Cantoni che l'hanno interpretata come un'ingerenza della Confederazione nel loro ambito di competenza costituzionale. Il 17 giugno 2009, dopo aver analizzato i pareri pervenuti¹⁸ e in considerazione dei ritardi subiti dalla revisione del GPA, il nostro Collegio ha deciso di procedere per tappe:

- i lavori di revisione totale della LAPub sono stati sospesi in attesa della conclusione della revisione del GPA;
- gli elementi dell'AP-LAPub 2008 urgenti sotto il profilo della politica congiunturale e che potevano essere introdotti a livello di ordinanza sono stati anticipati: la revisione dell'OAPub¹⁹ entrata in vigore il 1° gennaio 2010 ha creato per gli acquisti pubblici condizioni quadro efficienti ai fini dei programmi congiunturali in corso. La procedura di aggiudicazione è stata ammodernata e resa più flessibile, segnatamente tramite una regolamentazione concernente le nuove tecnologie dell'informazione, una piattaforma elettronica di pubblicazione, il cosiddetto bando «funzionale» e il dialogo. Ciò ha comportato risparmi in termini di costi e di tempo, nonché condizioni quadro legali più chiare per gli offerenti e per gli enti pubblici. La revisione conteneva inoltre disposizioni che, pur avendo soltanto un effetto indiretto sul promovimento della congiuntura, servivano a chiarire determinati elementi (ad es. le possibilità di riduzione dei termini e la regolamentazione della riacquisizione, oppure il consolidamento del principio secondo il quale, nel caso in cui la prestazione è fornita all'estero, gli offerenti sono tenuti a osservare almeno gli accordi di base dell'Organizzazione internazionale del lavoro [OIL]); queste disposizioni non hanno in genere suscitato opposizioni nella procedura di consultazione sull'AP-LAPub 2008;
- nel quadro del messaggio del 19 maggio 2010²⁰ concernente la modifica della legge federale sugli acquisti pubblici (effetto sospensivo dei ricorsi) è sta-

¹⁷ Controllo parlamentare dell'amministrazione: Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Berna 2002.

¹⁸ Cfr. rapporto del DFF sui risultati della procedura di consultazione relativa alla revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici; www.admin.ch > Diritto federale > Procedure di consultazione > Procedure di consultazione concluse > 2008 > DFF.

¹⁹ RU 2009 6149

²⁰ FF 2010 3569

ta sottoposta al Parlamento una revisione parziale della LAPub, limitata a misure volte ad accelerare la procedura di aggiudicazione. L'obiettivo della normativa proposta era promuovere l'impiego economico dei fondi pubblici e continuare a garantire sufficienti possibilità d'impugnazione. Né il Consiglio nazionale né il Consiglio degli Stati sono entrati in materia sul disegno di legge.

1.1.5 Differenze tra il diritto federale e il diritto cantonale

Le vigenti normative federali e cantonali sugli appalti pubblici presentano differenze, soprattutto nei seguenti settori²¹: campo d'applicazione soggettivo e oggettivo, valori soglia, requisiti relativi ai bandi, criteri di selezione (distinzione tra criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione e loro ponderazione), apertura delle offerte, negoziazioni sui prezzi (ammesse dalla Confederazione, ma non dai Cantoni), esclusione da procedure in corso e da procedure future, presa in considerazione di criteri cosiddetti estranei all'aggiudicazione, ad esempio di criteri motivati dalla politica sociale, motivazioni dell'aggiudicazione e protezione giuridica.

Attualmente il valore soglia a partire dal quale deve essere indetto un bando di concorso avente per oggetto forniture e prestazioni di servizio che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali è di 230 000 franchi per la Confederazione e di 350 000 franchi per i Cantoni. Tuttavia, conformemente alla LMI, che prevede la pubblicazione dei progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza, a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, i Cantoni mettono a pubblico concorso le forniture e le prestazioni di servizio già a partire da un valore della commessa di 250 000 franchi. Le commesse edili sono messe a pubblico concorso dalla Confederazione e dai Cantoni rispettivamente a partire da 2 milioni di franchi (ambito di applicazione dei trattati internazionali: 8,7 mio. fr.) e da 250 000 franchi (rami accessori dell'edilizia) o 500 000 franchi (ramo principale dell'edilizia; ambito di applicazione dei trattati internazionali: 8,7 mio. fr.). Diversamente dalla Confederazione, i Cantoni distinguono tra ramo principale e rami accessori dell'edilizia e seguono prevalentemente la tradizione dell'apertura pubblica delle offerte. Finora lo strumento del dialogo era stato previsto solo dalla Confederazione a livello di ordinanza. Se il diritto cantonale prevede l'impugnazione delle aggiudicazioni al di sotto del valore soglia (cfr. art. 15 CIAP in combinato disposto con l'art. 9 cpv. 2 LMI), a livello federale non esistono rimedi giuridici per quanto concerne gli «altri acquisti».

Simili differenze aumentano la complessità del sistema degli appalti pubblici e generano quindi incertezze nei partecipanti alla procedura. Da anni le PMI, ma non soltanto queste, rammentano, in occasione delle manifestazioni informative organizzate per gli offerenti dall'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica (UFCL), che la situazione giuridica attuale a livello di Confederazione e di Cantoni non è solo estremamente complessa, ma anche molto dispendiosa e costosa sotto il profilo am-

²¹ Cfr. Zufferey Jean-Baptiste / Dubey Jaques, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons*, Friburgo 2003.

ministrativo. Un'ulteriore conseguenza di questa diversità di regolamentazioni è l'assenza di una giurisprudenza uniforme dei tribunali competenti. Dall'entrata in vigore della legge del 17 giugno 2005²² sul Tribunale federale (LTF), in linea di principio è comunque possibile adire il Tribunale federale come ultima istanza giudiziaria comune.

1.1.6 Motivi della revisione

La revisione della LAPub proposta in questa sede è dettata da motivi legati al contesto internazionale e a quello nazionale.

Il 21 marzo 2012 il nostro Consiglio ha firmato il GPA 2012 con la riserva della sua approvazione da parte delle Camere federali. Il deposito del documento di ratifica della Svizzera presso l'OMC può essere effettuato soltanto dopo l'adeguamento del pertinente diritto federale e cantonale (cfr. n. 1.1.1). Quest'ultimo requisito sarà considerato soddisfatto una volta che il Parlamento avrà approvato la revisione della LAPub e l'Organo intercantonale per gli appalti pubblici (OiAp) avrà adottato il modello di messaggio concernente la revisione del CIAP. In considerazione dell'obiettivo di armonizzazione, l'OiAp adotterà il modello di messaggio concernente la revisione del CIAP solo alla conclusione della procedura legislativa a livello di Confederazione.

Inoltre la LAPub e l'OAPub sono state già sottoposte a diverse revisioni parziali, ma i contenuti non sono stati sempre mantenuti a un livello normativo consono. Di conseguenza, le basi legali di Confederazione e Cantoni sono poco chiare, frammentate e non sempre di facile lettura. Nel corso degli ultimi anni si è diffusa l'idea di armonizzare tali basi, laddove possibile e sensato e nell'interesse dell'economia svizzera. Da parte del Parlamento sono pervenute diverse richieste di revisione della pertinente legislazione (cfr. n. 1.8). Ne è un esempio attuale la mozione Bourgeois²³, che incarica il Consiglio federale di provvedere, in collaborazione con i Cantoni, affinché le leggi federali e cantonali concernenti gli appalti pubblici siano per quanto possibile armonizzate nell'ambito della prossima revisione. L'armonizzazione delle legislazioni federale e cantonali sugli appalti pubblici deve permettere agli offerenti, in particolare a quelli del settore delle PMI, di districarsi nei testi di legge.

Il 2 luglio 2014 abbiamo incaricato il DFF di avviare, unitamente al DEFR, la procedura legislativa di revisione della LAPub sulla base dei testi di revisione elaborati con i Cantoni (cfr. n. 1.2.1).

²² RS 173.110

²³ Mozione Bourgeois 12.3577 Programmi volti a incrementare l'efficienza energetica. Prendere in considerazione i posti di lavoro creati in Svizzera. La mozione è ancora pendente in Parlamento.

1.2 La normativa proposta

1.2.1 Lavori preliminari

La revisione della LAPub e dell'OAPub è posta sotto la responsabilità della Conferenza degli acquisti della Confederazione (CA). Gli adeguamenti del CIAP e delle relative direttive d'aggiudicazione (DAAP) competono all'OiAp.

Nel giugno del 2012 la CA e la Conferenza svizzera dei direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e dell'ambiente (DCPA) hanno conferito a un gruppo di lavoro paritetico Confederazione-Cantoni, denominato AURORA, l'incarico di presentare proposte di revisione dei pertinenti atti legislativi in materia di appalti pubblici. Oltre ad attuare in modo sistematico sul piano materiale e formale il GPA 2012 a livello di Confederazione e Cantoni, si trattava di armonizzare per quanto possibile il diritto federale e cantonale in materia di appalti pubblici, rispettando la ripartizione delle competenze secondo il sistema federalista. Da ottobre 2012 a settembre 2013 il gruppo di lavoro, diretto da un giurista specializzato esterno, ha elaborato progetti di adeguamento della legislazione federale e del CIAP sulla base del GPA 2012. Nell'ambito di un'indagine conoscitiva i diversi gruppi di interessati e specialisti hanno avuto la possibilità di presentare le loro richieste, che sono state prese in considerazione nella misura del possibile. Il 20 dicembre 2013 il gruppo di lavoro ha adottato un primo progetto di atto normativo e un rapporto, che un comitato redazionale congiunto ha provveduto a completare di volta in volta.

Le procedure legislative federale e cantonali seguono percorsi distinti. L'OiAp ha svolto la consultazione sul progetto di revisione del CIAP (progetto CIAP) nel quarto trimestre del 2014. L'avamprogetto LAPub, in gran parte dello stesso tenore, è stato posto in consultazione a inizio estate 2015 una volta consultati gli uffici federali. I risultati della consultazione svolta presso la Confederazione e i Cantoni sono riassunti al numero 1.3. Al termine delle consultazioni a livello di Confederazione e Cantoni, i due progetti sono stati affinati dal comitato paritetico di redazione del gruppo di lavoro AURORA, badando a garantire la coerenza delle disposizioni nel presente disegno di revisione (D-LAPub) e nel progetto CIAP. Sussistono differenze solo riguardo ai temi che per la Confederazione e i Cantoni sono già disciplinati diversamente nel GPA 2012, ad esempio nel campo d'applicazione soggettivo, nei valori soglia, nella pubblicazione di commesse aggiudicate per incarico diretto o nelle disposizioni rilevanti unicamente per la Confederazione (ad es. la deroga relativa all'aiuto allo sviluppo). Altre differenze concernono la protezione giuridica e il diritto di ricorso della Commissione della concorrenza (COMCO) retto dalla LMI.

Per chiarire in dettaglio le conseguenze della revisione, la Confederazione ha commissionato uno studio al fine di accertare l'impatto della regolamentazione (analisi d'impatto della regolamentazione, AIR)²⁴. L'obiettivo dello studio è analizzare le conseguenze macroeconomiche di nuove disposizioni e misure come pure l'intero pacchetto dei progetti legislativi e illustrare le possibili conseguenze per i diversi

²⁴ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Regulierungsfolgenabschätzung: Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen», Basilea, 18 gennaio 2016.

attori. I risultati dell'AIR confermano la necessità dell'intervento pubblico. L'AIR giunge alla conclusione che l'intervento è necessario in considerazione della prevista ratifica del GPA 2012 e, in particolare, dell'armonizzazione delle legislazioni di Confederazione e Cantoni sugli appalti nonché di una maggiore trasparenza e certezza del diritto. Gli specialisti interpellati nell'ambito dell'AIR sono unanimi nell'approvare l'orientamento della revisione.

Dai risultati dell'AIR emerge che la revisione è perlopiù considerata pragmatica. Inoltre il disegno di legge agevola la comprensione del diritto in materia di appalti, contribuisce all'armonizzazione delle legislazioni della Confederazione e dei Cantoni in materia e, nel complesso, consente una maggiore certezza del diritto.

1.2.2 Obiettivi del disegno di nuova legge sugli appalti pubblici

Attuare il GPA 2012

Con la revisione proposta si intende trasporre il GPA 2012 nel diritto interno a livello di Confederazione e Cantoni. Gli attuali obiettivi del diritto in materia di appalti pubblici – impiego economico dei fondi pubblici, parità di trattamento e non discriminazione degli offerenti, promovimento della concorrenza e trasparenza delle procedure – sono mantenuti. Il disegno accorda particolare attenzione alle misure contro la collusione e la corruzione come pure all'esplicito riconoscimento degli appalti sostenibili.

Armonizzare la legislazione nazionale sugli appalti pubblici

Nel quadro della revisione le norme nazionali sugli appalti pubblici devono essere armonizzate, per quanto possibile e sensato, conformemente alle direttive del Parlamento. L'attuazione del GPA 2012 nel diritto nazionale deve pertanto contribuire a un'armonizzazione delle legislazioni di Confederazione e Cantoni sugli appalti pubblici.

Diverse regolamentazioni, dimostratesi sinora valide per la Confederazione, per i Cantoni o per entrambi i livelli istituzionali, sono state riprese nel presente disegno di legge. In riferimento alla protezione giuridica (art. 51 segg. D-LAPub) sono proposte alcune novità sostanzialmente modeste: la protezione giuridica nel settore degli appalti pubblici deve essere adeguata mediante un'uniformazione di vasta portata delle norme relative alla motivazione e alla notificazione delle decisioni, dei motivi e dell'oggetto del ricorso così come del termine di ricorso (20 giorni). La protezione giuridica dovrà essere moderatamente estesa per gli appalti pubblici della Confederazione. Continuerà ad applicarsi il principio secondo cui, a determinate condizioni, ai ricorsi concernenti gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali può essere concesso l'effetto sospensivo e che fino ad allora occorre rinunciare a qualsiasi provvedimento di esecuzione. Per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali è invece giustificato concedere soltanto la cosiddetta protezione giuridica in via subordinata, anche alla luce della procedura particolarmente dispendiosa in termini di tempo. Di conseguenza, in queste procedure gli offerenti possono chiedere soltanto che sia accertata l'eventuale illiceità di decisioni in materia di diritto sugli appalti pubblici. Il pieno

potere d'esame dell'autorità di ricorso garantisce la possibilità di un accesso efficace e ragionevole alla giustizia. Contrariamente ai casi di intervento da parte dell'autorità amministrativa, la garanzia della via giudiziaria in materia di aggiudicazioni non presuppone un effetto sospensivo del ricorso. Per l'appalto di beni (forniture) e prestazioni di servizio la possibilità di adire il tribunale dovrà essere concessa già a partire dal valore soglia determinante per la procedura mediante invito (ossia da un valore della commessa di 150 000 fr.). Per quanto riguarda le prestazioni edili la protezione giuridica in via subordinata sussisterà già a partire da un valore della commessa di 2 milioni di franchi²⁵. L'estensione della protezione giuridica non avrà ripercussioni sui valori soglia e sulle procedure rilevanti per i bandi di concorso pubblici; i valori soglia saranno mantenuti. Tuttavia, in risposta a un'esigenza espressa spesso nell'ambito della consultazione, i valori soglia determinanti per la scelta della procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali saranno ampiamente uniformati a livello di Confederazione e Cantoni.

D'ora in poi per i committenti (esclusi i mercati settoriali) si applicheranno i valori soglia indicati nella tabella seguente:

	Forniture (in fr.)	Prestazioni di servizio (in fr.)	Prestazioni edili (in fr.)	
Procedura per incarico diretto	inferiori a 150 000	inferiori a 150 000	Confederazione: inferiori a 300 000	
			Rami accessori dell'edilizia	Ramo principale dell'edilizia
			Cantoni: inferiori a 150 000	Cantoni: inferiori a 300 000
Procedura mediante invito	da 150 000	da 150 000	Confederazione: da 300 000	
			Rami accessori dell'edilizia	Ramo principale dell'edilizia
			Cantoni: da 150 000	Cantoni: da 300 000
Procedura di pubblico concorso / selettiva	Confederazione: da 230 000	Confederazione: da 230 000	Confederazione: da 2 mio.	
	Cantoni: da 250 000	Cantoni: da 250 000	Rami accessori dell'edilizia	Ramo principale dell'edilizia
			Cantoni: da 250 000	Cantoni: da 500 000

Anche la terminologia della LAPub e del CIAP deve essere armonizzata, e questo nelle tre lingue ufficiali. In particolare, il titolo della versione italiana della legge dovrà essere adeguato alla terminologia intercantonale: «Legge federale sugli acquisti pubblici» sarà sostituito con «Legge federale sugli appalti pubblici».

²⁵ Cfr. anche postulato Engler 14.3208 Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici.

L'auspicata armonizzazione degli ordinamenti in materia di appalti pubblici di Confederazione e Cantoni sarà possibile soltanto se saranno mantenuti i principi e le linee direttive del disegno.

Chiarire e strutturare

Le esperienze raccolte e gli sviluppi osservati dall'entrata in vigore della LAPub nel 1996 sono stati presi in considerazione nella revisione e hanno fornito impulsi preziosi all'ottimizzazione delle basi legali. Dall'applicazione concreta del diritto è in particolare emersa la necessità di chiarire determinati elementi e concetti.

La LAPub sarà completata con definizioni e la sua terminologia adeguata in base al GPA 2012. Il presente disegno di legge contiene un elenco sintetico di definizioni (art. 3 D-LAPub) che si fonda sull'articolo I del GPA 2012. In particolare, la nuova regolamentazione del campo d'applicazione soggettivo (art. 4 segg. D-LAPub) e la definizione di «commessa pubblica» (art. 8 e 9 D-LAPub) servono a chiarire talune questioni, alle quali sinora sono state date risposte diverse, riguardanti il campo d'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici (ad es. in relazione a determinate concessioni e al trasferimento di compiti pubblici).

Il GPA 2012 ha una struttura diversa da quella del GPA 1994. Il disegno di legge riprende la nuova struttura del GPA 2012 e si basa sullo svolgimento di una procedura di aggiudicazione. Consta di 64 articoli, ripartiti in 11 capitoli e sei allegati (senza considerare l'abrogazione e la modifica di altri atti normativi). Le sue maggiori dimensioni rispetto alla LAPub in vigore (circa 30 articoli in più) sono riconducibili al fatto che importanti contenuti fino a questo momento disciplinati nell'ordinanza sono ora inseriti nella legge, ovvero a un livello normativo più consono. Si citano a titolo di esempio gli «altri acquisti», finora disciplinati nel capitolo 3 OAPub, come pure il diritto d'esame degli atti di cui all'articolo 5 OAPub. Ove necessario la legge riveduta sarà precisata anche in futuro da un'ordinanza di esecuzione.

Rendere flessibile e ammodernare

Fatti salvi i principi del diritto in materia di appalti pubblici, la legge intende accordare un margine di manovra possibilmente ampio ai committenti pubblici e agli offerenti e promuovere nel contempo l'impiego delle moderne tecnologie dell'informazione nell'ambito degli appalti pubblici. Dal punto di vista materiale le proposte di modifica della LAPub riguardano in particolare l'introduzione di strumenti flessibili nell'ambito degli appalti, che consentano a loro volta la creazione di soluzioni innovative. In tal modo si vuole garantire un margine di manovra il più ampio possibile per gli sviluppi futuri, ad esempio nell'ambito dell'appalto di prestazioni intellettuali. In questo senso gli strumenti come le commesse successive, ma anche il dialogo tra committenti e offerenti, la possibilità, da tempo utilizzata nella prassi, di concludere contratti quadro (con la cosiddetta procedura di attribuzione), i concorsi e i mandati di studio sono ora disciplinati a livello di legge. In futuro, in presenza di una concorrenza efficace, tutti i committenti operanti sui mercati settoriali – e non come finora soltanto quelli assoggettati in virtù dell'Accordo Svizzera-UE – avranno la possibilità di ottenere l'esenzione delle loro attività dall'assoggettamento alla legge federale sugli appalti pubblici. Oltre alla creazione di una base legale per le

aste elettroniche, contribuisce altresì a rendere flessibile il settore degli appalti pubblici il fatto che d'ora in poi più committenti partecipanti a un appalto, assoggettati alla LAPub e al CIAP, possono scegliere il diritto applicabile. In maniera analoga e per garantire un impiego ottimale delle risorse, anche nel caso di un appalto relativo a infrastrutture nazionali sarà possibile stabilire il diritto in materia applicabile. Le norme proposte promuovono anche una gestione moderna degli appalti da parte degli enti pubblici (ad es. mediante lo snellimento dei processi interni e la concentrazione ottimale del volume).

Ridurre l'onere amministrativo e incrementare l'efficienza per gli offerenti

L'armonizzazione delle legislazioni di Confederazione e Cantoni sugli appalti pubblici consente agli offerenti di standardizzare ulteriormente i propri processi di presentazione delle offerte. Possono contare su un minore dispendio per gli accertamenti anche grazie all'attesa uniformazione della giurisprudenza e alla maggiore chiarezza delle basi legali. Alcune disposizioni sono inoltre direttamente mirate a ridurre l'onere amministrativo degli offerenti: ad esempio i servizi di aggiudicazione possono richiedere soltanto in una fase più avanzata della procedura le prove relative all'osservanza delle condizioni di partecipazione da parte degli offerenti (ad es. una garanzia bancaria, art. 26 cpv. 3 e 27 cpv. 3 D-LAPub). Anche il maggiore utilizzo delle moderne tecnologie dell'informazione nel settore degli appalti pubblici, segnatamente la piattaforma Internet comune della Confederazione e dei Cantoni (simap.ch), dovrebbe ridurre l'onere amministrativo degli offerenti.

Le legislazioni rivedute sugli appalti pubblici dovrebbero comportare semplificazioni anche per i committenti. Esse dovrebbero infatti sostenere, e non ostacolare, l'adempimento dei compiti principali dei committenti, ovvero gli appalti. Questo obiettivo deve sempre essere considerato anche nell'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici, adottando un approccio pragmatico al fine di semplificare le procedure.

I committenti sono tenuti a impiegare in modo sostenibile i fondi pubblici a loro assegnati. Devono quindi scegliere in modo ottimale, nell'interesse del singolo appalto, gli strumenti prescritti dal diritto in materia di appalti pubblici, sfruttare l'ampio margine di manovra concesso anche in relazione ai costi e ai benefici e applicare le disposizioni in maniera pragmatica, efficace e con un approccio orientato alle soluzioni. I committenti possono sempre attribuire particolare importanza alla qualità delle prestazioni. Per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali possono definire criteri che favoriscono la produzione nazionale o la fornitura delle prestazioni da parte di imprese svizzere, sempre perseguendo l'obiettivo di un impiego sostenibile dei fondi pubblici e della parità di trattamento degli offerenti.

1.2.3 Principali novità

Il disegno di legge e il progetto CIAP traspongono tra l'altro nel diritto svizzero le disposizioni vincolanti del GPA 2012 e degli accordi rilevanti ai fini degli appalti pubblici conclusi con Stati terzi. La Confederazione e i Cantoni si avvalgono dell'introduzione del GPA 2012 e dei conseguenti adeguamenti necessari anche per

armonizzare le proprie legislazioni sugli appalti pubblici. Sono pertanto proposti principi e normative volti a uniformare a livello nazionale la legislazione sugli appalti pubblici in modo da garantire il funzionamento del mercato interno.

Oltre ai chiarimenti già menzionati, tra le principali novità figurano:

- l'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici del rilascio di determinate concessioni e del trasferimento di determinanti compiti pubblici;
- il disbrigo elettronico delle procedure di aggiudicazione;
- l'adozione di strumenti flessibili come il dialogo (sinora disciplinato a livello di ordinanza), i contratti quadro, le aste elettroniche e la riduzione dei termini;
- la prevenzione della corruzione nel settore degli appalti pubblici;
- il divieto di svolgere cosiddette negoziazioni sul prezzo (già enunciato come principio all'art. 11 lett. c CIAP);
- la modifica della regolamentazione concernente la ricsuzione considerate le peculiarità della procedura di aggiudicazione;
- la regolamentazione sistematica delle fattispecie riguardanti l'esclusione e le sanzioni;
- l'introduzione di un elenco centralizzato, non pubblico, degli offerenti e dei subappaltatori esclusi da progetti di appalto futuri;
- la pubblicazione dell'interruzione della procedura per rafforzare la trasparenza;
- la moderata estensione della protezione giuridica nel rispetto della garanzia della via giudiziaria sancita nella Costituzione;
- la possibilità per l'autorità di ricorso di decidere in merito a richieste di risarcimento di danni fatte valere in via adesiva.

È inoltre pregevole il fatto che la prassi consolidata e la giurisprudenza della Confederazione e dei Cantoni siano confluite nel nuovo disegno. Tutte queste novità agevoleranno l'accesso degli offerenti al mercato, rafforzando in tal modo la concorrenza e l'economicità. La revisione si prefigge inoltre di mantenere ciò che si è dimostrato valido e di contribuire quindi alla riduzione dell'onere amministrativo a carico degli offerenti.

Digressione: prestazioni intellettuali

Nella prassi è emerso che l'aggiudicazione di prestazioni intellettuali presenta alcune peculiarità che rendono necessari nuovi approcci nell'impostazione delle procedure di aggiudicazione. Anche esponenti dell'economia e della politica²⁶ evidenzia-

²⁶ Cfr. il postulato Français 16.3785 Acquisti pubblici. Misure concernenti le prestazioni di progettazione e l'interpellanza Français 16.3493 Acquisti pubblici. Prestazioni di servizio, ma a quale prezzo?

no le particolarità insite nell'appalto di prestazioni intellettuali. In futuro le aggiudicazioni di simili prestazioni dovrebbero aumentare e assumere un'importanza maggiore. Le capacità intellettuali e di innovazione sono particolarmente richieste per le prestazioni che possono esercitare un effetto significativo sul lungo periodo (ad es. prestazioni di progettazione, prestazioni nell'ambito della strategia TIC o prestazioni di pianificazione). La procedura di aggiudicazione deve tenere debitamente conto di questa circostanza.

Per l'aggiudicazione di prestazioni intellettuali e di innovazione il diritto in materia di appalti pubblici mette a disposizione tre appositi strumenti:

- i concorsi (art. 22);
- i mandati di studio (art. 22);
- il dialogo (art. 24).

I committenti e gli offerenti hanno quindi a disposizione strumenti flessibili che dovrebbero adeguare e applicare in base alle necessità. Questi tre strumenti sono adatti non solo per gli appalti nel settore edile, bensì anche in altri mercati.

Nell'ambito dei mandati di studio e del dialogo il committente e l'offerente possono scambiarsi informazioni e avvicinarsi quindi gradualmente alle opzioni e alle soluzioni ricercate, che saranno verificate e valutate successivamente. La qualità dello scambio di informazioni e delle riflessioni comuni di committente e offerente costituisce un importante fattore per il successo del progetto.

Una simile procedura non sostituisce tuttavia una pianificazione tempestiva e lungimirante da parte degli organi strategici competenti e dei servizi specializzati. In altre parole, la LAPub e l'OAPub possono soltanto mettere a disposizione gli strumenti adeguati per la procedura di aggiudicazione, ma spetta al committente competente per il rispettivo progetto applicarli in modo pragmatico e a seconda della situazione. Solo in tal modo è possibile garantire l'impiego sostenibile dei fondi pubblici.

Nell'aggiudicazione di prestazioni intellettuali riveste particolare importanza il rapporto qualità-prezzo. Affinché l'esecuzione di una commessa soddisfi le esigenze del servizio di aggiudicazione, soprattutto nell'ambito della progettazione e della pianificazione, al criterio di aggiudicazione della qualità deve essere attribuita una ponderazione maggiore rispetto al criterio del prezzo. Il committente deve esaminare e decidere nel singolo caso la ponderazione da attribuire al prezzo, criterio che non può mai essere omesso interamente. Al fine di ottimizzare la prassi degli appalti pubblici, nella sua decisione di aggiudicazione il committente deve garantire che la qualità del progetto o della pianificazione possa incidere durevolmente, grazie al suo effetto leva, sull'intero progetto e sulla sua realizzazione nonché sul suo esercizio: conviene quindi investire maggiori risorse nei lavori preparatori e nella pianificazione di un progetto, che comprendono ad esempio l'elaborazione e la valutazione di opzioni d'intervento, poiché successivamente i costi complessivi risultano inferiori e i benefici maggiori. Nell'impostare la griglia di valutazione e quindi anche nel ponderare il criterio del prezzo occorre tenere conto di questa circostanza.

Il nostro Consiglio seguirà lo sviluppo della prassi in questo settore e, laddove necessario, chiederà eventuali adeguamenti della legge alle Camere o li effettuerà nell'ordinanza.

Ulteriori considerazioni riguardo all'aggiudicazione di prestazioni intellettuali figurano nel commento agli articoli 21, 22 e 24.

1.2.4 Digressione: requisiti concernenti le lingue

Le richieste relative alle lingue ufficiali nel settore degli appalti pubblici sono state oggetto a più riprese di interventi parlamentari²⁷. Per esaminare a fondo questa tematica il nostro Consiglio ha commissionato uno studio globale²⁸.

La CA ha inoltre emanato raccomandazioni per la promozione del plurilinguismo in ambito di acquisti pubblici²⁹.

In occasione della consultazione è stata formulata la proposta di pubblicare il bando relativo a prestazioni edili almeno nella lingua ufficiale del luogo della costruzione, di ammettere i documenti e le richieste dei partecipanti in tutte le lingue ufficiali e di procurarsi, per quanto possibile, almeno un'offerta di un offerente proveniente da un'altra regione linguistica nell'ambito della procedura mediante invito. Non è emerso un quadro omogeneo per quanto concerne le disposizioni proposte. La maggioranza dei partecipanti alla consultazione le ha considerate adeguate, tuttavia è stato ripetutamente espresso il timore che possano causare un aumento dei costi amministrativi.

Una stima dei costi effettuata al termine della procedura di consultazione ha evidenziato che le traduzioni aggiuntive, richieste nelle procedure di appalto, dei bandi o delle relative documentazioni provocherebbero importanti costi supplementari³⁰. Tali costi sarebbero in contrasto con il forte inasprimento delle condizioni quadro di politica finanziaria intervenuto dopo il deposito degli interventi parlamentari e con le severe misure di risparmio previste dal Parlamento. È quindi opportuno rinunciare a traduzioni supplementari nel quadro della procedura di appalto.

Ciononostante, è possibile considerare maggiormente le diverse situazioni linguistiche presenti in Svizzera. Questo principio deve ora essere sancito nella legge (cfr. art. 48 cpv. 5 secondo periodo D-LAPub). Il nostro Collegio intende pertanto prevedere quanto segue a livello di ordinanza: per le prestazioni edili, il bando dovrà essere pubblicato almeno nella lingua ufficiale del luogo della costruzione, mentre per le forniture e le prestazioni di servizio almeno in due lingue ufficiali. In caso di

²⁷ Ad es. mozione Hodgers 12.3739 Bandi della Confederazione. Equità tra le regioni linguistiche); mozione de Buman 12.3914 Appalti pubblici nelle tre lingue ufficiali della Confederazione; postulato Darbellay 12.3910 Legge sugli acquisti pubblici. Per combattere le distorsioni; mozione Bourgeois 13.4042 Bandi di concorso. Possibilità di redigerli nella lingua ufficiale di propria scelta; interpellanza Cassis 14.3885 Appalti pubblici. Tutta la procedura di aggiudicazione nella lingua del luogo di costruzione.

²⁸ Cfr. riassunto dello studio «Sprachbarrieren im öffentlichen Beschaffungswesen der Bundesverwaltung?», consultabile all'indirizzo: www.bkb.admin.ch > I committenti > Promozione del plurilinguismo.

²⁹ DFF/UFCL/CA, Raccomandazioni per la promozione del plurilinguismo, Berna, 2014. Consultabili all'indirizzo: www.bkb.admin.ch > I committenti > Promozione del plurilinguismo.

³⁰ Cfr. n. 3.1.1.

prestazioni fornite all'estero o di prestazioni tecniche altamente specialistiche, il bando potrà essere pubblicato eccezionalmente soltanto in una lingua ufficiale della Confederazione e in un'altra lingua. A causa dei costi significativi già menzionati, la documentazione del bando non dovrà essere messa a disposizione in più lingue. Come proposto in occasione della consultazione, nell'ambito della procedura mediante invito il committente dovrà procurarsi, per quanto possibile, almeno un'offerta di un offerente proveniente da un'altra regione linguistica. Per contrastare gli importanti costi supplementari attesi e i possibili errori di traduzione, il nostro Consiglio si riserva la possibilità di prescrivere una determinata lingua ufficiale per i documenti e le richieste degli offerenti. Siamo convinti che queste misure, previste a livello di ordinanza, consentiranno di tenere adeguatamente conto del plurilinguismo in Svizzera adottando un approccio pragmatico. Seguiremo attentamente l'applicazione di queste disposizioni e in base alle esperienze fatte valuteremo a media scadenza l'opportunità di ulteriori misure.

1.3 Risultati della procedura di consultazione

La procedura di consultazione concernente la revisione della legislazione federale sugli appalti pubblici è stata avviata il 1° aprile 2015 e si è conclusa il 1° luglio 2015. Le cerchie interessate vi hanno partecipato attivamente: sono infatti pervenuti 109 pareri e 48 questionari compilati³¹. La consultazione relativa al progetto CIAP si è svolta dal 22 settembre al 19 dicembre 2014³². Vi hanno partecipato tutti i Cantoni nonché 58 organizzazioni e singole persone. Di seguito sono sintetizzati i risultati della consultazione svolta presso la Confederazione.

Valutazione generale del progetto espressa dai partecipanti alla consultazione

Quasi tutti i partecipanti alla consultazione approvano il progetto posto in consultazione e l'orientamento di massima della revisione. Numerosi pareri descrivono il progetto come strutturato in modo più chiaro, più comprensibile e più moderno rispetto alla legislazione vigente e fondamentalmente in grado di contribuire alla certezza del diritto. In particolare i due obiettivi sovraordinati del progetto, ossia la trasposizione del GPA 2012 nella legislazione nazionale e l'armonizzazione degli atti normativi della Confederazione e dei Cantoni in materia di appalti pubblici, riscuotono un ampio consenso. L'orientamento fondamentale ai principi della trasparenza, della non discriminazione, della prevenzione della corruzione e della promozione della concorrenza così come l'indicazione di obiettivi legati alla protezione ambientale ecc. sono giudicati positivamente dagli interpellati. Numerosi partecipanti sono esplicitamente a favore del fatto che si colga l'occasione della trasposizione degli impegni internazionali nella legislazione nazionale per armoniz-

³¹ La documentazione della procedura di consultazione nonché il rapporto sui risultati della consultazione sono consultabili all'indirizzo: www.bundesrecht.admin.ch > Procedure di consultazione > Procedure di consultazione concluse > 2015 > DFF.

³² La documentazione della procedura di consultazione nonché il rapporto sui risultati della consultazione sono consultabili all'indirizzo: www.bpuk.ch/fr/dtap > Concordats > AIMP > P-AIMP.

zare ampiamente il diritto svizzero in materia di appalti pubblici. In diversi pareri è stato espressamente approvato l'operato del gruppo di lavoro AURORA.

Nel contempo i partecipanti alla consultazione avanzano numerose proposte di miglioramento alle singole disposizioni e segnalano in dettaglio la necessità di apportare correzioni di carattere materiale e formale.

La maggior parte dei Cantoni non si esprime nel dettaglio, ma rimanda al parere dell'OiAp, che a sua volta fa riferimento alla procedura di consultazione svolta dai Cantoni nel 2014 sul progetto CIAP. In tale occasione la grande maggioranza dei Cantoni ha approvato nella sostanza l'armonizzazione proposta del diritto svizzero in materia di appalti pubblici. Le disposizioni elaborate parallelamente garantiscono procedure di aggiudicazione efficienti ed economiche, mentre la collaborazione tra Confederazione e Cantoni nel progetto AURORA è stata contrassegnata da rispetto, fiducia e trasparenza. L'OiAp e, quindi, i Cantoni auspicano inoltre che sia mantenuto il giusto senso della misura e che nella procedura di eliminazione delle divergenze tra Confederazione e Cantoni ci si concentri sulle richieste fondamentali e giustificate.

Armonizzazione

L'armonizzazione degli atti normativi di Confederazione e Cantoni, uno dei due obiettivi principali della revisione del diritto in materia di appalti pubblici, è generalmente approvata nella consultazione. Secondo il parere dell'OiAp, anche la grande maggioranza dei Cantoni è favorevole all'armonizzazione degli atti normativi nazionali sugli appalti pubblici. Soltanto il Cantone di Soletta e l'Unione democratica di centro (UDC) sono contrari all'armonizzazione. Il fatto che la Confederazione e i Cantoni abbiano posto in consultazione il progetto elaborato dal gruppo di lavoro AURORA senza apportarvi modifiche è accolto favorevolmente da numerosi partecipanti.

Protezione giuridica

Nel progetto posto in consultazione si propone di concedere, in futuro, la protezione giuridica per tutti gli appalti a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi. L'estensione della protezione giuridica è approvata dalla grande maggioranza dei partecipanti alla consultazione. In particolare le associazioni economiche e industriali sono favorevoli all'estensione del diritto di ricorso a netta maggioranza. Molti chiedono tuttavia che la protezione giuridica non dipenda da un determinato valore della commessa, bensì dal tipo di procedura. Diversi partecipanti alla consultazione raccomandano persino di garantire la protezione giuridica per tutti gli appalti pubblici (a partire da 1 fr.).

Le istituzioni statali e parastatali nonché le imprese della Confederazione rifiutano l'estensione della protezione giuridica.

Negoziazioni

Un tema centrale degli sforzi di armonizzazione è rappresentato dalle negoziazioni secondo l'articolo 26 AP-LAPub. Dai pareri dei partecipanti alla consultazione non emerge un quadro omogeneo al riguardo. Le istituzioni statali o parastatali (ad es. le FFS e la Posta) sono favorevoli alla possibilità di svolgere negoziazioni e chiedono

di rinunciare a qualsiasi restrizione in merito. Invece la stragrande maggioranza delle associazioni economiche e industriali è esplicitamente contraria alla possibilità di condurre negoziazioni incentrate soltanto sui prezzi. I Cantoni che hanno espresso un parere nella consultazione svolta dalla Confederazione, l'Unione delle città svizzere e altre associazioni sono fundamentalmente contrari alle negoziazioni. Anche le associazioni dell'industria edilizia (ad es. la Società Svizzera degli Impresari-Costruttori) esprimono pareri in prevalenza contrari, mentre altri partecipanti alla consultazione considerano le negoziazioni uno strumento prezioso in caso di appalti complessi. A questo proposito i rappresentanti del mondo della dottrina sconsigliano fermamente che la Confederazione e i Cantoni prevedano varianti diverse per la medesima disposizione.

Principio del luogo della prestazione o del luogo di origine

Viene discusso da più parti se i destinatari dell'aggiudicazione debbano osservare le disposizioni in materia di tutela del lavoro e le condizioni di lavoro (art. 14 AP-LAPub) nel luogo della propria sede o di stabilimento («principio del luogo di origine») o nel luogo della fornitura della prestazione («principio del luogo della prestazione»). La maggioranza dei partecipanti è favorevole al principio del luogo della prestazione piuttosto che a quello del luogo di origine. I sostenitori del principio del luogo della prestazione auspicano inoltre il mantenimento della regolamentazione vigente.

Struttura, impostazione e comprensibilità

Nel complesso la struttura, la concezione e l'impostazione dei progetti di revisione sono giudicate positivamente dai partecipanti alla consultazione. In diversi pareri la struttura dell'avamprogetto è descritta come più chiara, comprensibile e completa rispetto ai vigenti atti legislativi. È stato sottolineato come positivo il fatto che l'impostazione degli atti legislativi corrisponda ora ampiamente allo svolgimento della procedura di aggiudicazione in caso di appalti pubblici. I partecipanti alla consultazione hanno giudicato buona la comprensibilità e la qualità dei progetti di revisione in termini di tecnica legislativa.

Ripercussioni sull'onere amministrativo degli offerenti

I partecipanti alla consultazione riconoscono la massima utilità all'armonizzazione degli ordinamenti in materia di appalti pubblici della Confederazione e dei Cantoni. Una netta maggioranza prevede che l'armonizzazione delle basi giuridiche permetterà di mantenere costante o ridurre l'onere amministrativo degli offerenti.

Disposizioni relative alle lingue della procedura

Dai pareri pervenuti in merito alla lingua della procedura non emerge un quadro chiaro, sebbene si riconoscano diverse tendenze di fondo. Gli offerenti, soprattutto quelli che operano nel settore dell'edilizia, sono favorevoli alla pubblicazione del bando e dell'aggiudicazione nella lingua del luogo della costruzione. Chiedono inoltre che sia tradotta anche la documentazione del bando. Le imprese e le istituzioni vicine alla Confederazione sono contrarie ad aumentare il numero delle lingue ammesse, temendo un notevole incremento dei costi per le traduzioni. Le organizza-

zioni e le istituzioni della Svizzera francese e del Ticino ritengono invece che la promozione del plurilinguismo non sia sufficientemente considerata nella revisione.

Diritto d'esame degli atti

Il diritto d'esame degli atti proposto all'articolo 18 AP-LAPub è respinto in particolare da diversi rappresentanti dell'economia, i quali sostengono che la regolamentazione prevista comporti una grave e ingiustificata ingerenza nella libertà contrattuale.

Sviluppo sostenibile

La maggiore rilevanza riconosciuta agli aspetti concernenti lo sviluppo sostenibile nella revisione degli atti normativi sugli appalti pubblici riscuote un consenso molto ampio. Numerosi partecipanti (ad es. Coalizione delle ONG per gli appalti sostenibili, I Verdi, PSS, USS, Swiss Textiles) giudicano tuttavia che in questo ambito il progetto di revisione debba essere migliorato e auspicano che sia riservata una maggiore considerazione a questa tematica. Un numero esiguo di partecipanti (ad es. UDC, PLR, Swissmem) considera invece che con lo sviluppo sostenibile sarebbero inclusi nel processo relativo agli appalti pubblici criteri estranei all'aggiudicazione. Questi partecipanti si oppongono all'inserimento dello sviluppo sostenibile nell'articolo concernente lo scopo della legge (art. 1 AP-LAPub).

Altri pareri pervenuti

Diversi partecipanti alla consultazione approvano espressamente che i progetti di revisione prevedano diversi nuovi elementi nell'ottica di una maggiore flessibilità (ad es. le aste elettroniche di cui all'art. 25 AP-LAPub) o che taluni strumenti esistenti siano ora disciplinati in modo più chiaro a livello di legge (ad es. il dialogo di cui all'art. 28 AP-LAPub).

Numerose associazioni economiche e industriali (ad es. economiesuisse, FAS, SFIG, Infra Suisse, SIA, Swissmem, FMB, usic, FER, CCIG, USIE, costruzioni svizzera, USM) deplorano la scarsa considerazione riservata agli appalti complessi e il peso eccessivo attribuito al criterio del prezzo.

Un numero limitato di pareri ha trattato le tematiche delle concessioni, delle sovvenzioni e del diritto di ricorso della COMCO. Le risposte ricevute sono eterogenee e nell'insieme non forniscono un risultato rappresentativo della consultazione.

Rapporto tra il diritto in materia di appalti pubblici e la LMI

Già nell'ambito del gruppo di lavoro paritetico della Confederazione e dei Cantoni questi ultimi hanno espresso forti riserve riguardo al mantenimento delle disposizioni in materia di appalti pubblici della LMI una volta realizzata l'armonizzazione tra CIAP e LAPub. Hanno sottolineato che le disposizioni della LMI sono vaghe e non offrono alcun vantaggio supplementare rispetto alle disposizioni dettagliate del CIAP. Con l'inserimento delle concessioni nel diritto in materia di appalti pubblici i Cantoni hanno messo in discussione il mantenimento dell'articolo 2 capoverso 7 LMI, poiché lo ritengono un doppione. Essi hanno segnalato l'applicazione a livello nazionale del CIAP e le esperienze positive compiute in oltre vent'anni di prassi

armonizzata a livello cantonale in materia di aggiudicazioni. I Cantoni hanno chiesto inoltre lo stralcio senza sostituzione dell'articolo 9 capoversi 2 e 3 LMI.

Nell'ambito del gruppo di lavoro paritetico i Cantoni hanno ripetutamente espresso il loro malcontento in merito al diritto di ricorso della COMCO (art. 9 cpv. 2^{bis} LMI), criticando l'ingerenza nelle competenze che originariamente erano state loro attribuite. Secondo i Cantoni le vigenti norme del CIAP relative alla trasparenza e i valori soglia molto bassi a partire dai quali i concorrenti possono fare ricorso impediscono già in modo efficace che gli organi di aggiudicazione cantonali o comunali discriminino gli offerenti esterni. I Cantoni rifiutano pertanto una funzione di vigilanza della COMCO sull'intero settore degli appalti pubblici cantonali e comunali che ritengono anticostituzionale, considerata l'assenza di una competenza federale in merito, e inutile.

1.4 Motivazione e valutazione della soluzione proposta

Il nostro Consiglio propone una revisione totale della LAPub che attui le novità del GPA 2012 e contribuisca a un'ampia armonizzazione delle legislazioni federale e cantonali sugli appalti pubblici, nell'intento di ottenere i seguenti miglioramenti:

- l'armonizzazione consente di rispondere a un'annosa esigenza dell'economia svizzera e di semplificare l'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici soprattutto per gli offerenti;
- la revisione e la conseguente ratifica del GPA 2012 permette di ampliare l'accesso ai mercati per le imprese svizzere;
- il rilascio di determinate concessioni e il trasferimento di determinati compiti pubblici conformemente alle disposizioni del diritto in materia di appalti pubblici rafforzano la certezza del diritto e la trasparenza;
- la moderata estensione della protezione giuridica permette di tenere in considerazione la garanzia della via giudiziaria sancita nella Costituzione;
- indicando la sostenibilità economica, sociale ed ecologica nell'articolo concernente lo scopo della legge, con la presente revisione è possibile attuare più efficacemente gli obiettivi di politica ambientale e sociale della «Strategia per uno sviluppo sostenibile 2016–2019».

Riguardo al rapporto tra il diritto in materia di appalti pubblici e la LMI occorre tenere presente quanto segue. L'articolo 95 capoverso 2 della Costituzione federale (Cost.)³³ incarica la Confederazione di provvedere alla creazione di uno spazio economico svizzero non discriminante. Questo mandato costituzionale discende dal principio della libertà economica³⁴ e concerne pertanto direttamente un diritto fondamentale. Nell'ambito degli appalti pubblici vi è il rischio che alcuni offerenti siano favoriti rispetto ad altri a causa del carattere locale della commessa, di rapporti personali, delle relazioni contrattuali esistenti o di altre preferenze. Simili privilegi

³³ RS 101

³⁴ Cfr. Peter Hettich, St. Galler Kommentar, 3^a ed. 2014, ad art. 95 Cost., n. 13 segg.

ostacolano il mercato interno. Per questo motivo la LMI contiene taluni requisiti minimi che i Cantoni e i Comuni, così come gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali, devono osservare per i loro appalti (art. 2 cpv. 7, 5 e 9 LMI). Secondo l'articolo 8 LMI la COMCO sorveglia il rispetto della LMI da parte dei Cantoni, dei Comuni e degli enti preposti a compiti cantonali e comunali. Questo mandato si fonda sull'articolo 49 capoverso 2 Cost. Non c'è nulla di straordinario nel fatto che per eseguire tale mandato la COMCO possa interporre ricorso contro gli appalti che ostacolano il mercato interno secondo l'articolo 9 capoverso 2^{bis} LMI. Conformemente all'articolo 89 capoverso 2 lettera a LTF, infatti, tutti i dipartimenti federali hanno diritto di interporre ricorso in materia di diritto pubblico. Si tratta di uno strumento necessario ed efficace della vigilanza della Confederazione. Nell'ambito degli appalti pubblici il diritto di ricorso dell'autorità è particolarmente importante, poiché le imprese legittimate a interporre ricorso spesso non usufruiscono di tale possibilità per motivi economici o strategici. È quindi opportuno che un'autorità indipendente possa presentare ricorso nell'interesse pubblico di un mercato interno accessibile. Quando si avvale del proprio diritto di ricorso, la COMCO contribuisce a creare contemporaneamente una prassi uniforme per le questioni cantonali e comunali inerenti agli appalti pubblici, anche nell'interesse degli offerenti e dei contribuenti. Il diritto di ricorso dell'autorità secondo l'articolo 9 capoverso 2^{bis} LMI non comporta inoltre ritardi negli appalti, dal momento che la COMCO si limita ad accertare la violazione del diritto, ma non può chiedere l'annullamento della decisione di aggiudicazione (art. 9 cpv. 3 LMI). Non riteniamo dunque necessario abrogare il diritto di ricorso concesso alla COMCO. Riconosciamo tuttavia che il progetto CIAP corrisponde ampiamente alla LAPub riveduta e ai requisiti della LMI. Per tenere conto di questa circostanza deve essere applicata la nuova presunzione legale secondo la quale i requisiti della LMI sono soddisfatti se un appalto si fonda sul CIAP riveduto (cfr. il commento concernente la proposta modifica dell'art. 5 cpv. 1 LMI). La richiesta di stralciare senza sostituzione l'articolo 9 capoverso 2 LMI deve essere respinta per alcune considerazioni di principio. Il fatto che i Cantoni adempiano un mandato normativo previsto dal diritto federale non comporta in nessun caso una successiva revoca di tale mandato. Esso è invece opportuno in vista di possibili modifiche del diritto cantonale. Bisogna però riconoscere che il mandato di prevedere nella legislazione cantonale almeno un rimedio giuridico contro le restrizioni del libero accesso al mercato sarebbe eccessivo nel settore degli appalti pubblici. Il nostro Consiglio propone pertanto di precisare questa disposizione conformemente alla giurisprudenza del Tribunale federale (cfr. il commento alla proposta modifica dell'art. 9 cpv. 2 LMI).

Nell'ambito dell'AIR si constata che gli obiettivi perseguiti dalla revisione possono essere raggiunti con il presente progetto.

Le consultazioni a livello di Confederazione e Cantoni, svolte sulla base di progetti di revisione in gran parte identici, hanno consentito una valutazione comparabile dei pareri pervenuti. L'ampia accettazione dei due obiettivi sovraordinati dei lavori di revisione deve essere valutata in modo particolarmente positivo (cfr. n. 1.3). Il netto consenso nei confronti degli sforzi di armonizzazione è stato preso come spunto per perseguire ulteriormente questo obiettivo.

Al termine della consultazione l'avamprogetto è stato rielaborato dalla commissione paritetica di redazione del gruppo di lavoro AURORA. I miglioramenti proposti nella consultazione e le richieste di modifiche materiali e formali in merito a tematiche specifiche, come le negoziazioni (o le negoziazioni incentrate soltanto sui prezzi) e la protezione giuridica, hanno indotto la commissione paritetica di redazione a cercare compromessi praticabili. È stato inoltre possibile ponderare e integrare diverse richieste in sospeso dei servizi federali. Le modifiche materiali riguardano in particolare le negoziazioni (il progetto contiene ora un divieto di svolgere negoziazioni sul prezzo), la protezione giuridica (nel diritto federale, segnatamente per le prestazioni edili, viene ora proposto un valore litigioso minimo di 2 mio. fr. a partire dal quale è possibile chiedere un accertamento) e i valori soglia determinanti per la scelta della procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Se per questi ultimi è stato possibile raggiungere un avvicinamento tra Confederazione e Cantoni, attuando così una richiesta espressa da diversi partecipanti alla consultazione, persisteranno invece alcune differenze a livello federale e cantonale per quanto concerne le vie legali.

1.5 Compatibilità tra i compiti e le finanze

In Svizzera gli appalti pubblici rappresentano un settore rilevante dell'economia nazionale. Di conseguenza, i vantaggi dell'armonizzazione prevalgono rispetto a un lieve aumento dell'onere amministrativo per i committenti pubblici e ai costi supplementari che ne derivano. Questi ultimi sono prevedibili tra l'altro a seguito della moderata estensione della protezione giuridica e dell'attuazione degli interventi parlamentari.

D'altro canto la maggiore certezza del diritto, i nuovi strumenti di aggiudicazione e l'accresciuta concorrenza tra gli offerenti possono avere ripercussioni positive sul rapporto costi-benefici o sulla qualità degli appalti pubblici e quindi consentire agli enti pubblici di realizzare risparmi.

1.6 Diritto comparato e rapporto con il diritto europeo

Gli impegni della Svizzera in relazione al settore degli appalti pubblici risultano da una serie di accordi internazionali, primi fra tutti il GPA e l'Accordo Svizzera-UE. La preminenza del diritto internazionale impone di distinguere il cosiddetto ambito di applicazione dei trattati internazionali – ossia gli obblighi internazionali assunti dalla Svizzera in relazione al settore degli appalti pubblici – dall'ambito di applicazione del diritto interno in materia di appalti pubblici. Un'attuazione o un'interpretazione autonoma delle prescrizioni del diritto internazionale è possibile soltanto nella misura in cui il pertinente accordo lo consenta.

Il GPA sancisce principi e li concretizza in settori parziali. Le leggi nazionali degli Stati membri in materia di appalti pubblici si differenziano nei punti che il GPA ha volutamente lasciato aperti o che sono contenuti soltanto in una norma di principio. Dal raffronto con gli atti normativi di diversi Stati industrializzati sono scaturiti numerosi impulsi per il presente disegno di legge.

Il GPA 2012 e quindi il diritto svizzero in materia di appalti pubblici sono influenzati (anche) dalle direttive dell'UE. Infatti, già le direttive 2004/18/CE³⁵, 93/38/CEE³⁶ e 2004/17/CE³⁷ avevano avuto un impatto perlomeno indiretto sul diritto svizzero in materia di appalti pubblici³⁸. Nel dicembre del 2011 l'UE ha deciso di rivedere la sua legislazione sugli appalti pubblici. L'obiettivo della revisione era, da un canto, una regolamentazione semplificata e consona alla prassi. Si voleva inoltre creare condizioni ideali per gli appalti pubblici con il miglior rapporto qualità/prezzo e nel rispetto della trasparenza e dei principi della concorrenza, nonché attuare il GPA riveduto. Le direttive 2014/23/UE³⁹, 2014/24/UE⁴⁰ 2014/25/UE⁴¹ sono entrate in vigore il 17 aprile 2014 e hanno dovuto essere trasposte nel diritto nazionale dagli Stati membri entro il 18 aprile 2016 (ad eccezione dell'aggiudicazione elettronica delle commesse, che deve essere introdotta entro il mese di settembre del 2018).

La direttiva 2014/24/UE deve inoltre consentire ai servizi di aggiudicazione di sfruttare maggiormente l'aggiudicazione pubblica di commesse per sostenere obiettivi sociali comuni e di tenere conto dei criteri ecologici, sociali e occupazionali nella procedura pubblica di aggiudicazione. La presa in considerazione dei suddetti criteri è possibile anche secondo il presente disegno di legge (art. 2 lett. a, 12, 29 e 30 cpv. 4 D-LAPub).

1.7 Attuazione

Il disegno di legge stabilisce in modo conciso, ma sufficientemente chiaro, i diritti e gli obblighi degli offerenti nonché le procedure e la protezione giuridica. Disposizioni di esecuzione a livello di ordinanza sono necessarie solo in pochi settori specifici. Oltre alle spiegazioni su aspetti particolari della procedura di aggiudicazione, sulla statistica e sulla scelta del diritto applicabile secondo l'articolo 5 D-LAPub, l'ordinanza conterrà disposizioni concernenti l'esenzione dall'assoggettamento al

³⁵ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114.

³⁶ Direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, GU L 199 del 09.8.1993, pag. 84.

³⁷ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1.

³⁸ Cfr. in merito CA / Marco Fetz: Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen. Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen. Berna, 2004.

³⁹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GU L 94 del 28.3.2014, pag. 1.

⁴⁰ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE 2014, GU L 94 del 28.03.2014, pag. 65.

⁴¹ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, GU L 94 del 28.3.2014, pag. 243.

diritto in materia di appalti pubblici, misure contro la corruzione e norme sul concorso di progettazione e di prestazione globale, nonché sul mandato di studio.

1.8 Interventi parlamentari

Nell'ambito del presente disegno di legge proponiamo di togliere dal ruolo i seguenti interventi parlamentari, tuttora pendenti:

- | | |
|----------------|---|
| 2012 P 12.3910 | Legge sugli acquisti pubblici. Per combattere le distorsioni (N 14.12.12, Darbellay) |
| 2013 M 12.3739 | Bandi della Confederazione. Equità tra le regioni linguistiche (N 14.12.12, Hodgers; S 10.9.13) |
| 2014 P 14.3208 | Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici (S 17.6.14, Engler) |
| 2014 M 14.3045 | Trasparenza negli acquisti pubblici. Pubblicazione delle informazioni di base per tutti gli acquisti della Confederazione a partire da 50 000 franchi (N 20.6.14, Graf-Litscher; S 8.12.14) |
| 2015 M 12.3914 | Appalti pubblici nelle tre lingue ufficiali della Confederazione (N 16.9.14, de Buman; S 18.6.15) |
| 2015 M 14.3872 | Per un uso corretto delle lingue ufficiali nei bandi di gara delle imprese parastatali (N 12.12.14, Regazzi; S 18.6.15) |
| 2015 M 14.3886 | Per un'aggiudicazione rispettosa delle lingue anche per gli appalti pubblici di minore entità nell'interesse delle nostre PMI (N 12.12.14, Cassis; S 18.6.15) |

Le mozioni 12.3739, 12.3914, 14.3872, 14.3886 e il postulato 12.3910 devono essere attuati a livello di ordinanza secondo quanto riportato al numero 1.2.5, mentre la mozione 14.3045 secondo il commento all'articolo 49 capoverso 3 D-LAPub.

Per quanto concerne la mozione 14.3208 si rimanda ai commenti all'articolo 11 lettera d e all'articolo 45 capoverso 1.

1.9 **Raccomandazioni della Delegazione delle finanze e della Delegazione di vigilanza della NFTA**

In vista della revisione della LAPub e dell'OAPub, nel giugno del 2013 la Delegazione delle finanze delle Camere federali (DelFin) ha presentato al nostro Collegio tre raccomandazioni⁴². Esse riguardano il sanzionamento di offerenti inadempienti (attuato all'art. 44 cpv. 1 lett. h D-LAPub) e la pubblicazione elettronica degli appalti già a partire da un valore di 50 000 franchi. Quest'ultimo punto viene richiesto anche con la mozione 14.3045 e sarà disciplinato a livello di ordinanza. La terza

⁴² Rapporto della Delegazione delle finanze del 4 aprile 2014 alle Commissioni delle finanze del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati concernente l'alta vigilanza sulle finanze della Confederazione nel 2013 (n. 2.3.3), FF 2014 4791.

raccomandazione della DelFin riguarda l'inclusione e la concretizzazione del diritto d'esame degli atti e del diritto di correggere i prezzi in presenza di situazioni di monopolio da parte del Controllo federale delle finanze (CDF). Con l'articolo 59 D-LAPub viene creata la base giuridico-formale del diritto d'esame degli atti dell'autorità.

Inoltre, nel 2007, nel suo rapporto di indagine sull'aggiudicazione del lotto Erstfeld⁴³ la Delegazione di vigilanza della NFTA ha sottoposto tra l'altro cinque raccomandazioni al DFF. Una di esse l'abbiamo attuata nel 2010 presentando al Parlamento un messaggio sulle misure volte ad accelerare la procedura di acquisto (cfr. n. 1.1.4). Quattro raccomandazioni concernenti il diritto federale in materia di appalti pubblici sono ancora pendenti e riguardano l'apertura pubblica delle offerte (raccomandazione n. 8, cfr. art. 36 lett. g D-LAPub), il divieto di svolgere negoziazioni incentrate soltanto sul prezzo (raccomandazione n. 9, cfr. art. 11 lett. d D-LAPub), l'offerta economicamente più vantaggiosa (raccomandazione n. 10, cfr. art. 41 cpv. 1 D-LAPub) e la semplificazione delle condizioni d'interruzione della procedura di aggiudicazione (raccomandazione n. 12, cfr. art. 43 D-LAPub).

Queste raccomandazioni sono trattate nell'ambito del commento ai singoli articoli.

2 **Commento ai singoli articoli**

Capitolo 1 Oggetto, scopo e definizioni

Art. 1 Oggetto

La legge si applica:

- all'aggiudicazione di commesse pubbliche, definite negli articoli 8 e 9;
- all'aggiudicazione da parte di committenti ad essa sottoposti, enumerati all'articolo 4,
- all'aggiudicazione di commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e di commesse pubbliche che non rientrano in tale ambito; la relativa definizione è contenuta nell'articolo 3 lettera c (cfr. anche l'all. 5 della legge sulle singole commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali).

Il disegno di legge mira ad avere una validità più ampia della legge in vigore, che si limita all'attuazione degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera (il cosiddetto ambito di applicazione dei trattati internazionali). L'importanza di questa estensione non deve tuttavia essere sopravvalutata, poiché le aggiudicazioni di commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali erano già assoggettate al diritto in materia di appalti pubblici con il capitolo 3 dell'OAPub,

⁴³ Rapporto del 19 marzo 2007 della Delegazione di vigilanza della NFTA delle Camere federali in merito alle indagini del suo gruppo di lavoro sulle critiche formulate in relazione all'aggiudicazione del lotto 151 (Erstfeld) da parte dell'AlpTransit San Gottardo SA, FF **2007** 3313.

ma secondo norme leggermente modificate. Questo dualismo non ha motivo di esistere. Né per il conseguimento degli obiettivi di legge né per i diritti e i doveri degli offerenti può essere rilevante se una commessa pubblica sia messa pubblicamente a concorso in virtù degli impegni internazionali o sulla base dei principi dell'ordinamento economico sanciti dalla Costituzione (parità di trattamento e neutralità concorrenziale) o secondo la legislazione sulle finanze della Confederazione.

Art. 2 Scopo

La legge persegue:

- la sostenibilità dell'appalto, ossia l'impiego responsabile dei fondi pubblici sotto il profilo economico, ecologico e sociale (lett. a);
- la trasparenza della procedura (lett. b);
- la parità di trattamento e la non discriminazione degli offerenti, nell'osservanza del principio costituzionale che sancisce la parità di trattamento tra i partecipanti a un concorso (lett. c);
- il promovimento di una concorrenza efficace tra gli offerenti, in particolare mediante misure contro gli accordi illeciti in materia di concorrenza e la corruzione (lett. d).

La norma di scopo serve a interpretare le disposizioni successive. L'ordine di elencazione dell'articolo 2 non significa che il primo principio enunciato abbia la priorità su quelli seguenti. Tutti i principi meritano la medesima considerazione. I conflitti tra obiettivi sono inevitabili. Ad esempio la piena trasparenza può favorire pratiche concordate tra gli offerenti. Oppure la parità di trattamento degli offerenti può ostacolare un acquisto economico. Questi conflitti vanno risolti ponderando tutti gli interessi. Gli obiettivi della legge sono realizzati da altre disposizioni del disegno di legge (ad es. quelle sui requisiti relativi al bando, sull'osservanza delle condizioni di lavoro e delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, sulla pubblicazione del bando e della relativa documentazione, sulle sanzioni di un comportamento che ostacola la concorrenza o sulla protezione giuridica).

Lett. a: l'avamprogetto posto in consultazione sanciva l'impiego economico dei fondi pubblici, tenendo conto dello sviluppo sostenibile. Conformemente a una richiesta espressa dalla maggioranza dei partecipanti alla consultazione (con due eccezioni) nonché all'attuale prassi in materia di aggiudicazioni e agli sviluppi internazionali, il principio della sostenibilità sarà sancito in modo ancora più incisivo a livello di legge. Inoltre l'impiego sostenibile dei fondi pubblici è conforme all'articolo 2 capoverso 2 Cost. e alle direttive del Parlamento.

L'economicità non è sinonimo di prezzo più basso. Bisogna considerare anche la qualità delle prestazioni e altri parametri, la cui scelta è rimessa all'apprezzamento del committente. L'obiettivo dell'impiego economico dei fondi pubblici non conferisce all'offerente il diritto di costringere il committente a procurarsi il prodotto che

l'offerente ritiene più adeguato⁴⁴. Per contro, il prezzo deve essere sempre considerato nella valutazione quale criterio di aggiudicazione.

Il GPA 2012 menziona esplicitamente all'articolo X paragrafo 6 (e in stretta relazione con il principio della non discriminazione di cui all'art. X par. 1) il conseguimento di obiettivi di politica ambientale e di conservazione delle risorse naturali. La dimensione sociale della sostenibilità non è esplicitamente menzionata nel GPA 2012, poiché nel corso della revisione gli Stati membri non sono riusciti ad accordarsi sul campo d'applicazione di tale dimensione. Tenuto conto di ciò gli Stati membri del GPA hanno concordato, conformemente al mandato dell'articolo XXII paragrafo 8 GPA 2012, l'avvio di un programma di lavoro sugli aspetti del concetto di sostenibilità rilevanti ai fini degli appalti pubblici. Nell'ambito di questo programma di lavoro gli Stati membri del GPA verificano, nell'ottica degli obblighi di non discriminazione di cui all'articolo IV GPA 2012, come l'appalto sostenibile possa essere realizzato conformemente al principio del «migliore rapporto costi-benefici» e degli impegni commerciali internazionali delle Parti. Finché non sarà raggiunto un consenso a livello internazionale, gli Stati membri del GPA continueranno ad avere un certo margine di manovra nell'impostazione delle leggi nazionali.

La sostenibilità ai sensi del disegno di legge va intesa in senso ampio. Questo concetto è delineato nella Strategia del Consiglio federale per uno sviluppo sostenibile 2016–2019⁴⁵. Secondo tale strategia la Confederazione stessa dà il buon esempio nel settore degli appalti pubblici, richiedendo prodotti e realizzando opere edili sostenibili da un punto di vista economico, ambientale e della salute, improntati al rispetto dei principi della responsabilità sociale. Si può inoltre tenere adeguatamente conto degli effetti positivi sulla piazza economica e formativa svizzera. Aggiudicando le commesse alle imprese che contribuiscono a rafforzare quest'ultima e che promuovono le innovazioni economiche, i fondi pubblici sono impiegati in modo sostenibile dal punto di vista sociale. Oggi i criteri della protezione dell'ambiente e della conservazione delle risorse naturali sono già considerati nei bandi di concorso degli enti pubblici. La «sostenibilità sociale» è rispettata tra l'altro aggiudicando commesse in Svizzera solo a offerenti che osservano le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, le condizioni di lavoro nonché la parità salariale tra donna e uomo. Per le prestazioni fornite all'estero devono essere osservate almeno le otto convenzioni fondamentali dell'OIL.

L'applicazione di criteri ambientali e sociali esige sempre un nesso oggettivo con il rispettivo oggetto dell'appalto. Questi criteri si riferiscono al prodotto o al suo effetto auspicato in occasione dell'utilizzo. Anche i metodi di produzione possono essere prescritti, a condizione che presentino un nesso con l'oggetto dell'appalto. Il metodo di produzione non deve essere necessariamente visibile nel prodotto finale, ma deve modificare almeno il valore e le caratteristiche del prodotto (ad es. legno proveniente da una gestione naturalistica del patrimonio forestale, prodotti di animali da alleva-

⁴⁴ Cfr. decisione incidentale del TAF B-822/2010 del 10 marzo 2010, consid. 4.2.

⁴⁵ Strategia per uno sviluppo sostenibile 2016–2019, pag. 50, consultabile all'indirizzo: www.are.admin.ch > Sviluppo sostenibile > Strategia per uno sviluppo sostenibile 2016–2019; cfr. anche il n.7 e l'allegato 3 del messaggio del 27 gennaio 2016 sul programma di legislatura 2015–2019, FF 2016 909.

mento rispettoso delle esigenze della specie). Tuttavia il fatto di considerare obiettivi non economici ai fini dell'appalto comporta sempre il rischio che pratiche protezionistiche dissimulate da obiettivi legittimi entrino a far parte della prassi delle aggiudicazioni. Di conseguenza, criteri ecologici come l'osservanza degli standard ambientali nazionali o la distanza da percorrere sono «adatti» a privilegiare ad hoc gli offerenti nazionali. Nonostante l'indicazione degli obiettivi ecologici, il GPA 2012 non tollera tali pratiche. Pertanto, per le specifiche tecniche o i criteri di aggiudicazione chiamati a rispondere ai principi dell'ecologia occorre sempre chiedersi se essi presentino un nesso oggettivo con l'oggetto della prestazione. Qualora lo scopo o l'effetto sia di discriminare gli offerenti esteri o esterni, sarebbe inutile appellarsi alla sostenibilità di un requisito. Questo aspetto deve essere verificato accuratamente in particolare per le disposizioni concernenti i processi produttivi, che non hanno ripercussioni sul prodotto da acquistare.

Let. b: la trasparenza garantisce l'imparzialità e l'accesso ai mercati. Il disegno di legge contiene dunque numerose disposizioni in materia di trasparenza, che riguardano prima di tutto l'informazione attiva, ossia l'attività di informazione che l'autorità svolge spontaneamente o d'ufficio (ad es. art. 14 cpv. 2, 24 cpv. 1, 27 segg. e 35 seg.). Il principio di trasparenza impone tra l'altro che il committente precisi e renda nota anticipatamente la ponderazione dei criteri di aggiudicazione⁴⁶. Alla trasparenza si rinuncia soltanto qualora essa ostacoli lo svolgimento dei compiti del committente oppure comprometta i legittimi interessi dell'offerente (art. 49 cpv. 3, art. 59).

Let. c: i principi della parità di trattamento e della non discriminazione determinano, da un lato, che non si possano imporre a un offerente svantaggi che non si applicano agli altri offerenti e, d'altro lato, che non gli possano essere accordati vantaggi negati agli altri offerenti. Ad esempio nel quadro dell'esame dell'idoneità non è ammesso valutare un offerente in funzione di parametri più severi rispetto ai suoi concorrenti. Non è altresì ammesso che i criteri di idoneità o le specifiche tecniche siano stabiliti, aboliti o attenuati a favore di un singolo offerente.

Let. d: così come avviene su altri mercati, anche su quelli degli appalti pubblici la concorrenza può essere compromessa da accordi o altri comportamenti che la ostacolano. Si tratta in particolare di prevedere misure contro gli accordi illeciti in materia di concorrenza e la corruzione. Quest'ultima è attualmente un elemento importante di distorsione e ostacolo alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Il GPA 2012 prevede dunque nel preambolo e nell'articolo IV paragrafo 4 una base legale internazionale più incisiva per la lotta contro la corruzione. La lettera d non modifica le pertinenti leggi speciali, che vengono piuttosto completate con una norma specifica sullo scopo del diritto in materia di appalti pubblici.

La concorrenza efficace può essere compromessa anche qualora un committente pubblico abusi di una posizione dominante sul mercato. È ipotizzabile che tale committente abbia un certo potere in caso di cooperazioni tra imprese o sui mercati sui quali al committente di diritto pubblico di una prestazione si contrappongano solo pochi committenti privati. Tuttavia, in considerazione della natura internazionale di

⁴⁶ Cfr. CRM 2003–032 del 15 giugno 2004, consid. 3a; DTF 125 II 101; decisione della CRM del 1° settembre 2000, pubblicata in GAAC 65.11, consid. 2a.

molti mercati dei prodotti (si pensi ad es. all'appalto di materiale rotabile da parte delle imprese ferroviarie), non bisogna supporre in maniera superficiale che il committente abbia una posizione dominante.

Art. 3 Definizioni

Le definizioni legali sono destinate a semplificare il diritto in materia di appalti pubblici e a uniformarne l'applicazione. In linea con le disposizioni del GPA 2012 relative alle definizioni, il disegno persegue un uso uniforme di queste espressioni centrali del diritto in materia di appalti pubblici.

Le definizioni del disegno di legge sono facilmente comprensibili e sono state riprese invariate dal GPA 2012 e dai suoi allegati. Un'espressione utilizzata una sola volta nel disegno è definita in quel preciso punto. Riguardo a questo articolo sono opportune due osservazioni.

Let. b: le imprese pubbliche sono soggetti giuridici organizzati ai sensi del diritto privato o di leggi speciali sui quali l'ente pubblico esercita direttamente o indirettamente un influsso dominante, ad esempio con una maggioranza del capitale o dei voti (cfr. la definizione legale nella nota 2 dell'all. 3 all'appendice I [Svizzera] del GPA 2012). Tra queste si annoverano la Posta svizzera SA, le Ferrovie federali svizzere SA (FFS) e la Alp Transit San Gottardo SA⁴⁷.

Let. c: l'espressione «ambito di applicazione dei trattati internazionali» viene utilizzata sistematicamente nei Cantoni e si è consolidata nella prassi. Viene ripresa anche nel D-LAPub poiché la legge disciplina ora sia gli appalti conformi agli impegni internazionali assunti dalla Svizzera sia quelli sottoposti esclusivamente al diritto interno. A questi ultimi si applicano poche regole speciali (cfr. all. 5 D-LAPub).

Tra i trattati internazionali figurano il GPA, l'Accordo Svizzera-UE, la Convenzione dell'AELS e gli accordi bilaterali di libero scambio conclusi tra la Svizzera e diversi Stati (cfr. n. 1.1.3).

La nozione di commessa pubblica, fondamentale per l'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici (cfr. in proposito art. II GPA 2012), non è definita all'articolo 3, bensì agli articoli 8 e 9 del disegno. Per maggiore chiarezza occorre precisare che le nozioni di commessa e committente utilizzate in questa sede non corrispondono a quelle dell'articolo 394 e seguenti del Codice delle obbligazioni (CO)⁴⁸. In particolare tra i tipi di contratto possibili non vi sono soltanto i mandati ai sensi del CO, ma anche i contratti di vendita, i contratti di appalto, i contratti innominati ecc.

Capitolo 2 Campo d'applicazione

Sezione 1 Campo d'applicazione soggettivo

Il campo d'applicazione soggettivo della legge è determinato dagli impegni assunti con gli accordi internazionali. In altre parole il campo d'applicazione soggettivo non

⁴⁷ Cfr. sentenza del TAF B-4902/2013 del 14 marzo 2014, consid. 1.1.

⁴⁸ RS 220

viene esteso autonomamente rispetto agli accordi determinanti in materia di appalti pubblici stipulati dalla Svizzera, tra cui figurano in primo piano gli allegati 1–7 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012, i capitoli e gli allegati relativi agli appalti pubblici degli accordi di libero scambio con Stati terzi, nonché gli articoli 2 e 3 dell'Accordo Svizzera–UE. Gli accordi distinguono tra assoggettamento di unità amministrative centrali e subnazionali, da un lato, e committenti operanti sui mercati settoriali dall'altro.

L'Accordo Svizzera–UE ha esteso il campo d'applicazione soggettivo del GPA 1994 in due direzioni: da un lato, ha determinato l'assoggettamento delle unità amministrative a livello di distretti e di Comuni e, dall'altro, ha esteso l'accesso al mercato degli offerenti, consentendo a questi ultimi di ottenere commesse da committenti che operano nei settori del traffico ferroviario, dell'erogazione del gas e del riscaldamento a distanza e del promovimento di combustibili fossili, come pure da imprese private operanti sui mercati settoriali. Il rapporto tra l'assoggettamento dei mercati settoriali secondo il GPA e quello secondo l'Accordo Svizzera–UE è complesso e non è trasparente in tutti i suoi punti. Se su un mercato settoriale esiste una concorrenza efficace, per tutti gli appalti su questo mercato il disegno di legge prevede ora un'esenzione dall'assoggettamento (art. 7 D-LAPub).

Art. 4 Committenti

L'assoggettamento soggettivo è determinato in base all'enumerazione esaustiva di cui al presente articolo. Il GPA 2012 disciplina in maniera differenziata l'assoggettamento della Confederazione e dei Cantoni. Mentre i committenti della Confederazione sono riportati in un elenco, le autorità di aggiudicazione cantonali come pure le autorità a livello di distretti e di Comuni sono oggetto di un assoggettamento generale e astratto (all. 1 e 2 all'appendice I del GPA 2012).

Cpv. 1

Ai fini dell'assoggettamento delle unità amministrative centrali e decentralizzate dell'Amministrazione federale è determinante l'elenco indicativo dell'allegato 1 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012, basato sugli allegati 1 e 2 dell'ordinanza del 25 novembre 1998⁴⁹ sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (OLOGA). L'enumerazione delle unità amministrative assoggettate al GPA 1994 era esaustiva⁵⁰, mentre l'elenco indicativo del GPA 2012 può essere adeguato e integrato. Sono ad esempio assoggettati l'Istituto Federale della Proprietà Intellettuale (IPI), l'Istituto svizzero per gli agenti terapeutici (Swissmedic), la Cassa pensioni della Confederazione (PUBBLICA), l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA), ma anche i politecnici federali di Losanna (PFL) e di Zurigo (PFZ), l'Istituto Paul Scherrer (PSI), Svizzera Turismo (ST), l'Assicurazione svizzera contro i rischi delle esportazioni (SERV), lo Swiss Investment Fund for Emerging Markets (SIFEM SA) e l'Agenzia svizzera per la promozione dell'innovazione

⁴⁹ RS 172.010.1

⁵⁰ Cfr. decisione incidentale del TAF B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 3.

(Innosuisse). Secondo il disegno⁵¹, dovrebbero essere assoggettati al GPA 2012 anche i Fondi di compensazione AVS/AI/IPG (Compenswiss), ma non il Fondo di garanzia LPP. Quest'ultimo è una fondazione di diritto pubblico costituita nel 1984 mediante ordinanza, della quale fanno parte sotto il profilo organizzativo numerosi soggetti di diritto privato.

I rinvii al diritto interno, ossia i rinvii da un atto legislativo interno a un altro – come nella fattispecie alla legge del 21 marzo 1997⁵² sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA) – sono sempre dinamici. Dato che ai fini dell'assoggettamento fa stato di volta in volta la versione dell'OLOGA in vigore al momento del bando (lett. a), sono assoggettate anche le autorità e le unità amministrative create fino a o dopo l'entrata in vigore della LAPub riveduta e che non erano ancora elencate negli allegati dell'OLOGA. Con «momento del bando» si intende il momento in cui il bando viene pubblicato; in caso di procedura per incarico diretto è il momento dell'aggiudicazione e nella procedura mediante invito il momento dell'invito. Naturalmente le disposizioni del diritto in materia di appalti pubblici devono essere osservate anche nei rispettivi lavori preliminari.

Fatte salve le norme di leggi speciali, la legge si applica alle unità amministrative centrali e decentralizzate nonché a tutte le autorità che emanano o applicano il diritto (lett. b–d), compresi i tribunali militari. I Servizi del Parlamento sono un caso speciale, in quanto non sono autorità esecutive né legislative, ma eseguono acquisti per le seconde.

Nel progetto posto in consultazione era stato proposto di assoggettare alla LAPub i beneficiari di aiuti finanziari della Confederazione che acquistano prestazioni finanziate con fondi pubblici per oltre il 50 per cento dei costi complessivi (art. 4 cpv. 1 lett. e AP-LAPub). La proposta ha tuttavia ottenuto scarso consenso ed è stata dunque accantonata. Continuerà ad applicarsi la regolamentazione della LMI.

Cpv. 2

Se un'autorità è sottoposta alla legge già ai sensi del capoverso 1, le restrizioni del capoverso 3 non si applicano (limitazione all'attività nel settore prioritario). Ai fini della distinzione dall'ambito di applicazione dei trattati internazionali valgono in tal caso i valori soglia (nella maggior parte dei casi inferiori) previsti per i committenti di cui all'articolo 4 capoverso 1 D-LAPub (cfr. all. 4).

L'assoggettamento dei mercati settoriali è disciplinato in modo uniforme per la Confederazione e i Cantoni a livello sia di GPA sia di Accordo Svizzera-UE. I trasporti pubblici aerei e fluviali non sono *di per sé* assoggettati, mentre la legge si applica ai cosiddetti terminali di trasporto (lett. c e d). Si tratta nella fattispecie di porti, aeroporti, piattaforme, terminali e impianti analoghi che costituiscono l'interfaccia all'estremità del collegamento di trasporto.

⁵¹ Messaggio del 18 dicembre 2015 concernente la legge sui fondi di compensazione, FF 2016 255 e FF 2016 297

⁵² RS 172.010

Let. e: i servizi postali occupano una posizione particolare. Erano già sottoposti in virtù del GPA 1994; l'Accordo Svizzera-UE non si applica alle imprese che forniscono servizi postali. Nel GPA 1994 i servizi postali sono elencati nell'allegato 1. Di conseguenza i servizi postali e automobilistici della Posta (allora ancora azienda delle PTT) sono stati assoggettati al diritto in materia di appalti pubblici sempre che non esercitino attività in concorrenza con terzi. Nella prassi questa regolamentazione pone talvolta difficili questioni di delimitazione, in particolare riguardo agli appalti per l'intero gruppo. La liberalizzazione crescente del mercato postale (ad es. della posta-pacchi) solleva regolarmente questioni sulla situazione di concorrenza. Nel GPA 2012 le imprese che forniscono servizi postali sono elencate limitatamente alle attività che esercitano in virtù di un diritto esclusivo (servizio riservato) nell'allegato 3 (assoggettamento dei mercati settoriali). Pertanto il presente disegno colloca il loro assoggettamento nell'ambito dei committenti operanti sui mercati settoriali.

Le imprese che offrono servizi postali saranno quindi sottoposte alla legge soltanto e nella misura in cui offriranno un servizio riservato di cui all'articolo 18 della legge del 17 dicembre 2010⁵³ sulle poste (LPO) e aggiudicheranno per questa attività commesse di fornitura, di prestazioni di servizio e commesse edili. In questo senso la Posta sarà tenuta anche in futuro a pubblicare un bando per gli appalti relativi al settore di monopolio (trasporto di lettere fino a 50 g). Si cita a titolo di esempio l'acquisto di macchine per lo smistamento di lettere leggere e di contenitori per il trasporto di queste lettere. La Posta non è tuttavia un committente ai sensi dell'articolo 4 capoverso 2 lettera e D-LAPub se ad esempio intende acquistare prestazioni per la posta-pacchi oppure prodotti o prestazioni di servizio IT per il gruppo che non sono immediatamente destinati alla fornitura del servizio riservato. Se una commessa pubblica è destinata direttamente alla fornitura di servizi postali, sia di quelli concernenti il servizio riservato sia di quelli non concernenti tale servizio, occorre stabilire a quali di questi servizi postali è destinato prevalentemente l'acquisto. Analogamente alla procedura seguita nell'acquisto di prestazioni miste, anche in questo caso occorre definire l'elemento essenziale cui è destinato l'acquisto. Se l'acquisto previsto non è destinato prevalentemente al servizio riservato, il diritto in materia di appalti pubblici non è applicabile all'intero acquisto. Non si verifica dunque una «contaminazione», nel senso che un vantaggio minimo relativo all'acquisto destinato al servizio riservato non è sufficiente per assoggettare lo stesso al diritto in materia di appalti pubblici. Viceversa, in linea di principio un acquisto deve essere messo a pubblico concorso se serve prevalentemente alla messa a disposizione di servizi postali nel settore del servizio riservato secondo la LPO.

La *lettera f* riguarda i trasporti ferroviari, ossia la costruzione e l'esercizio di ferrovie: in questo settore saranno assoggettate alla legge in particolare le FFS e le imprese di cui le FFS detengono la maggioranza del capitale o dei voti (eccettuate le partecipazioni finanziarie e le partecipazioni in società che non operano direttamente nel settore dei trasporti). Un esempio di società affiliata assoggettata alla legge è la Alp Transit San Gottardo SA. Sottostanno alla legge anche altri operatori ferroviari sotto l'influenza predominante della Confederazione (ad es. la BLS AG o la Mattherhorn Gotthard Infrastruktur AG). Per contro, le imprese ferroviarie come la BLS

⁵³ RS 783.0

SA o la Ferrovia retica sottostanno al diritto cantonale nella misura in cui non si sono avvalse, per la loro importanza regionale, della possibilità di scegliere il diritto applicabile secondo l'articolo 5 capoverso 3. L'elemento fattuale determinante sarà comunque la costruzione e l'esercizio della rete ferroviaria. La lettera f comprende quindi i compiti della costruzione della rete e del suo esercizio, nonché il traffico ferroviario su queste reti. Questi due ambiti sono gestiti dalle imprese ferroviarie separatamente a livello organizzativo o finanziario (conto settoriale). Le attività delle imprese sottoposte, non direttamente correlate dal punto di vista funzionale, sono quindi escluse dal campo di applicazione della legge.

Occorrerà verificare di volta in volta se l'appalto è correlato dal punto di vista funzionale alla costruzione e all'esercizio delle ferrovie. Tale correlazione sussiste segnatamente in caso di costruzione e di esercizio dell'infrastruttura ferroviaria (inclusi i lavori forestali lungo le linee ferroviarie), di acquisto e manutenzione di rotaie, di infrastrutture ferroviarie e di materiale rotabile come pure di esercizio delle stazioni in senso stretto (atrio della stazione, sala d'aspetto, biglietteria, distributori automatici di biglietti ecc.). Non vi è invece alcuna correlazione nel caso, ad esempio, di utilizzazione commerciale da parte di terzi di parti della stazione ferroviaria oppure in caso di acquisto di beni e prestazioni di servizio per l'agenzia di viaggi RailAway delle FFS. Tali attività sono esercitate di regola in concorrenza con offerenti terzi (cfr. anche art. 2 cpv. 3 OAPub) e non sottostanno pertanto alla legge. Gli appalti in questi settori non devono essere messi a pubblico concorso.

L'assoggettamento dei trasporti urbani su rotaia ai sensi del GPA 2012 e i valori soglia corrispondenti sono disciplinati nel CIAP riveduto.

Cpv. 3

I committenti operanti sui mercati settoriali non sono assoggettati integralmente, bensì di volta in volta solo per le attività svolte nel loro settore di attività principale. Tuttavia, se i committenti sottostanno alla legge conformemente al capoverso 1 e svolgono anche attività settoriali, la limitazione di cui al capoverso 3 non è applicabile. Questi committenti sono assoggettati alla legge integralmente, ossia per tutte le loro commesse pubbliche.

Cpv. 4

L'ultimo capoverso della disposizione corrisponde all'articolo 2d OAPub e ha un fine di chiarificazione. Le prescrizioni del diritto in materia di appalti pubblici si applicano anche a terzi (ossia ai servizi di aggiudicazione che non corrispondono al committente assoggettato), che acquistano prestazioni per conto del committente e fungono da rappresentanti diretti o indiretti. Ciò vale a prescindere dal fatto che questi terzi siano o non siano direttamente assoggettati alla legge. La legge non può essere elusa né attraverso l'impiego di un servizio (centrale) di aggiudicazione né con lo scorporo di questi lavori a terzi.

Art. 5 Diritto applicabile

Cpv. 1

La legislazione attuale – l'articolo 2c OAPub e, a livello cantonale, l'articolo 8 capoversi 3 e 4 CIAP – contiene già regole che dirimono il conflitto di leggi nel caso di appalti comuni di committenti di livelli identici o diversi. Questi due capoversi completano tali regole e le ricollocano. Di norma si applica il diritto del luogo in cui ha sede il committente principale. L'entità del finanziamento decide chi sia il committente principale. Nel caso di un appalto comune nel quale sono coinvolti committenti della Confederazione e dei Cantoni, si applica il diritto federale in materia di appalti pubblici, se, congiuntamente, i committenti sottoposti alla legislazione federale in materia sopportano dal punto di vista finanziario la parte principale (la maggioranza) del costo di acquisto, cioè i servizi federali insieme pagano una somma superiore a quella dei servizi cantonali coinvolti. Si applica ad esempio il diritto cantonale nel caso di un appalto comune della Confederazione e dei Cantoni finanziato in maggioranza con risorse cantonali.

Cpv. 2 e 3

La scelta del diritto applicabile prevista dai capoversi 2 e 3 per i committenti partecipanti è finalizzata a un'utilizzazione ottimale delle risorse. Le imprese autorizzate a scegliere il diritto applicabile ai sensi del capoverso 3 sono ad esempio Flughafen Zürich AG, BLS SA o Kernkraftwerk Leibstadt AG. Al fine di garantire la certezza giuridica, la scelta del diritto applicabile deve essere fatta non caso per caso bensì per un certo periodo di tempo. La scelta del diritto applicabile non determina in alcun caso l'esenzione del committente o dei suoi appalti dall'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici. L'ordinanza disciplina i dettagli, ad esempio la comunicazione del diritto applicabile.

Diversi atti normativi settoriali della Confederazione contengono disposizioni specifiche sul diritto in materia di appalti pubblici applicabile, ad esempio l'articolo 8 della legge federale del 20 marzo 2009⁵⁴ sullo sviluppo futuro dell'infrastruttura ferroviaria (LSIF), l'articolo 38 e seguente dell'ordinanza del 7 novembre 2007⁵⁵ sulle strade nazionali (OSN), l'articolo 15 capoverso 2 dell'ordinanza del 7 dicembre 1998⁵⁶ sui miglioramenti strutturali (OMSt), l'articolo 3a della legge del 23 marzo 2007⁵⁷ sull'approvvigionamento elettrico (LAEl) per l'aggiudicazione di concessioni in relazione alla rete di trasporto e di distribuzione, gli articoli 60 capoverso 3^{bis} e 62 capoverso 2^{bis} della legge del 22 dicembre 1916⁵⁸ sulle forze idriche (LUF) o l'articolo 15b nel disegno di legge concernente la modifica della legge del 5 ottobre 1990⁵⁹ sui sussidi (LSu) (cfr. all. 7 D-LAPub) per la delega di compiti pubblici in regime di concorrenza. Queste norme di diritto speciale che dirimono il conflitto di leggi prevalgono sulle disposizioni generali dell'articolo 5 D-LAPub.

La questione del diritto applicabile si pone anche per i bandi concernenti la ricerca e la scelta di investitori privati, ad esempio in caso di «Public Private Partnership»

⁵⁴ RS 742.140.2

⁵⁵ RS 725.111

⁵⁶ RS 913.1

⁵⁷ RS 734.7

⁵⁸ RS 721.80

⁵⁹ RS 616.1

(PPP). L'abbreviazione «PPP» designa la collaborazione tra enti pubblici e offerenti privati con l'obiettivo di svolgere compiti pubblici⁶⁰. L'applicabilità della legislazione sugli appalti pubblici ai progetti PPP va valutata caso per caso sulla base delle prestazioni caratteristiche⁶¹. Dato che i progetti PPP possono assumere forme molteplici e che il margine di manovra disponibile non deve essere limitato inutilmente, si rinuncia al loro disciplinamento nella legge.

Art. 6 Offerenti

Cpv. 1

Nel quadro degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera nel GPA 2012, nell'Accordo Svizzera-UE e negli accordi con Stati terzi rilevanti ai fini degli appalti, agli offerenti esteri viene concesso un accesso al mercato libero da discriminazioni. Questa apertura del mercato si applica di volta in volta in funzione degli impegni assunti reciprocamente. Il principio della nazione più favorita vale anche (soltanto, ma comunque) entro questo limite. In altre parole, ricorrendo alla clausola della nazione più favorita non è possibile ottenere ulteriori concessioni dai partner commerciali.

Cpv. 2

La riserva della reciprocità del capoverso 2 corrisponde alla norma attuale dell'articolo 4 LAPub. Anche qui l'accesso al mercato si applica soltanto se gli offerenti della Svizzera sono effettivamente ammessi a presentare un'offerta. I committenti sono tuttavia autorizzati ad ammettere all'offerta altri offerenti anche se lo Stato in cui si trova la loro sede non concede la reciprocità. Contro queste decisioni dei committenti non è prevista alcuna protezione giuridica. Gli offerenti esteri ammessi a presentare un'offerta per una commessa pubblica che non rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali beneficiano della protezione giuridica soltanto se lo Stato in cui hanno sede accorda la reciprocità (art. 52 cpv. 2 D-LAPub).

Cpv. 3

Reciprocità significa un accesso paragonabile ed effettivo ai mercati esteri degli appalti pubblici da parte degli offerenti svizzeri. Ai fini di una migliore informazione, il Consiglio federale è incaricato di tenere un elenco indicativo degli Stati che accordano la reciprocità in base agli accordi internazionali negoziati sugli appalti pubblici. L'elenco è aggiornato regolarmente e può essere consultato dai committenti su richiesta. L'ordinanza disciplina i dettagli; è previsto che in essa la Segreteria di Stato dell'economia (SECO) sia incaricata di tenere l'elenco.

⁶⁰ Cfr. Associazione PPP Svizzera, Allgemeine Fragen zum PPP-Modell. Consultabile all'indirizzo: www.ppp-schweiz.ch > faq > Was ist PPP.

⁶¹ Cfr. Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Steiner Marc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^a ediz., Zurigo, 2013. N. marg. 270 segg.

*Art. 7 Esenzione dall'assoggettamento**Cpv. 1*

L'assoggettamento dei committenti operanti sui mercati settoriali parte dal presupposto che non vi sia concorrenza nel settore di attività interessato. Mentre il GPA 2012 utilizza l'espressione «libera concorrenza» e l'Accordo Svizzera-UE esclude l'assoggettamento sempre che altre imprese siano libere di offrire le medesime attività «nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente identiche», il disegno si fonda sul concetto di «concorrenza efficace» in linea con la terminologia della legislazione sui cartelli. Se le attività dei committenti operanti sui mercati settoriali sono esposte a una concorrenza efficace, il Consiglio federale può esentare integralmente o parzialmente gli appalti su questo mercato dall'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici (cosiddetta «procedura di esenzione»). La procedura di esenzione in caso di concorrenza efficace tra committenti esiste già nel diritto in vigore (art. 2b OAPub e ordinanza del DATEC sull'esenzione dall'assoggettamento al diritto sugli acquisti pubblici). Finora era a disposizione soltanto dei committenti sottoposti al campo d'applicazione dell'Accordo Svizzera-UE secondo l'articolo 2a OAPub e l'articolo 4 capoverso 2 lettera c^{bis} CIAP. Con riferimento alla nota 2 relativa all'allegato 3 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012 la procedura di esenzione dovrà d'ora in poi essere estesa a tutti i mercati settoriali, sempre che su questi mercati vi sia una concorrenza efficace. L'OiAp ha diritto di proposta e di consultazione. I mercati settoriali e i committenti che vi operano già esentati dall'assoggettamento in virtù del diritto in vigore rimangono tali senza che si renda necessaria una nuova procedura di esenzione.

I requisiti per l'esenzione devono essere stabiliti in maniera identica per gli enti pubblici e le imprese pubbliche operanti sui mercati settoriali ai sensi dell'allegato 3 dell'appendice I del GPA 2012, da una parte, e per i committenti ai sensi dell'articolo 3 dell'Accordo Svizzera-UE, dall'altra. Tale esenzione è stabilita mediante un'ordinanza del Consiglio federale e si applica pertanto a tutti gli offerenti del mercato settoriale esentato.

Per quanto riguarda gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, l'esenzione dall'assoggettamento ha effetto soltanto alla fine della procedura secondo l'articolo XIX GPA 2012. Questa procedura prevede una notifica delle Parti e successivamente una procedura di obiezione e di consultazione. Se le divergenze non possono essere eliminate di comune intesa, ogni Parte del GPA può avviare una procedura arbitrale speciale.

Cpv. 2

La presenza o meno di concorrenza deve essere stabilita in base ai criteri indicativi che il Comitato degli appalti pubblici dovrà definire in applicazione dell'articolo XIX paragrafo 8 lettera b GPA 2012. La COMCO e il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC) svolgono un ruolo importante nella valutazione degli aspetti rilevanti ai fini della concorrenza. In questo senso, l'esenzione nel 2002 del settore delle telecomunicazioni e quella nel 2007 del settore del traffico ferroviario merci su scartamento normale hanno potuto essere valutate unicamente alla luce di un rapporto preliminare di verifica della

COMCO. I futuri criteri indicativi, attualmente oggetto di trattativa sotto la direzione dell'UE, saranno messi a disposizione della COMCO a titolo di guida. Viene quindi mantenuta una procedura formale di esenzione.

Sezione 2 Campo d'applicazione oggettivo

L'espressione «commessa pubblica» (art. 8 D-LAPub) definisce il campo d'applicazione oggettivo del diritto in materia di appalti pubblici. Il GPA 1994 non ne forniva una definizione ma la presupponeva, mentre l'articolo II paragrafo 2 GPA 2012 tenta di darne una definizione. Secondo quest'ultima l'Accordo si applica agli appalti pubblici (i) di beni, di prestazioni di servizio (incluse le prestazioni edili) o di entrambi; (ii) non finalizzati alla vendita o alla rivendita commerciale; (iii) in qualsiasi forma contrattuale (quindi non tramite nazionalizzazione o espropriazione); (iv) a condizione che non siano esclusi dal campo d'applicazione secondo le singole appendici dei Paesi e (v) che il loro valore sia pari al valore soglia secondo le appendici dei Paesi.

Il diritto interno include anche le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Sono dunque assoggettati alla legge, ad esempio, anche le prestazioni di servizio e le prestazioni edili che non figurano negli elenchi positivi rilevanti per la Svizzera e contenuti nel GPA 2012 come pure tutti gli appalti (forniture, prestazioni di servizio, prestazioni edili) con un valore della commessa inferiore ai valori soglia stabiliti a livello internazionale. A queste commesse si applicano una serie di disposizioni particolari: con la procedura mediante invito si mette a disposizione un tipo supplementare di procedura e i requisiti relativi ai termini sono più flessibili. Inoltre gli offerenti esteri sono ammessi a partecipare ai bandi aventi per oggetto tali commesse soltanto se il loro Stato di sede concede la reciprocità. Infine, per i ricorsi contro le decisioni concernenti gli appalti di commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, è stata introdotta una protezione giuridica in via subordinata.

L'introduzione di queste commesse nel regime di aggiudicazione del mercato interno è imposta dal diritto costituzionale. In particolare, la libertà economica e l'obbligo della neutralità concorrenziale (art. 94 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 4 Cost.) esigono una procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche trasparente e non discriminatoria. Per questo motivo le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sono soggette già nel diritto in vigore a una regolamentazione dettagliata (capitolo 3 OAPub). Questo regime viene mantenuto ma figura d'ora in poi nella legge, ossia a un livello normativo più consono.

Art. 8 *Commessa pubblica*

Finora si è rinunciato a una definizione di commessa pubblica nel diritto interno (LAPub, OAPub e CIAP/DAAP). La giurisprudenza ha formulato di caso in caso criteri per l'assoggettamento oggettivo. Ciò ha generato un'incertezza del diritto che va eliminata con il presente disegno di legge.

Cpv. 1

La nozione di commessa pubblica del diritto in materia di appalti pubblici non coincide con il «mandato» ai sensi del CO. Una commessa pubblica è un'operazione mediante la quale un committente sottoposto alla legge si procura contro pagamento le prestazioni di cui necessita per l'adempimento dei suoi compiti. La prestazione acquistata deve consentire al committente di adempiere o facilitare l'adempimento di un compito pubblico che gli è stato assegnato. I committenti ai sensi della presente legge sono le unità amministrative, le autorità e le imprese che acquistano una prestazione, trasferiscono un determinato compito pubblico o rilasciano concessioni (cfr. art. 4 e 9 D-LAPub).

Il primo elemento della definizione è l'*adempimento di un compito pubblico*. Sono compiti pubblici quelli che lo Stato deve adempiere in base a una norma di diritto. Essi vanno dai compiti di polizia, ai servizi pubblici e alla protezione dell'ambiente. I compiti che riguardano invece meri interessi privati non rientrano nel campo d'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici⁶².

Una particolarità, affine ai modelli di PPP, è costituita dai contratti di sponsorizzazione. Anche in questo caso si tratta di una collaborazione tra enti pubblici e offerenti privati, malgrado non sia sempre dovuta una controprestazione diretta. I meri contratti di sponsorizzazione, finalizzati esclusivamente a promuovere l'adempimento di un compito scelto dal beneficiario, devono essere distinti dai contratti misti, che oltre allo scopo della sponsorizzazione implicano anche una controprestazione diretta (ad es. il compenso per l'affitto di uno stand a un grande evento). È da qualificarsi come sponsorizzazione l'importo che supera il compenso per la controprestazione diretta. A seconda della forma contrattuale può rappresentare una parte minore o maggiore dell'importo totale convenuto per contratto. Dal momento che la sponsorizzazione rappresenta un aiuto finanziario, non è possibile prescindere da una base legale. Il diritto in materia di appalti pubblici non si applica al versamento di aiuti finanziari (art. 10 cpv. 1 lett. c D-LAPub). Nel caso dei contratti misti, la prestazione acquistata direttamente con il contratto di sponsorizzazione deve essere qualificata come l'oggetto di una commessa pubblica ai sensi del diritto in materia di appalti pubblici fino a concorrenza dell'importo solitamente pagato sul mercato per ottenere la stessa prestazione.

Sottostanno alla legge soltanto i *contratti a titolo oneroso*. Tuttavia non è necessario che la controprestazione avvenga regolarmente sotto forma di denaro. Anche altri vantaggi valutabili in denaro (come la possibilità di sfruttare un diritto esclusivo) rientrano nella definizione legale. Deve comunque sempre esistere un *rapporto di scambio* (sinallagma) in cui il committente è l'acquirente della prestazione. I contratti unilaterali come le donazioni o i contratti bilaterali incompleti come il comodato non costituiscono commesse pubbliche. Non è necessario, invece, lo scambio diretto di una prestazione e di una controprestazione tra le stesse parti. È ipotizzabile sia il caso in cui terzi (e non il committente) siano beneficiari della prestazione sia il caso opposto, ovvero che la retribuzione venga pagata all'offerente non dal committente, ma da terzi.

⁶² Cfr. in particolare sentenza del TF 2C 198/2012 del 16 ottobre 2012.

Si può infine parlare di commessa pubblica soltanto se l'offerente fornisce la prestazione caratteristica. È sempre caratteristica la prestazione che viene remunerata (con denaro o vantaggi valutabili in denaro). Non è invece necessario che il committente utilizzi personalmente la prestazione caratteristica così acquistata. L'utilizzazione da parte di terzi (beneficiari del compito statale) non modifica la qualifica di commessa pubblica.

Cpv. 2

Le commesse pubbliche ai sensi della presente legge servono all'acquisto di prestazioni edili, forniture (beni) e prestazioni di servizio. Questa suddivisione, che si rifà agli elenchi degli impegni assunti dalla Svizzera con gli accordi internazionali in materia di appalti pubblici, è già utilizzata nella LAPub, nel CIAP e nelle DAAP. Le prestazioni concrete oggetto di commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sono definite negli allegati 1, 2 e 3 della legge.

Cpv. 3

Per commesse miste si intendono le commesse pubbliche che constano di diverse prestazioni (prestazioni edili, forniture e prestazioni di servizio). I contratti relativi a progetti IT ne sono un esempio. Se la commessa combina prestazioni edili e prestazioni di servizio – come nei contratti di appalto totale o generale – l'intera commessa pubblica va qualificata come prestazione edile. La qualifica di commesse miste è rilevante per la determinazione del valore soglia (cfr. art. 16 D-LAPub). Conformemente alla teoria dell'elemento prevalente sviluppata dalla giurisprudenza, anche nel caso di una commessa mista occorre definire la natura dell'appalto globale in funzione delle componenti della prestazione prevalenti dal punto di vista finanziario. Al divieto di suddivisione di cui all'articolo 15 capoverso 2 D-LAPub corrisponde simmetricamente il divieto di mescolare e raggruppare le commesse. In questo senso non è ammesso acquistare prestazioni di servizio e forniture assoggettate al diritto in materia di appalti pubblici invocando le eccezioni di cui all'articolo 10 D-LAPub se l'intento è eludere la legge. L'esistenza di un fine illecito da parte del committente non è un presupposto. Viceversa un raggruppamento, oggettivamente giustificato, di prestazioni di servizio, in parte sottoposte e in parte non sottoposte al diritto in materia di appalti pubblici, non comporta una «contaminazione» dell'intero appalto, se la componente prevalente delle prestazioni di servizio è esclusa dal diritto in materia di appalti pubblici. La prassi discordante seguita dal TAF in relazione a un'attività settoriale⁶³ implicherebbe che le prestazioni di servizio oggettivamente prevalenti siano assoggettate alla legge *contra legem*. Ciò è contrario alla volontà del legislatore.

⁶³ Cfr. sentenza del TAF B-4288/2014 del 25 marzo 2015, consid. 2.1, 2.2.

Cpv. 4

Sottostanno alla presente legge le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali secondo gli allegati 1–3 D-LAPub, se raggiungono i valori soglia di cui all'allegato 4 numero 1. L'allegato 1 contiene l'elenco positivo delle prestazioni edili e l'allegato 3 l'elenco positivo delle prestazioni di servizio. L'allegato 2 numero 1.2 contiene l'elenco positivo dei materiali per la difesa e la sicurezza. L'allegato 2 numero 1.1 lettera a non riguarda soltanto i committenti militari, ma anche i committenti incaricati della sicurezza (ad es. la protezione civile, le guardie di confine, le autorità doganali). Tutti i beni che non vengono acquistati da altri committenti rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali secondo l'allegato 2 numero 1.1 lettera b. Questi allegati corrispondono agli Allegati 4, 5 e 6 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012.

Infine l'allegato 4 contiene i valori soglia per i diversi tipi di commesse (il n. 1 concerne le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, mentre il n. 2 le altre commesse). L'allegato 4 numero 1 viene periodicamente aggiornato dal Consiglio federale in base agli impegni internazionali e ai tassi di cambio nonché previa consultazione dell'OiAp (art. 16 cpv. 1 D-LAPub).

Nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali rientrano esclusivamente le categorie di prestazioni di servizio e di prestazioni edili enumerate in modo esaustivo nell'elenco positivo. Ad esempio le prestazioni informatiche sono assoggettate alla legge (classificazione CPC⁶⁴ 84), mentre le prestazioni concernenti il personale a prestito (classificazione CPC 872) non lo sono anche se sono effettuate nel settore informatico. Le prestazioni di servizio non elencate devono pertanto essere oggetto di un bando conformemente alle norme applicabili all'aggiudicazione delle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Se il diritto in vigore non prevede rimedi giuridici per questi appalti, in futuro occorre garantire la protezione giuridica (in via subordinata) anche per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (cfr. commento al cap. 8).

Cpv. 5

L'allegato 5 riepiloga le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali ed elenca le disposizioni rilevanti. Per le aggiudicazioni di commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali valgono alcune peculiarità in riferimento all'accesso al mercato di offerenti esteri (art. 6 cpv. 2 D-LAPub), alla determinazione del valore della commessa determinante ai fini della scelta della procedura per le prestazioni edili (art. 16 cpv. 4 e 5 D-LAPub), all'importanza della procedura mediante invito (art. 20 D-LAPub), alla considerazione dei posti di formazione (art. 29 cpv. 2 D-LAPub), al termine per la presentazione delle offerte (art. 46 cpv. 4 D-LAPub), al momento in cui viene concluso il contratto (art. 42 cpv. 1 D-LAPub), nonché alla

⁶⁴ «Central Product Classification» (classificazione centrale dei prodotti delle Nazioni Unite), consultabile sulla piattaforma Internet di cui all'art. 48 cpv. 1 D-LAPub.

protezione giuridica (art. 52 cpv. 2 D-LAPub). Con questi requisiti specifici per le aggiudicazioni nel mercato interno viene conferita una maggiore flessibilità alla procedura di aggiudicazione senza compromettere il conseguimento dello scopo della legge.

L'articolo 6 capoverso 3 dell'Accordo Svizzera–UE estende indirettamente i principi del trattamento nazionale e della non discriminazione alle commesse al di sotto dei valori soglia determinanti fissati nei trattati internazionali. Contrariamente all'assoggettamento dei committenti subnazionali (Cantoni, Comuni e altri enti preposti a compiti cantonali o comunali), l'assoggettamento dei committenti della Confederazione non prevede differenze: gli stessi committenti sono sottoposti sia per l'ambito di applicazione dei trattati internazionali sia per l'ambito di non applicazione di questi trattati. La legge estende invece il concetto di commesse assoggettate (cosiddetto assoggettamento oggettivo) nei seguenti quattro modi.

- In primo luogo sono assoggettate a livello di legge anche le commesse al di sotto dei valori soglia determinanti fissati nei trattati internazionali. Le forniture e le prestazioni di servizio devono essere aggiudicate nell'ambito di una procedura mediante invito già a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi (le prestazioni edili da un valore della commessa di 300 000 fr.). Ciò non porta all'apertura o all'estensione del campo d'applicazione soggettivo, come sancito all'articolo 4 D-LAPub. Inoltre, la disposizione estende i generi di commesse e di prestazioni assoggettati alla legge: mentre il diritto in materia di trattati internazionali prevede elenchi positivi per i beni militari, le prestazioni di servizio e le prestazioni edili, il diritto interno assoggetta tutte le commesse pubbliche, a prescindere dalla loro classificazione.
- In secondo luogo anche il trasferimento di compiti pubblici e il rilascio di concessioni devono avvenire secondo le disposizioni del diritto in materia di appalti pubblici se sono soddisfatte determinate condizioni (art. 9 D-LAPub).
- In terzo luogo anche le commesse nei settori della difesa nazionale e della sicurezza, non contemplate dal campo d'applicazione del GPA 2012, sono assoggettate alle norme del diritto in materia di appalti pubblici. La definizione completa di armamenti all'allegato 5 numero 1 lettera c va considerata in diretta correlazione con l'allegato 1 della legge. Per la definizione di *materiale bellico* si può fare capo all'articolo 5 della legge del 13 dicembre 1996⁶⁵ sul materiale bellico e alla «Munitions List» del Regime Wassenaar, cui si rifà l'allegato all'ordinanza del 25 febbraio 1998⁶⁶ sul materiale bellico⁶⁷.
- In quarto luogo, sono assoggettate alla presente legge (all. 5 n. 1 lett. d D-LAPub) le commesse nel quadro della cooperazione internazionale allo sviluppo e con i Paesi dell'Est, del promovimento della pace e della sicurezza umana, sebbene siano integralmente escluse dall'articolo II paragrafo 3 GPA 2012. Tuttavia l'assoggettamento vale solo se queste prestazioni non sono escluse dal campo d'applicazione della legge ai sensi dell'articolo 10.

⁶⁵ RS 514.51

⁶⁶ RS 514.511

⁶⁷ CRM 2003–004 del 27 marzo 2003, consid. 3 seg.

Art. 9 Trasferimento di compiti pubblici e rilascio di concessioni

A differenza delle «concessioni edili» – segnatamente assoggettate nell'UE, negli Stati dell'AELS (tranne in Svizzera) e in Corea – le cosiddette «concessioni di prestazioni di servizio» non sono assoggettate né dal GPA 1994, né dal GPA 2012. Secondo la definizione legale della direttiva 2014/23/UE⁶⁸ una concessione edile è un contratto a titolo oneroso, stipulato per scritto, in virtù del quale uno o più committenti pubblici affidano l'esecuzione di lavori a uno o più operatori economici. Il corrispettivo di tali contratti consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Un esempio può essere la costruzione e l'esercizio di gallerie o di tratti autostradali da parte di offerenti privati.

A sua volta la concessione di prestazioni di servizio designa un contratto in virtù del quale uno o più committenti affidano la fornitura e la gestione di prestazioni di servizio a uno o più operatori economici. Il corrispettivo di tali contratti consiste unicamente nel diritto di gestire le prestazioni di servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo⁶⁹. Questa prestazione di servizio può riguardare, ad esempio, lo smaltimento di determinati rifiuti o l'esercizio di un parcheggio pubblico.

Alla luce degli impegni assunti dalla Svizzera ai sensi del diritto internazionale non vi è alcun obbligo di assoggettare alla legislazione sugli appalti pubblici l'aggiudicazione di concessioni a livello generale. Se un giorno la Svizzera dovesse introdurre le concessioni edili, l'aggiudicazione dovrebbe essere oggetto di un bando pubblico nei confronti degli Stati summenzionati e di determinati partner degli accordi di libero scambio (cfr. all. 6 all'appendice I [Svizzera] del GPA 2012). Le concessioni di prestazioni di servizio sono numerose in Svizzera già oggi, senza che l'espressione sia entrata nell'uso comune.

Le concessioni del diritto amministrativo svizzero hanno molteplici aspetti, poiché non esiste un *unico* tipo di concessione. Se concernono il trasferimento di un compito pubblico, esse sono assoggettate al diritto in materia di appalti pubblici, come già sancito all'articolo 8. Nella legge l'espressione viene utilizzata nel senso che il rilascio conferisce a un offerente privato diritti che prima non gli spettavano. Non sono contemplate le concessioni non correlate a compiti pubblici (ad es. concessioni per uso particolare) o quelle che non conferiscono al candidato una posizione unica. A tale proposito, per i Cantoni e i Comuni vige l'obbligo di svolgere un concorso secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI. Tuttavia, neppure sulle concessioni di monopoli e servizi pubblici il diritto in materia di appalti pubblici, che è focalizzato sulla concorrenza e sull'economicità, fornisce sempre un quadro adeguato per l'aggiudicazione di tali concessioni. Le norme fondate su leggi speciali prevalgono (ad es. art. 3a LAEl, art. 60 cpv. 3^{bis} e 62 cpv. 2^{bis} LUFi).

Ad esempio l'articolo 6 della legge del 20 dicembre 1957⁷⁰ sulle ferrovie non prevede l'obbligo di indire un bando per le concessioni d'infrastruttura. Anche la legge

⁶⁸ Art. 5 cpv. 1 lett. a della direttiva 2014/23/UE [nota 36].

⁶⁹ Art. 5 cpv. 1 lett. b della direttiva 2014/23/UE [nota 36].

⁷⁰ RS 742.101

del 20 marzo 2009⁷¹ sul trasporto di viaggiatori (LTV) non conosce un obbligo generale di messa a concorso. Essa impone la messa a concorso per le offerte nell'ambito del traffico regionale viaggiatori su strada (art. 32 cpv. 1 LTV), mentre stabilisce che le offerte nell'ambito del traffico regionale viaggiatori su rotaia possono essere messe a concorso (art. 32 cpv. 3 LTV). Se viene indetto un concorso, le relative procedure sono già oggi coordinate con la procedura di rilascio o di rinnovo della concessione. La decisione di aggiudicazione presa in seguito alla procedura di messa a concorso e il rilascio o il rinnovo della concessione fanno parte della stessa decisione (art. 32b LTV). Altri settori esclusi dal diritto in materia di appalti pubblici sono contemplati dalla legislazione sulle forze idriche e sull'energia nonché dal diritto radiotelevisivo e sulle telecomunicazioni e riguardano il rilascio di una concessione per il servizio universale ai sensi dell'articolo 14 della legge del 30 aprile 1997⁷² sulle telecomunicazioni (LTC) nonché il rilascio di una concessione di radiocomunicazione secondo l'articolo 24 LTC come pure la delega a terzi della gestione e l'attribuzione di determinati elementi di indirizzo secondo l'articolo 28 capoverso 2 LTC. La legge del 26 marzo 2006⁷³ sulla radiotelevisione (LRTV) sancisce disposizioni derogatorie speciali per il rilascio di concessioni alle emittenti ai sensi dell'articolo 25 LRTV (alla Società svizzera di radiotelevisione SSR) nonché ai sensi dell'articolo 38 e seguenti LRTV (ad altre emittenti con mandato di prestazioni e partecipazione al canone) e ai sensi dell'articolo 43 e seguenti LRTV (ad altre emittenti con mandato di prestazioni senza partecipazione al canone).

In considerazione delle risorse limitate e delle sue competenze fondamentali lo Stato ha scorporato compiti pubblici a offerenti privati in diversi settori e a tutti i livelli (Confederazione, Cantoni e Comuni). Dal punto di vista della legislazione in materia di finanze federali e dell'accesso al mercato non discriminatorio non può esistere una differenza se lo Stato acquista una prestazione di servizio oppure ne affida l'adempimento a terzi scorporando il rischio di esercizio. In entrambi i casi occorre garantire che la fornitura della prestazione di servizio o l'adempimento del compito si svolga in modo efficiente e tutti gli offerenti qualificati abbiano la possibilità di candidarsi per fornire la prestazione. Sinora non esistevano disposizioni giuridiche concernenti la procedura per il trasferimento di compiti pubblici. Anche la prassi giudiziaria in merito a questi trasferimenti è poco chiara. Le disposizioni proposte (art. 9 D-LAPub e art. 15b LSu) intendono porvi rimedio e creare certezza del diritto.

Il riferimento a «compiti pubblici» riguarda tutti i settori nei quali lo Stato assume una responsabilità di adempimento. Si possono citare a titolo di esempio settori politici quali la polizia, ossia la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, nonché la politica sociale o la sanità. Se ad esempio lo Stato è tenuto per legge a provvedere allo smaltimento di rifiuti problematici, può trasferire questo compito a terzi se esiste una base giuridica pertinente. Tale trasferimento soddisfa in linea di principio

71 RS 745.1

72 RS 784.10

73 RS 784.40

tutti i requisiti di una commessa pubblica⁷⁴. Se lo Stato, sulla scorta di una base legale, incarica terzi dell'adempimento di un compito, il trasferimento di questo compito dello Stato è sostanzialmente assoggettato al campo di applicazione del diritto in materia di appalti pubblici, a prescindere dal fatto che il compito sia finanziato direttamente dal committente o mediante risorse di un fondo o di un'assicurazione. Secondo l'articolo 9 D-LAPub sono fatte salve le disposizioni di diritto speciale. Tale riserva è necessaria poiché l'applicazione delle disposizioni del diritto in materia di appalti pubblici non è pertinente in tutti i casi di trasferimento di compiti. Ad esempio, per il trasferimento di compiti nell'ambito della vigilanza sull'economia e sulla sicurezza o per il trasferimento di prestazioni a carattere monopolistico il beneficiario è talvolta esplicitamente definito nell'atto normativo di diritto speciale⁷⁵ oppure viene costituito un apposito ente. In questo caso non vi è concorrenza. Se, invece, il compito deve essere trasferito a beneficiari di diritto privato e sono disponibili più offerenti in grado di adempiere il compito a fronte del quale deve essere versata un'indennità, la procedura di selezione deve essere trasparente, oggettiva e imparziale. Per garantire tale condizione, l'articolo 10 capoverso 1 lettera e LSu è completato con un nuovo numero 1. La legge speciale dovrà inoltre disciplinare anche la forma giuridica della delega (decisione o contratto di diritto pubblico), le condizioni relative alla delega dei compiti e la protezione giuridica. In assenza di una disposizione concernente la protezione giuridica, si applicano le pertinenti norme del diritto in materia di sussidi (art. 10 cpv. 1 lett. e n. 2 LSu).

Poiché sinora non esisteva l'obbligo di regolamentare la procedura di selezione, i numerosi atti normativi speciali esistenti non contengono alcuna disposizione al riguardo o contengono solo disposizioni insufficienti. Proprio in riferimento alla procedura di selezione sono applicabili le norme del diritto in materia di appalti pubblici. Tuttavia, in considerazione del fatto che il trasferimento di compiti pubblici è disciplinato in primo luogo nella LSu, dalla contestuale applicazione della legislazione sugli appalti pubblici emergono elementi che si sovrappongono e che devono essere disciplinati. Di conseguenza all'articolo 15b LSu si rimanda alle disposizioni della D-LAPub in merito alla *procedura di selezione* per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (cpv. 1), mentre la procedura di selezione è pubblicata nel Foglio federale (cpv. 2). La protezione giuridica è disciplinata dalle disposizioni della LSu (cpv. 2), così come la delega e l'indennità successive a una procedura di selezione conclusa con decisione passata in giudicato (cpv. 3).

Dal momento che per il trasferimento di compiti pubblici di cui all'articolo 9 D-LAPub si fa riferimento alle disposizioni di diritto speciale (rispettiva legge speciale o LSu), questi compiti pubblici devono essere distinti dalle altre commesse pubbliche. Tuttavia, operare una distinzione non è sempre semplice. Sebbene il trasferimento di un compito pubblico debba fondarsi imperativamente su una base legale, l'esistenza della stessa non consente di concludere automaticamente che si tratti di

⁷⁴ CRM 1999-006 del 3 settembre 1999.

⁷⁵ Cfr. ad es. art. 2 cpv. 2 dell'ordinanza del 18 dicembre 1995 concernente il servizio della sicurezza aerea (OSA), RS 748.132.1.

un trasferimento di compiti. Esistono disposizioni a livello di legge anche per altre commesse pubbliche. Anche il tenore della rispettiva disposizione di legge serve solo in parte come criterio di differenziazione: spesso non esistono praticamente differenze. L'Amministrazione è autorizzata a coinvolgere o incaricare terzi, a svolgere controlli con l'intervento di terzi o a delegare determinati settori (parziali) a terzi. Solo dalla documentazione risulta se a terzi debba essere affidata unicamente un'attività amministrativa ausiliaria o ulteriori competenze. Gli articoli di legge sono simili anche per densità normativa. Le disposizioni elaborate nel corso del tempo in merito al trasferimento di compiti pubblici sono spesso inadeguate di fronte alle esigenze attuali. Invece di definire il compito, di determinare la procedura per il trasferimento di compiti, di disciplinare la vigilanza da parte della Confederazione, il finanziamento e la responsabilità nonché di chiarire questioni di carattere procedurale ed eventualmente organizzativo, è spesso sancito unicamente che il compito può essere trasferito. Ai fini della differenziazione non è determinante la forma del trasferimento dei compiti (sebbene possa essere di regola stipulato un contratto di diritto pubblico, ad es. una convenzione sulle prestazioni), bensì i suoi effetti. Occorre chiarire di caso in caso se si tratta di un trasferimento di compiti o di un'altra commessa pubblica. Per spiegare quando si applica l'articolo 9 D-LAPub nonostante queste difficoltà di differenziazione, nella seguente tabella sono riportati alcuni esempi di disposizioni del diritto federale che consentono alle autorità di trasferire a terzi compiti pubblici (e il cui trasferimento può essere oggetto di un bando):

N. RS	Articolo/Legge	Descrizione
RS 725.11	Art. 49a cpv. 2 della legge sulle strade nazionali (LSN)	Affidamento a terzi (non ai Cantoni) dell'esecuzione della manutenzione corrente e degli interventi di manutenzione edile esenti da progettazione
RS 730.0	Art. 15b ^{bis} cpv. 7 della legge sull'energia (LEne)	Delega di compiti in relazione all'esecuzione del rimborso dei supplementi sui costi di trasporto delle reti ad alta tensione
RS 734.0	Art. 21 n. 2 della legge sugli impianti elettrici (LIE)	Affidamento del controllo delle prescrizioni per gli altri impianti a corrente debole e a corrente forte, compreso l'impianto delle macchine elettriche, a un Ispettorato da designarsi dal Consiglio federale
RS 784.40	Art. 69d cpv. 1 LRTV	Delega della riscossione del canone e dei relativi compiti a un'organizzazione indipendente (organo di riscossione del canone)

I valori soglia di cui all'allegato 4 si applicano per analogia al trasferimento di compiti pubblici e al rilascio di concessioni. Come per altre commesse pubbliche, deve

essere determinato il genere di commessa (prestazione edile, fornitura o prestazione di servizio) in funzione della prestazione caratteristica dell'offerente. Le commesse miste sono da assoggettare in base alla quota prevalente.

Art. 10 Eccezioni

La presente disposizione prevede un catalogo di prestazioni che sono escluse dal campo d'applicazione della legge. Si tratta di un'enumerazione esaustiva. Tutte le eccezioni sono già contenute nei trattati internazionali o risultano da una riserva della Svizzera all'atto dell'adesione ai trattati.

La seguente enumerazione traspone le eccezioni dell'articolo II paragrafo 3 e dell'articolo III GPA 2012 nella legislazione nazionale, mantenendo ove possibile le formulazioni dell'articolo 3 LAPub e dell'articolo 10 CIAP sinora vigenti.

Cpv. 1

Lett. a: il principio secondo cui l'acquisto di prestazioni destinate alla vendita o alla rivendita commerciale è escluso si applica a tutti i committenti secondo il rivisto GPA (art. II par. 2 lett. a (ii)). «Vendita o rivendita commerciale» significa alienazione in condizioni concorrenziali. Ad esempio, se un gestore della rete di distribuzione acquista elettricità e la fornisce esclusivamente a consumatori finali liberi di scegliere il loro fornitore di elettricità, l'operazione di acquisto è esclusa. La pressione della concorrenza nel mercato a valle fa sì che l'acquisto avvenga a condizioni efficienti.

Lett. b: sono fondi i beni immobili, i diritti per sé stanti e permanenti intavolati nel registro fondiario (ad es. il diritto di superficie per sé stante), le quote di comproprietà d'un fondo e le miniere (art. 655 cpv. 2 del Codice civile [CC]⁷⁶). Sono costruzioni gli edifici o parti di essi. Sono impianti le infrastrutture tra cui le strade e le antenne di telefonia mobile.

Lett. c: questa falsa eccezione si riferisce alla concessione di aiuti finanziari (cfr. art. 3 cpv. 1 LSu). Tali vantaggi pecuniari sono destinati esclusivamente a promuovere o assicurare l'adempimento di un compito scelto dal beneficiario e sono esclusi dal campo d'applicazione della legge.

Lett. d: rientrano in questa eccezione ad esempio la gestione di debiti pubblici nonché la gestione della liquidità e delle valute estere. Non sono sottoposti alla legge neppure la gestione patrimoniale (per tutte le categorie di investimento tra cui liquidità, obbligazioni, azioni, immobili, quote di fondi, prodotti strutturati e derivati, investimenti alternativi e altre categorie di investimento) né l'acquisto di prestazioni di servizio in materia. Ciò vale a prescindere da chi sia responsabile della gestione patrimoniale o conferisca un corrispondente mandato. Si pensi in particolare alla gestione patrimoniale da parte di organi del primo pilastro (Compenswiss) e del secondo pilastro (PUBLICA) e di altre unità amministrative oppure organizzazioni (ad es. Tesoreria federale o Fondo di disattivazione e Fondo di smaltimento secondo

⁷⁶ RS 210

gli art. 77 segg. della legge del 21 marzo 2003⁷⁷ sull'energia nucleare [LENu] nonché dell'ordinanza del 7 dicembre 2007⁷⁸ sul Fondo di disattivazione e sul Fondo di smaltimento [OFDS]). Inoltre le espressioni «servizi finanziari» e «strumenti finanziari» devono essere interpretate conformemente alle disposizioni legali del disegno della legge sui servizi finanziari.

Lett. e: corrisponde all'attuale articolo 3 capoverso 1 lettera a LAPub.

Lett. f: anche qui si tratta di una falsa eccezione. L'assunzione di personale da parte di un committente pubblico non è una commessa pubblica. Questo vale anche per i rapporti di lavoro retti dal CO. Se per la fornitura delle prestazioni si ricorre al personale a prestito, questa circostanza è in linea di massima assoggettata alla legge riveduta. Dato che non figura nelle categorie dell'allegato 3, questa prestazione di servizio non rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e va trattata secondo le pertinenti disposizioni.

Lett. g: il motivo di questa eccezione, che si riferisce in particolare ai mandati di avvocati, si situa nelle procedure correlate ad accordi internazionali per la protezione degli investitori. Se viene citato in giudizio dinanzi a un tribunale arbitrale o a un altro tribunale oppure a un'autorità di conciliazione, nazionale o internazionale, di regola lo Stato ha bisogno di risorse esterne per la sua difesa. Si pensi in particolare alle controversie relative alla protezione degli investimenti, alle cause dinanzi alla Corte internazionale di giustizia all'Aia, ai procedimenti di conciliazione nell'ambito dell'OMC e a procedimenti analoghi previsti dagli accordi di libero scambio. Alcuni procedimenti, in particolare quelli ai sensi dell'accordo sulla protezione degli investimenti, sono preceduti da un periodo di attesa (il cosiddetto «cooling off»), in genere di 12 mesi. La non applicazione di una procedura di aggiudicazione per motivi di urgenza è esclusa in simili situazioni e un mandato di rappresentanza dovrebbe essere messo a concorso se la legge non prevede clausole d'eccezione. Contro il bando e a favore dell'eccezione vi sono argomenti quali la tattica processuale, l'osservanza dei termini e il particolare rapporto di fiducia istituito dal ricorso a un avvocato. Prima ancora che possa essere indetto un bando, si dovrebbe richiedere la consulenza di un avvocato in merito al procedimento in questione, se non altro per redigere correttamente il bando. Essendo preimplicato, lo studio legale consultato non potrebbe tuttavia partecipare al bando relativo al mandato principale. Un'informazione preliminare di tutti gli offerenti potenziali volta ad annullare gli effetti della preimplicazione pregiudicherebbe la tattica processuale. In conclusione dovrebbero essere esclusi dal mandato di rappresentanza le persone o gli studi legali con i quali si è già instaurato un particolare rapporto di fiducia. Ciò non sarebbe nell'interesse della Confederazione Svizzera quale parte convenuta.

L'eccezione di cui alla lettera g è conforme all'elenco positivo secondo l'allegato 5 del GPA («Servizi di consulenza in materia di diritto del Paese di origine e di diritto internazionale pubblico, parte del CPC 861»). Le prestazioni connesse al mandato di rappresentanza sono in particolare le prestazioni di servizi di documentazione e

⁷⁷ RS 732.1

⁷⁸ RS 732.17

traduzione e i mandati peritali. Anche l'articolo 10 lettera d) punti i) e ii) della direttiva 2014/24/UE⁷⁹ prevede una regolamentazione analoga.

Let. h: gli appalti effettuati nel quadro dell'aiuto umanitario internazionale d'emergenza nonché dell'aiuto agrario e alimentare non sono assoggettati alla legge se è soddisfatto il criterio della brevità della scadenza (n. 1). Ne sarebbero ad esempio esclusi gli acquisti di materiale d'aiuto d'emergenza, nonché di alimenti e medicinali per le vittime sopravvissute a un terremoto o a un'inondazione. Il diritto in materia di appalti pubblici rimane invece applicabile alla prevenzione e alla pianificazione (ad es. contratti quadro in base ai quali la prestazione può essere attribuita in caso di emergenza). Nel quadro della cooperazione internazionale la Svizzera conclude per quanto possibile con gli Stati beneficiari accordi internazionali sulla realizzazione congiunta di progetti. Sempre nell'ambito di questi accordi le Parti convengono anche come e secondo quali principi devono essere eseguiti gli appalti in vista dell'attuazione dei progetti (n. 2). Quanto precede vale anche per la cooperazione con le organizzazioni internazionali, ovvero quando la Svizzera aggiudica commesse nell'ambito di operazioni coordinate a livello internazionale. Le organizzazioni internazionali tra cui l'ONU dispongono di proprie procedure di aggiudicazione per le quali occorre perseguire un'applicazione unitaria. In tale ambito non sarebbe infatti giustificato imbrigliare questi acquisti nel quadro rigido del diritto svizzero in materia di appalti pubblici (n. 3). Di conseguenza questa eccezione riguarda anche situazioni nelle quali un committente pubblico sottoposto alla legge acquista prestazioni presso un'organizzazione internazionale (ad es. sistemi informatici sviluppati da un'organizzazione internazionale, che li mette a disposizione dei suoi membri). Le organizzazioni internazionali sottostanno a loro volta a proprie norme in materia di appalti pubblici e fatturano le prestazioni edili, le forniture e le prestazioni di servizio alle rispettive condizioni.

Le misure della cooperazione internazionale si prefiggono tra l'altro il promovimento di capacità locali, comprese quelle del settore privato (cfr. ad es. art. 5 e 6 della legge federale del 19 marzo 1976⁸⁰ su la cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario internazionali). Per raggiungere questo obiettivo, i servizi federali competenti possono indire bandi locali limitati a offerenti locali nello Stato beneficiario. Ciò deve essere possibile anche quando per motivi politici non è possibile concludere un accordo internazionale con lo Stato beneficiario (cfr. n. 2). Una procedura è considerata equivalente ai sensi del numero 4 se garantisce un impiego economico dei fondi pubblici e l'osservanza dei principi del diritto in materia di appalti pubblici.

Cpv. 2

Gli appalti di cui alla lettera h (aiuto e collaborazione internazionale) devono essere documentati in modo comprensibile nell'osservanza del principio della trasparenza. Compete al committente decidere se pubblicare la documentazione.

⁷⁹ Cfr. nota 40.

⁸⁰ RS 974.0

Cpv. 3

La presente disposizione tratta quattro casi di acquisti non assoggettati: i monopoli e gli acquisti «instate», «inhouse» e «quasi-inhouse». Per le imprese settoriali queste eccezioni dal campo d'applicazione (che determinano complessivamente la non applicazione del diritto in materia di appalti pubblici) devono essere interpretate e applicate alla luce della nota relativa all'allegato 4 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 1994 e in conformità con l'allegato VIII dell'Accordo Svizzera-UE.

Let. a: secondo il numero 2 lettera B dell'allegato 7 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012, l'acquisto di forniture e di prestazioni di servizio è escluso se questi possono essere forniti esclusivamente da offerenti che dispongono di un diritto esclusivo (monopolio). A titolo di esempio si può menzionare l'acquisto di acqua potabile.

Let. b: l'eccezione «instate» significa che l'appalto di un committente non deve essere messo a pubblico concorso presso un altro committente (sottoposto) a prescindere che sia dello stesso o di un altro livello istituzionale, ossia Confederazione, Cantone o Comune. Questa eccezione è già prevista al numero 1 lettera B dell'allegato 7 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012. Su questo punto il diritto dell'Unione europea è più severo⁸¹. L'eccezione è comunque coerente, poiché l'appalto non ha riferimenti con la concorrenza. La seconda parte del periodo spiega che l'eccezione non si applica qualora un offerente, che sia contestualmente committente, fornisca prestazioni in concorrenza con offerenti privati.

L'eccezione «instate» comporta di regola che privati non detengano una partecipazione nel potenziale offerente. Poco importa se il committente che deve fornire la prestazione in questione sia assoggettato al diritto in materia di appalti pubblici applicabile nel luogo della sua sede oppure al diritto federale. Condizione per la soppressione dell'obbligo del bando è che la concorrenza non sia falsata. Di conseguenza, ai committenti non è data carta bianca per conferire commesse concernenti perizie o controlli di prodotti in generale e senza messa a bando a un istituto del settore dei PF o a università cantonali se queste prestazioni possono essere fornite (anche) in concorrenza con offerenti privati a favore di terzi. Occorre decidere nel singolo caso se una prestazione viene fornita realmente in concorrenza con offerenti privati.

Si considerano acquisti «instate», ad esempio, quelli effettuati nei progetti di collaborazione di diversi committenti pubblici, se ogni committente fornisce un contributo al progetto comune. In una serie di sentenze la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha riconosciuto che due (o più) committenti pubblici possono collaborare senza osservare il diritto in materia di appalti pubblici a condizione che si tratti di un'autentica collaborazione, che in questo modo i committenti adempiano una funzione di servizio pubblico comune ad essi, che nessun privato partecipi alla collaborazione e che essa sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connes-

⁸¹ Cfr. sentenza della CGUE del 19 dicembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e a., causa C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817.

se a obiettivi d'interesse pubblico, ossia non che persegua scopi commerciali⁸². Sono ipotizzabili anche prestazioni reciproche, ad esempio tra imprese della Confederazione operanti sui mercati settoriali, anche se qui occorre distinguere accuratamente tra il settore in regime di concorrenza e quello in regime di monopolio.

Lett. c: l'acquisto si svolge internamente («inhouse») se la prestazione è fornita con le risorse proprie del committente, che rinuncia pertanto a ricorrere a un terzo (decisione «make or buy»). Queste commesse non rientrano nel diritto in materia di appalti pubblici. La lettera c si differenzia dalle eccezioni di cui alle lettere b e d nel senso che la prestazione è fornita all'interno dell'Amministrazione, quindi il committente e il fornitore della prestazione appartengono alla stessa unità giuridica. Dal momento che tutte le unità dell'Amministrazione federale centrale secondo l'articolo 7 OLOGA sono sue unità organizzative non autonome, la legge non si applica agli «appalti» di prestazioni di servizio che tali unità amministrative si forniscono reciprocamente. Sono escluse dal campo di applicazione della legge, ad esempio, le prestazioni di servizio della Centrale viaggi della Confederazione, dell'UFCL o dell'UFIT alle altre unità dell'Amministrazione federale.

Lett. d: in passato era più difficile valutare le prestazioni fornite da offerenti scorporati ma sottoposti a un controllo pubblico. In simili situazioni la dottrina ha raccomandato di adottare i criteri sviluppati dalla CGUE. La «sentenza Teckal» è il punto di partenza di questa giurisprudenza⁸³. La lettera d sancisce i principali requisiti e i motivi della decisione per questa prassi, che è stata ulteriormente sviluppata dalla CGUE in una serie di decisioni. Qui la prassi Teckal è nondimeno oggetto di una codificazione autonoma, conforme al GPA e non necessariamente dinamica. Gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza nell'Unione europea non sono dunque vincolanti per l'interpretazione della lettera d.

In merito ai requisiti di controllo, la prassi si basa sull'elenco indicativo di criteri che il Comitato degli appalti pubblici dell'OMC adotterà in applicazione dell'articolo XIX paragrafo 8 lettera b GPA 2012. Si presuppone che un offerente sia essenzialmente attivo per conto di un committente (settoriale) se fornisce a tale committente almeno l'80 per cento delle sue prestazioni su un mercato determinato.

Cpv. 4

Questa disposizione corrisponde essenzialmente al diritto vigente (art. 3 cpv. 2 LAPub, art. 10 cpv. 2 CIAP). L'idea di concorrenza passa in secondo piano rispetto agli obiettivi sovraordinati della protezione della vita o della pubblica sicurezza. Conformemente all'articolo III GPA 2012 sono elencate diverse eccezioni. Se un acquisto rientra in una di queste eccezioni, non si applica la legge nel suo insieme.

Lett. a: la principale eccezione (come oggi art. 3 cpv. 2 lett. a LAPub) riguarda il mantenimento della sicurezza interna ed esterna così come l'ordine pubblico (cfr. art. III par. 1 GPA 2012). Ciò concerne non solo l'acquisto di materiale bellico (che

⁸² Cfr. sentenza della CGUE dell'8 maggio 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg, causa C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303.

⁸³ Cfr. sentenza della CGUE del 18 novembre 1999, Teckal Srl, causa C-107/98, raccolta della giurisprudenza 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562.

sarebbe fondamentalmente sottoposto alla legge, cfr. all. 5), bensì anche di altre prestazioni (militari o civili) critiche per la sicurezza, ad esempio l'infrastruttura statale per le comunicazioni. Di conseguenza neppure i Cantoni devono mettere a pubblico concorso l'acquisto di armi e munizioni per i corpi di polizia cantonali e comunali. Gli appalti sono esclusi non solo se la loro messa a concorso comprometterebbe la sicurezza pubblica, ma anche quando le prestazioni di per sé sono considerate critiche per la sicurezza. Ciò potrebbe riguardare la maggior parte degli appalti del Servizio delle attività informative o degli organi delle autorità di sicurezza della Confederazione (ad es. fedpol, Corpo delle guardie di confine). Per mancanza di pertinenza pratica la protezione della «moralità» non è citata tra le eccezioni.

A differenza delle eccezioni di cui all'articolo III paragrafo 2 GPA 2012, nell'ambito delle eccezioni riguardanti la politica della sicurezza non viene svolto un controllo della proporzionalità in senso stretto. Sono piuttosto gli Stati a decidere nell'ambito della propria sovranità quale livello di sicurezza scegliere. A questo proposito è determinante soprattutto l'interesse della Confederazione o del committente pubblico al mantenimento del segreto. Ciò significa che lo scopo dell'appalto può non essere riportato in un bando per considerazioni legate alla sicurezza (ad es. nei casi classificati come «segreto» dalle autorità militari). La decisione in merito al livello di sicurezza determinante presuppone una conoscenza esatta della situazione di minaccia dei beni da tutelare, motivo per cui viene attribuito al servizio di aggiudicazione un margine discrezionale più ampio, sul quale è possibile intervenire soltanto in caso di errori di valutazione (eccesso positivo/negativo o abuso del potere di apprezzamento). La politica della sicurezza è una prerogativa del potere esecutivo, anche ai fini della lotta contro il terrorismo internazionale.

Lett. b e c: oltre alla tutela degli interessi di polizia, sono menzionate anche la protezione dell'ambiente, della fauna e della flora nonché posizioni giuridiche private (tutela dei diritti dei beni immateriali), che prevalgono sul diritto in materia di appalti pubblici. Per questi beni da tutelare occorre di volta in volta appurare se si dispone di mezzi meno incisivi, meno limitativi della concorrenza tra gli offerenti nell'ottica della verifica della necessità. Se un bando viola i beni immateriali di un offerente, occorre dapprima cercare di ottenere l'autorizzazione alla pubblicazione. Ove non fosse possibile, è eventualmente giustificata un'aggiudicazione per incarico diretto secondo l'articolo 21 capoverso 2 lettera c. Una rinuncia all'applicazione della legge nel suo insieme dovrebbe essere considerata solo in casi assolutamente eccezionali.

Capitolo 3 Principi generali

Art. 11 Principi procedurali

L'articolo IV GPA 2012 reca una sezione relativa ai principi da osservare in caso di aggiudicazione di commesse pubbliche. Rientrano in questi principi la non discriminazione, il trattamento degli offerenti nazionali, la volontà di condurre una procedura trasparente e imparziale, la lotta contro la corruzione e la rinuncia a operazioni di compensazione. Principi analoghi figurano anche nelle direttive dell'UE sull'aggiudicazione degli appalti.

Le prescrizioni dei trattati internazionali si ritrovano in diverse disposizioni del diritto interno vigente, tra l'altro agli articoli 8 LAPub, 6 e 7 OAPub e 11 CIAP.

Con la presente revisione questi principi sono riuniti in una sola disposizione. Per quanto riguarda le operazioni «offset», l'articolo IV paragrafo 6 GPA 2012 non comporta cambiamenti rispetto al GPA 1994. Il divieto di operazioni di compensazione è direttamente applicabile alle prestazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali; la prassi in materia non è messa in discussione dal GPA 2012. Ogni appalto può porre requisiti diversi in merito alla procedura di aggiudicazione. La legge lascia sufficiente margine di manovra per adeguare l'impostazione della procedura allo specifico oggetto dell'appalto e alla situazione sul mercato determinante. Questa libertà di impostazione è delimitata dai principi procedurali. Tali principi determinano e guidano le decisioni dei committenti in ogni fase del concorso.

I principi procedurali sono equivalenti tra loro. L'enumerazione non corrisponde a un ordine di priorità. Sono piuttosto da osservare i principi nell'insieme. I conflitti devono essere risolti ponderando gli interessi.

Let. a: i principi della procedura devono essere distinti dai principi generali dell'articolo relativo allo scopo. L'articolo 2 stabilisce in maniera generale gli obiettivi e lo scopo del diritto in materia di appalti pubblici, mentre l'articolo 11 definisce i requisiti concernenti la procedura di aggiudicazione. Questi principi – trasparenza, oggettività e imparzialità – sono al servizio dei principi sovraordinati.

Let. b: la corruzione contravviene non solo ai principi fondamentali del diritto in materia di appalti pubblici, ma provoca anche ingenti costi per l'economia. Secondo un comunicato stampa del 6 giugno 2011⁸⁴ della Commissione europea, nei soli Paesi dell'UE i costi provocati dalla corruzione ammontano a circa 120 miliardi di euro all'anno. La prevenzione della corruzione e dei conflitti di interesse è uno degli obiettivi centrali della revisione del GPA. Questo obiettivo, già tematizzato nel preambolo del GPA 2012, è disciplinato in maniera approfondita nell'articolo IV paragrafo 4. A livello di legislazione dell'UE sono in atto sforzi paralleli volti a rafforzare la lotta contro la corruzione e a offrire una protezione supplementare contro i rischi correlati.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, entrata in vigore per la Svizzera il 24 ottobre 2009⁸⁵, costituisce la base degli sforzi compiuti a livello internazionale in questo contesto. L'articolo 9 della Convenzione concerne gli appalti pubblici. Secondo questa disposizione ciascuno Stato Parte prende le misure necessarie per creare sistemi appropriati di stipulazione di appalti pubblici che siano basati sulla trasparenza, la concorrenza e su criteri oggettivi per l'assunzione delle decisioni e che siano tra l'altro efficaci per prevenire la corruzione.

La Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione⁸⁶ è in vigore per la Svizzera già dal 30 luglio 2000. Statuisce l'obbligo di perseguire penalmente gli atti di corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Il gruppo di lavoro anti-corruzione dell'OCSE ha inoltre emanato una raccomandazio-

⁸⁴ Consultabile all'indirizzo: europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_de.htm?locale=en#footnote-1 (stato: 25.10.2016).

⁸⁵ Convenzione delle Nazioni Unite del 31 ottobre 2003 contro la corruzione, RS **0.311.56**

⁸⁶ Convenzione del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, RS **0.311.21**

ne sulla prevenzione della corruzione nel settore degli appalti pubblici, secondo la quale alle imprese che hanno commesso un reato di corruzione in Svizzera o all'estero va negato l'accesso alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici in Svizzera. In base a questa raccomandazione è previsto che il committente escluda dalla procedura di appalto l'offerente che ha commesso un reato di corruzione o che gli revochi l'aggiudicazione (cfr. art. 44 cpv. 1 lett. e nonché art. 45 cpv. 1 D-LAPub).

Let. c: il principio della parità di trattamento degli offerenti nazionali ed esteri (fatto salvo l'art. 6 cpv. 3 dell'Accordo Svizzera-UE) si applica soltanto per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Da un canto, gli offerenti esteri vanno trattati come gli offerenti nazionali (e viceversa) e, d'altro canto, deve essere garantita la parità di trattamento tra gli offerenti nazionali ed esteri. Il principio del trattamento nazionale esclude un'aggiudicazione fondata su motivi protezionistici. Ad esempio, di norma non è ammesso considerare nell'aggiudicazione l'origine di un determinato prodotto o la vicinanza della sede di un offerente oppure la rilevanza economica e fiscale di un offerente per una regione⁸⁷. Il principio della parità di trattamento è altresì violato quando il committente offre a *un unico* offerente la possibilità di adeguare la propria offerta⁸⁸. Il principio della parità di trattamento va ben oltre l'uguaglianza tra offerenti nazionali ed esteri e la prevenzione del protezionismo. Esso implica anche il fatto che bisogna ad esempio impedire che un offerente fruisca di un vantaggio in termini di informazione; nell'impossibilità di impedire questo vantaggio esso va perlomeno controbilanciato (cfr. art. 14 cpv. 1 D-LAPub).

Let. d: con questa disposizione si tiene conto della raccomandazione 9 della Delegazione di vigilanza della NFTA risalente al 2007 di rinunciare alle «negoziazioni sul prezzo», il cui unico scopo è di ridurre il prezzo dell'offerta. La rinuncia alle mere negoziazioni sul prezzo corrisponde anche a una richiesta ripetutamente espressa dalle associazioni economiche durante la consultazione. L'attuale legislazione federale ammette le negoziazioni incentrate soltanto sul prezzo senza restrizioni (art. 26 OAPub), mentre il diritto intercantonale le vieta (art. 11 CIAP). Il divieto è motivato tra l'altro dal timore che in vista delle negoziazioni sul prezzo gli offerenti possano inserire nelle loro offerte margini cui rinunciano successivamente. Per impedire queste procedure e assicurare la massima trasparenza, il progetto di revisione rinuncia alle negoziazioni sul prezzo⁸⁹. Ciò non significa che adeguamenti dei prezzi siano semplicemente esclusi. Nell'ambito della rettifica delle offerte (art. 39 D-LAPub) o in caso di procedure speciali come il dialogo (art. 24 D-LAPub) può sempre succedere che all'oggetto della prestazione siano apportate modifiche secondarie. Di norma è quindi appropriata anche una nuova offerta sul prezzo per osservare il principio dell'economicità. Gli adeguamenti dei prezzi possono inoltre avere luogo nell'ambito delle aste elettroniche o delle negoziazioni di un'offerta nella procedura per incarico diretto.

⁸⁷ CRM 11/97 del 4 dicembre 1997, consid. 2.

⁸⁸ CRM 2005-002 del 30 maggio 2005, consid. 4c.

⁸⁹ Cfr. postulato Engler 14.3208 Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici.

Let. e: gli offerenti hanno diritto alla protezione dei loro dati e segreti d'affari. Se questi dati non sono protetti in maniera sistematica, non può instaurarsi un regime di concorrenza funzionante tra gli offerenti. L'assenza di trasparenza può incoraggiare la corruzione e portare alla cattiva gestione, mentre una trasparenza eccessiva può favorire comportamenti concertati ed avere effetti negativi sulla concorrenza. C'è inoltre il pericolo che gli offerenti non partecipino più ai bandi pubblici se temono che le loro offerte possano essere accessibili a terzi (tra cui imprese concorrenti oppure operatori dei media). Di conseguenza la riservatezza protegge non solo gli interessi privati degli offerenti, ma anche il buon funzionamento della procedura di appalto. Sono fatti salvi i numerosi obblighi di pubblicazione nell'ambito del diritto positivo che cominciano con il preavviso del bando pubblico e comprendono l'aggiudicazione e l'interruzione (art. 48 cpv. 1 D-LAPub). Inoltre i committenti predispongono circostanziate statistiche nelle quali rendono conto dei loro appalti (art. 50 D-LAPub). L'osservanza degli obblighi in materia di appalti pubblici è sottoposta a verifiche periodiche da parte del CDF, pertanto si rinuncia a stabilire ulteriori diritti di accesso e di esame.

Art. 12 Osservanza delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, delle condizioni di lavoro e della parità salariale

Cpv. 1

Mentre le norme sociali e i principi di trattamento nazionale e di non discriminazione talvolta si contrappongono, si è affermato il parere che l'osservanza delle disposizioni minime in materia di tutela dei lavoratori e delle condizioni di lavoro nonché della parità salariale tra donna e uomo è imprescindibile per garantire il buon funzionamento della concorrenza. In Svizzera occorre attenersi alle disposizioni cogenti del CO, alle disposizioni della legge del 13 marzo 1964⁹⁰ sul lavoro (LL) e delle pertinenti ordinanze di esecuzione come pure della legge del 24 marzo 1995⁹¹ sulla parità dei sessi (LPar). Vanno inoltre osservate le disposizioni dei contratti collettivi e normali di lavoro e, in assenza di simili strumenti, le condizioni di lavoro usuali per il luogo e il ramo settoriale. Il dumping abusivo relativo alle condizioni di lavoro, la violazione delle disposizioni rilevanti in materia di tutela dei lavoratori e la disparità salariale tra donna e uomo possono provocare una distorsione della concorrenza.

Mentre la maggioranza dei partecipanti alla consultazione si è espressa a favore del mantenimento della regolamentazione federale in vigore, riguardo a questa questione viene attribuita maggiore importanza all'armonizzazione del diritto federale e di quello intercantonale. Si prevede di modificare il principio del luogo della prestazione finora disciplinato all'articolo 8 capoverso 1 lettera b LAPub per gli offerenti con sede in Svizzera e di riprendere la disposizione della LMI vigente per i Cantoni. In linea di massima la LMI presuppone il principio del luogo di origine basandosi sull'ipotesi dell'equivalenza di diverse condizioni di lavoro. Tuttavia questo princi-

⁹⁰ RS 822.11

⁹¹ RS 151.1

pio non vale in senso assoluto e può essere limitato nel caso specifico a favore del principio del luogo della prestazione, se lo richiedono imperativamente interessi pubblici preponderanti e la salvaguardia di tali interessi non è già garantita dalle prescrizioni del luogo di origine (art. 3 cpv. 1 e 2 LMI).

Il capoverso 1 sancisce una forma particolare del trattamento nazionale: per tutte le prestazioni che devono essere fornite in Svizzera è necessario osservare le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro vigenti in Svizzera. Gli offerenti esteri sono dunque trattati come i concorrenti svizzeri. Di conseguenza, se gli offerenti esteri che forniscono una prestazione in Svizzera sono tenuti a rispettare sempre le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro vigenti nel luogo della prestazione, gli offerenti con sede o stabilimento in Svizzera devono d'ora in poi osservare almeno le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro applicabili nel luogo della loro sede o del loro stabilimento. In tal modo si riduce l'onere amministrativo per le imprese operanti sul territorio svizzero, poiché non devono applicare condizioni di lavoro diverse a seconda del luogo della commessa. Dal momento che il principio del luogo di origine si applica solo in presenza di equivalenti livelli di tutela dei lavoratori nelle pertinenti disposizioni, nel complesso gli offerenti esteri non vengono discriminati.

Cpv. 2

Il principio del luogo della prestazione si applica senza restrizioni se una prestazione viene fornita all'estero. L'osservanza di norme minime sulla tutela dei lavoratori e di norme sociali minime è stata al centro dell'attenzione negli ultimi anni a causa di alcuni abusi verificatisi in aziende di produzione. Il GPA 2012 non disciplina esplicitamente la questione, ma le norme minime sulla tutela dei lavoratori costituiscono ormai parte dell'acquis svizzero e di quello comunitario. Già nella prassi attuale la Confederazione e i Cantoni esigono, nell'ambito degli appalti svizzeri, l'osservanza delle disposizioni nazionali in materia di tutela del lavoro e delle condizioni di lavoro e, nel caso degli appalti internazionali, almeno il rispetto degli accordi di base dell'OIL (art. 7 cpv. 2 LAPub). Se è più severa, deve essere osservata la legislazione vigente nel luogo della prestazione.

Le convenzioni fondamentali dell'OIL sono le seguenti:

- Convenzione n. 29 del 28 giugno 1930⁹² concernente il lavoro forzato od obbligatorio;
- Convenzione n. 87 del 9 luglio 1948⁹³ concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale;
- Convenzione n. 98 del 1° luglio 1949⁹⁴ concernente l'applicazione dei principi del diritto sindacale e di negoziazione collettiva;
- Convenzione n. 100 del 29 giugno 1951⁹⁵ sulla parità di remunerazione, per lavoro uguale, tra manodopera maschile e femminile;

⁹² RS 0.822.713.9

⁹³ RS 0.822.719.7

⁹⁴ RS 0.822.719.9

- Convenzione n. 105 del 25 giugno 1957⁹⁶ concernente la soppressione del lavoro forzato;
- Convenzione n. 111 del 25 giugno 1958⁹⁷ concernente la discriminazione nell'impiego e nella professione;
- Convenzione n. 138 del 26 giugno 1973⁹⁸ concernente l'età minima di ammissione all'impiego;
- Convenzione n. 182 del 17 giugno 1999⁹⁹ concernente il divieto delle forme più manifeste di sfruttamento del fanciullo sul lavoro e l'azione immediata volta alla loro abolizione.

Le otto convenzioni fondamentali sono elencate nell'allegato 6 del disegno di legge. Gran parte dei 185 Stati membri dell'OIL, Svizzera compresa, le hanno ratificate in toto. Inoltre secondo la Dichiarazione dell'OIL del 1998 inerente ai principi e diritti fondamentali del lavoro¹⁰⁰, tutti gli Stati membri sono tenuti, per il solo fatto della loro adesione all'Organizzazione, ad osservare, promuovere ed attuare in buona fede e conformemente alla Costituzione i principi relativi ai diritti fondamentali elencati nelle suddette convenzioni.

Per quanto riguarda gli offerenti provenienti dagli Stati dell'UE/AELS si applica l'Accordo tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALC)¹⁰¹. Esso fa riferimento alla direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi¹⁰². Nella direttiva gli Stati membri garantiscono a tutti i lavoratori distaccati le condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 della direttiva, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro. Secondo l'articolo 16 capoversi 1 e 2 dell'Accordo, la Svizzera adotta tutte le misure necessarie affinché siano applicati diritti e obblighi equivalenti a quelli contenuti nella direttiva. Nella misura in cui l'applicazione dell'Accordo implica nozioni di diritto comunitario, si terrà conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia delle Comunità europee precedente alla data della sua firma (art. 16 cpv. 2 ALC).

Cpv. 3

Le disposizioni in materia di tutela di cui ai capoversi 1 e 2 devono essere osservate anche da tutti i subappaltatori. È subappaltatore chi fornisce una componente rilevante delle prestazioni messe a concorso. I fornitori di prodotti di base, i locatori

⁹⁵ RS **0.822.720.0**

⁹⁶ RS **0.822.720.5**

⁹⁷ RS **0.822.721.1**

⁹⁸ RS **0.822.723.8**

⁹⁹ RS **0.822.728.2**

¹⁰⁰ FF **2000** 342

¹⁰¹ Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, RS **0.142.112.681**

¹⁰² Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU L 18 del 1997, pag. 1, nella versione in vigore al momento della firma dell'Accordo.

degli impianti di produzione, gli offerenti di prestazioni generali di servizio per l'esercizio dell'attività e via di seguito non sono subappaltatori. I controlli ai sensi del capoverso 4 possono essere effettuati tramite gli offerenti o direttamente presso i subappaltatori. Nell'edilizia l'appaltatore primario risponde solidalmente per i subappaltatori che gli succedono nella catena contrattuale ai sensi dell'articolo 5 della legge dell'8 ottobre 1999¹⁰³ sui lavoratori distaccati (LDist). Ciò non vale unicamente per i lavoratori distaccati (cfr. art. 1 cpv. 2 LDist).

Cpv. 4

Il committente può verificare personalmente l'osservanza dei requisiti o delegare a terzi tale verifica (ad es. alla Commissione Paritetica Nazionale per il ramo dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni). Su richiesta gli offerenti devono comprovare che essi stessi e i loro subappaltatori osservano le disposizioni rilevanti in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro nonché il principio della parità salariale tra donna e uomo. In alternativa il committente può ricorrere anche a sistemi di certificazione o registri professionali riconosciuti a livello internazionale. Si fa riferimento a titolo di esempio al registro professionale per i settori pittura e gessatura, posa di ponteggi, sistemazione di soffitti e di interni, nonché posa di piastrelle che, su richiesta, fornisce agli offerenti conferme riguardo alla conformità con i contratti collettivi di lavoro all'attenzione dei servizi di aggiudicazione.

Il capoverso 4 disciplina anche l'osservanza degli obblighi di annuncio e di autorizzazione di cui all'articolo 6 della legge del 17 giugno 2005¹⁰⁴ contro il lavoro nero (LLN), in particolare nell'ambito del diritto in materia di assicurazioni sociali, stranieri e imposte alla fonte. Questo è necessario perché il lavoro nero costituisce d'ora in poi un criterio per l'esclusione o la revoca (art. 44 cpv. 2 lett. g D-LAPub). Il committente deve pertanto poter fare controllare l'osservanza di questi obblighi.

La garanzia e il controllo dell'osservanza delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e delle condizioni di lavoro possono avvenire sia durante la procedura di appalto sia dopo la conclusione del contratto. Quest'ultima variante è particolarmente appropriata nel caso di catene variabili di fornitura, ad esempio nell'industria tessile. Le trasgressioni devono essere sanzionate da disposizioni nei contratti di appalto, in particolare tramite pene convenzionali.

Cpv. 5

Lo scambio di informazioni tra il committente e i diversi organi di controllo del mercato del lavoro e le autorità previste da leggi speciali è disciplinato nel capoverso 5. Per applicare le sanzioni di cui all'articolo 45 D-LAPub, il committente, gli organi e le autorità competenti devono poter scambiare le informazioni necessarie sull'esistenza, ad esempio, di una violazione delle condizioni salariali e di lavoro minime. Sono organi di controllo in particolare:

¹⁰³ RS 823.20

¹⁰⁴ RS 822.41

- gli organi di controllo di cui all'articolo 4 LLN;
- le autorità di cui all'articolo 11 LLN, segnatamente nel settore delle assicurazioni sociali, delle imposte alla fonte e degli stranieri;
- gli organi paritetici di esecuzione ai sensi dell'articolo 3 della legge federale del 28 settembre 1956¹⁰⁵ concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro;
- le commissioni tripartite di cui all'articolo 360b CO;
- le autorità cantonali di esecuzione ai sensi dell'articolo 41 LL;
- gli organi esecutivi ai sensi dell'articolo 85 della legge federale del 20 marzo 1981¹⁰⁶ sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF);
- gli uffici per l'uguaglianza fra donna e uomo.

Art. 13 Ricusazione

Cpv. 1

Gli offerenti hanno diritto alla valutazione delle loro offerte da parte di un'autorità indipendente rispettivamente da parte di un gruppo di esperti indipendente nel caso di concorso di progettazione o di prestazione globale o di un mandato di studio di progettazione o di prestazione globale. In linea di massima, le norme di ricusazione del diritto generale di procedura si applicano anche ai committenti pubblici. Secondo la prassi attuale esse si applicano già nel momento in cui esiste la mera parvenza di prevenzione o il mero rischio di conflitto di interessi (art. 10 cpv. 1 lett. d della legge federale del 20 dicembre 1968¹⁰⁷ sulla procedura amministrativa [PA]). La concomitanza di diversi elementi che, considerati singolarmente, non presentano un grado di intensità sufficiente a giustificare un obbligo di ricusazione può suscitare anch'essa una preoccupazione motivata di prevenzione. Inoltre la parvenza di prevenzione può essere destata da interessi economici sotto forma di stretta relazione economica (ad es. rapporto di lavoro, detenzione di partecipazioni) oppure di rapporto di concorrenza, a condizione che motivi oggettivi indichino una certa intensità. Le circostanze che motivano la ricusazione sono tanto più valide quanto più intensa e attuale è la relazione¹⁰⁸. Di norma i contatti tra i rappresentanti del committente e i fornitori nell'ambito delle relazioni contrattuali esistenti o nell'analisi di mercato prima di un appalto non raggiungono questa intensità.

Si tratta di impedire che negli appalti pubblici i requisiti inerenti alla ricusazione siano resi più restrittivi, se si considera ad esempio il numero relativamente esiguo di offerenti nel settore altamente specializzato delle tecnologie dell'informazione. Per questo motivo, la prassi summenzionata volta a garantire l'indipendenza dei giudici costituzionali non può essere facilmente trasferita alla procedura di appalto. In questo senso, ad esempio, non si possono escludere cambiamenti di persone tra offerenti e committenti. L'Amministrazione federale occupa, nell'informatica e

¹⁰⁵ RS 221.215.311

¹⁰⁶ RS 832.20

¹⁰⁷ RS 172.021

¹⁰⁸ Cfr. decisione incidentale del TAF B-4852/2012 del 15 novembre 2012, consid. 4 segg.

nell'edilizia ad esempio, collaboratori che hanno già lavorato presso un potenziale offerente. Del resto essa dipende da questo know-how. A seconda delle circostanze, i contatti con gruppi specializzati vanno valutati positivamente poiché accrescono le competenze specialistiche e settoriali dei committenti. L'indipendenza non è quindi astratta, ma va sempre valutata sulla base dei compiti e delle funzioni del diritto in materia di appalti pubblici. A differenza dell'articolo 10 PA, la mera parvenza di prevenzione non basta, ma la prevenzione deve avere ripercussioni concrete sulla procedura di appalto. Ad esempio, se è appurato che un collaboratore prevenuto si è astenuto volontariamente nella valutazione delle offerte oppure che il suo contributo nell'ambito della procedura di appalto non è determinante per la decisione dell'aggiudicazione, una ripetizione dell'intera procedura sarebbe sproporzionata e non conciliabile con gli obiettivi del diritto in materia di appalti pubblici.

Con l'espressione «agito per un offerente nella medesima procedura» secondo la lettera d si intende che un collaboratore, coinvolto nel bando in questione, di un committente pubblico, nei 18 mesi antecedenti al bando ha partecipato in qualità di collaboratore o rappresentante di un potenziale offerente allo svolgimento di una commessa precedente nello stesso ambito (costituente l'oggetto dell'appalto).

Per considerazioni di praticabilità, nella fattispecie completa della lettera e è fatta salva la prova secondo cui le circostanze che mettono in dubbio l'indipendenza (ad es. la vicinanza personale tra committente e offerente) non siano state rilevanti ai fini dell'esito della procedura.

Cpv. 2 e 3

Non si può aspettare fino all'aggiudicazione per invocare la ricusazione. La domanda di ricusazione va presentata non appena si è a conoscenza di fatti che rendono probabile una prevenzione. Il committente decide in merito con una decisione incidentale, a cui la persona considerata prevenuta non partecipa. Il principio secondo il quale l'offerente deve invocare presunte irregolarità immediatamente dopo la loro scoperta si applica all'intera procedura di aggiudicazione. Anche nel caso di altre violazioni del diritto l'offerente non può ritardare la contestazione fino al momento dell'aggiudicazione a un concorrente. L'offerente sottostà dunque a un obbligo di contestazione la cui inosservanza comporta la perdita del diritto di ricorso.

Art. 14 Preimplicazione

Cpv. 1

La presente disposizione corrisponde al vigente articolo 21a capoverso 1 OAPub. Il disciplinamento della preimplicazione si fonda sul principio della parità di trattamento¹⁰⁹ e su quello del promovimento della concorrenza e dell'impiego economico dei fondi pubblici. Secondo la prassi del TF, la preimplicazione è data se un offerente ha partecipato alla preparazione di una procedura di appalto, ad esempio allestendo le basi del progetto, elaborando la documentazione del bando oppure fornendo al

¹⁰⁹ Cfr. CRM 2006-004 del 26.06.2006, consid. 2.

committente informazioni su determinate specifiche tecniche delle prestazioni da acquistare¹¹⁰.

Solo una preimplicazione qualificata può determinare il divieto di partecipazione a una procedura di appalto. Questa conseguenza giuridica non subentra se l'attuale vantaggio in termini di conoscenze nei confronti degli altri offerenti è solo esiguo, se la prestazione messa a concorso può essere fornita unicamente da pochi offerenti oppure se in un intento di trasparenza la partecipazione dell'offerente preimplicato e il suo vantaggio in termini di conoscenze sono resi noti agli altri offerenti nonché compensati¹¹¹.

Il principio della parità di trattamento impone al committente di non accordare agli offerenti vantaggi che i loro concorrenti non ottengono. Se il vantaggio concorrenziale tratto dalla preimplicazione è compensato, il committente può rinunciare all'esclusione dell'offerente preimplicato (questi non ha tuttavia diritto alla compensazione del vantaggio concorrenziale). Rientra nell'apprezzamento del committente decidere se, nel caso concreto, dispone del tempo sufficiente e delle risorse necessarie per compensare il vantaggio concorrenziale. Se il committente non compensa il vantaggio di un offerente preimplicato, tale offerente deve essere escluso dalla procedura ulteriore.

Le gare d'appalto complesse sono spesso suddivise in fasi. Il punto di partenza consiste in un'analisi del fabbisogno, un lavoro di ricerca, un progetto di massima o la creazione di un prototipo (cfr. in proposito anche art. 21 cpv. 2 lett. f D-LAPub). Questi lavori preliminari sono spesso aggiudicati per incarico diretto o mediante invito in base al valore della commessa. Non è possibile dare una risposta generale alla domanda se questi lavori preliminari comportino una preimplicazione dell'offerente che vi ha partecipato. A titolo esplicativo si riportano i due esempi sottostanti.

- X viene incaricato di preparare un progetto per equipaggiare un grande immobile della Confederazione con la rete LAN wireless. Sono oggetto della fornitura piani dettagliati per ciascun piano dell'immobile con le ubicazioni dell'infrastruttura tecnica. Su questa base viene indetto un bando pubblico per la fornitura e l'implementazione dei componenti.
- Dopo lunghi lavori di ricerca e analisi del fabbisogno, Y sviluppa una nuova tessera per il personale (badge) dell'Amministrazione federale che consente di attivare varie prestazioni (accesso, mensa, tragitti in treno, casse malati ecc.). Le funzioni del badge sono documentate in un esauriente rapporto, tuttavia alcune di esse (così come il pagamento senza contatto con il microchip NFC) si basano su tecnologie proprietarie di Y e non sono rese pubbliche.

Nel primo caso la pubblicazione degli oggetti della fornitura consente di compensare il vantaggio concorrenziale di X. Nel secondo caso Y ha un vantaggio incolmabile nei confronti dei concorrenti, non solo in virtù dei suoi diritti immateriali e dei segreti d'affari, ma anche per la sua notevole competenza tecnica, che gli permette di produrre in massa una soluzione basata sui propri punti di forza. La questione del

¹¹⁰ Cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005, consid. 3.1.

¹¹¹ Cfr. decisione incidentale del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008, consid. 5.2 seg.

vantaggio concorrenziale non può essere dunque valutata in modo astratto, bensì unicamente in relazione al caso concreto.

Cpv. 2

Non è sempre possibile evitare una preimplicazione di singoli offerenti. In questo contesto è determinante il fatto che il committente renda accessibili anche agli altri offerenti le speciali conoscenze dell'offerente preimplicato, per garantire in tal modo pari opportunità. Quello che capita regolarmente, anche se non si tratta di preimplicazione ai sensi della legislazione sugli appalti pubblici, è ad esempio che commesse permanenti vengono messe periodicamente a concorso. In questo caso è evidente che gli offerenti che hanno già fornito una prestazione abbiano un vantaggio in termini di informazioni. Sarebbe contrario al principio della parità di trattamento escludere a priori gli attuali fornitori dalle prestazioni che devono periodicamente essere messe a concorso¹¹². Anche qui è tuttavia consigliabile compensare il vantaggio informativo, documentando se possibile le prestazioni fornite e le esperienze dei precedenti offerenti.

La compensazione delle asimmetrie informative è tanto importante quanto il fatto di evitarle. Il capoverso 2 corrisponde in ampia misura al vigente articolo 21a capoverso 2 OAPub ed elenca varie possibilità per i committenti di compensare il vantaggio concorrenziale di un offerente preimplicato: il principio di trasparenza non esige soltanto la comunicazione di asimmetrie informative, ma anche la pubblicazione di tutte le informazioni rilevanti affinché tutti gli offerenti dispongano di pari condizioni (lett. a). La misura di compensazione «comunicazione dei nomi dei partecipanti ai lavori preliminari» (lett. b) non costituisce ancora di per sé una misura finalizzata alla compensazione di un vantaggio concorrenziale¹¹³. Per contro, la proroga dei termini minimi (lett. c) per tutti gli offerenti in pari misura, quindi anche per quelli che beneficiano di un vantaggio concorrenziale, rappresenta un mezzo fondamentalmente adeguato per compensare le lacune informative e dunque il vantaggio concorrenziale¹¹⁴.

Cpv. 3

Un bando pubblico è finalizzato all'acquisto di prestazioni e non a un'analisi di mercato. Il committente è tenuto a farsi un'opinione sulle soluzioni offerte dal mercato *prima* del bando. A tale scopo può rivelarsi necessario effettuare un'analisi di mercato o affidarla a un terzo indipendente.

Se i risultati dell'analisi di mercato sono messi a disposizione con la documentazione del bando, le suddette analisi non determinano una preimplicazione degli offerenti consultati prima del bando. Non vi è preimplicazione anche quando il vantaggio in termini di conoscenze del terzo incaricato dell'analisi può essere compensato e quest'ultimo è nominato nella documentazione del bando. Ciò vale in particolare nel caso in cui non sussiste altrimenti una concorrenza residua per motivi oggettivi.

¹¹² Cfr. decisione incidentale del TAF B-4621/2008 del 6 ottobre 2008, consid. 5.5.

¹¹³ Cfr. decisione incidentale del TAF B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.

¹¹⁴ Cfr. sentenza del TAF B-1358/2013 del 23 luglio 2013, consid. 4.5.

Art. 15 Determinazione del valore della commessa

La presente disposizione corrisponde in ampia misura a quella attuale contemplata dagli articoli 14a, 15 e 15a OAPub. Il valore della commessa è rilevante per la scelta della procedura ammessa. Per ogni genere di commessa si applicano valori soglia diversi (art. 16 D-LAPub), stabiliti negli elenchi degli impegni degli accordi internazionali sugli appalti pubblici. I valori di conversione in franchi svizzeri applicabili ai diritti speciali di prelievo del GPA e degli accordi di libero scambio con Stati terzi nonché agli importi in euro dei valori soglia contenuti nell'Accordo Svizzera-UE figurano nell'allegato 4 del disegno di legge.

Cpv. 1

Per stabilire se il valore soglia è raggiunto in base ai contenuti e ai quantitativi sicuri o previsti dell'oggetto dell'appalto, il committente è tenuto a fare una stima, fondata sulle proprie conoscenze e su analisi specifiche del mercato. La procedura va interrotta a seconda delle circostanze se dopo la presentazione delle offerte dovesse emergere che si sarebbe dovuta applicare una procedura di livello superiore (ad es. la procedura di pubblico concorso anziché la procedura mediante invito o quella per incarico diretto). Per contro, se le offerte sono inferiori ai valori soglia della procedura scelta, questa deve essere portata a termine senza eccezione.

Cpv. 2

Nel caso di più commesse di prestazioni edili, fornitura e prestazioni di servizio di medesimo genere e in particolare di suddivisione in lotti, il valore delle stesse è determinato in base al valore complessivo cumulato¹¹⁵, poiché una commessa pubblica non può essere suddivisa nell'intento di eludere l'applicazione della presente legge. È determinante il futuro fabbisogno del committente. Deve essere svolto un unico bando per tutto ciò che è strettamente correlato in base al fabbisogno concreto. L'obbligo di diligenza qualificato di uno specialista nell'ambito dell'oggetto dell'appalto deve soddisfare la qualità e la completezza della pianificazione e del rilevamento del fabbisogno (globale) svolti in modo appropriato. Il divieto di suddivisione è già ancorato nel diritto in vigore (art. 7 cpv. 1 LAPub); esso costituisce un elemento centrale del diritto in materia di appalti pubblici (art. II par. 6 GPA 2012). Una suddivisione illecita non presuppone soltanto un intento contrario alla legge da parte del committente pubblico; è sufficiente la conseguenza oggettiva, ovvero l'aggiramento dei valori soglia.

Cpv. 3

È determinante la totalità delle prestazioni e delle retribuzioni oggetto del bando, sempre che esse siano strettamente correlate sotto il profilo materiale o legale. Tale correlazione sussiste, ad esempio, quando le prestazioni non possono ragionevolmente essere acquistate separatamente le une dalle altre, in particolare se perseguono il medesimo scopo, se sono fornite dalla medesima persona o se non è auspicata la

¹¹⁵ Cfr. CRM 2003-021 del 5 novembre 2003, consid. 1

ripartizione delle responsabilità¹¹⁶. Nella determinazione del valore della commessa devono essere considerate le opzioni di proroga e le opzioni di commesse successive.

Cpv. 4

Nel caso dei contratti di lunga durata, bisogna distinguere a priori se sono stati conclusi per una durata determinata o indeterminata. Il valore della commessa dei contratti di durata fissa corrisponde alle retribuzioni cumulate sull'arco della durata contrattuale concordata, anche se a seconda delle circostanze è riservata per contratto una disdetta anticipata. Il committente deve convenire soltanto in casi eccezionali una durata contrattuale superiore ai cinque anni e deve motivare questa eccezione. Si tratta nella fattispecie di una direttiva amministrativa interna priva di effetti giurisdizionali. I contratti di lunga durata sono giustificati segnatamente per motivi di economicità, come la necessità di tutelare gli investimenti o di considerare il ciclo di vita del prodotto, che comportano quindi un accesso limitato al mercato. Ad esempio, la manutenzione o l'esercizio di sistemi IT, spesso ammortizzati a lungo termine per questioni di economicità, richiedono contratti di lunga durata. Occorre verificare caso per caso se è opportuno estendere la durata oltre i cinque anni e affrontare in tale periodo le conseguenti limitazioni della concorrenza. In ogni caso l'oggetto della prestazione deve essere determinato in modo sufficientemente concreto per l'intera durata del contratto.

Le stesse condizioni si applicano anche alle proroghe di contratti esistenti. Tuttavia tali proroghe devono essere valutate in modo più rigoroso rispetto alle stipule di nuovi contratti.

Cpv. 5

Nei contratti di durata indeterminata il valore della commessa è calcolato moltiplicando le retribuzioni mensili per 48. In linea di massima i contratti di durata indeterminata devono essere impostati in modo da non escludere dal mercato altri offerenti per un periodo troppo lungo.

Pertanto è consigliabile procedere a una nuova aggiudicazione delle prestazioni disciplinate per contratto al termine della durata indeterminata, ma al massimo alla scadenza dei 48 mesi. Occorre osservare che la disposizione non invita alla suddivisione e agli appalti annuali. Inoltre, dal punto di vista del diritto in materia di appalti pubblici i contratti di durata indeterminata possono essere stipulati solo con prudenza. Infine il valore della commessa deve essere sempre stimato sulla base dell'effettivo fabbisogno.

¹¹⁶ Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010 concernente la modifica dell'OAPub, pag. 9, consultabile all'indirizzo: www.admin.ch > Documentazione > Comunicati stampa > Il Consiglio federale decide una modifica dell'ordinanza sugli acquisti pubblici.

Cpv. 6

Alcune prestazioni sono periodicamente riappaltate dal committente per lo stesso genere e la stessa quantità. Ciò riguarda ad esempio la fornitura di carta per fotocopie, i prodotti di pulizia per la manutenzione degli edifici, i combustibili e i carburanti, i materiali di consumo generici per l'Amministrazione, gli annunci nei media per il reclutamento di personale ecc. Qualora venga concluso un contratto di lunga durata si applicano i criteri di valutazione di cui ai capoversi 4 e 5. In caso di ripetuti nuovi appalti singoli (senza contratto di lunga durata o contratto quadro), il valore della commessa deve essere calcolato in base al capoverso 6.

Mentre l'articolo II paragrafo 7 GPA 2012 utilizza l'espressione di «recurring contracts» ossia «prestazioni periodiche», in vista dell'obiettivo di armonizzazione qui viene volutamente utilizzata la formulazione «prestazioni richieste periodicamente» che riguarda tutte le prestazioni, ossia le prestazioni edili, le forniture e le prestazioni di servizio.

Il capoverso 6 non invita a suddividere i contratti di lunga durata per appalti con un orizzonte temporale di più anni in contratti a catena di durata annuale. Come requisito minimo, il capoverso 6 prevede piuttosto l'obbligo di cumulare il valore della commessa di forniture periodiche di durata annuale per contrastare la suddivisione in piccole commesse dello stesso tipo per un periodo prolungato. Dal profilo della concentrazione del volume e della concorrenza (economicità), anche in questi casi si raccomanda perlopiù di mettere a concorso e stipulare contratti di lunga durata conformemente ai capoversi 4 e 5 (cfr. anche il commento all'art. 25 Contratti quadro).

*Capitolo 4 Procedura di aggiudicazione**Art. 16 Valori soglia**Cpv. 1 e 2*

I valori soglia determinano il tipo di procedura in funzione del valore della commessa. Gli appalti al di sotto dei valori soglia non avvengono secondo l'apprezzamento del committente. Anche l'incarico diretto è retto da regole ed è soggetto alla legge. La validità della legge non è limitata dai valori soglia e si applica anche agli appalti inferiori ai valori soglia, fermo restando che per essi sono disponibili ulteriori procedure (art. 20 Procedura mediante invito) che però non garantiscono una protezione giuridica esaustiva.

I valori soglia per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sono indicati negli allegati 1, 2 e 3 dell'appendice I (Svizzera) del GPA 2012 e nell'articolo 3 capoverso 4 dell'Accordo Svizzera-UE, come pure negli allegati agli accordi concernenti l'accesso al mercato conclusi con Stati terzi. I valori soglia figureranno nell'allegato 4 della LAPub. Esso sostituirà l'attuale ordinanza del DEFR sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici e fornirà, analogamente agli allegati del CIAP, una panoramica dei valori soglia rilevanti per la scelta della procedura di aggiudicazione (sia per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sia per quelli che non rientrano in tale ambito). L'allegato sarà periodicamente controllato dal Consiglio federale conformemente al capoverso 1 secondo periodo e se del caso modificato. Il progetto CIAP prevede un meccanismo parallelo di adeguamento.

Agli Stati contraenti è concesso di prevedere valori soglia inferiori rispetto ai loro impegni internazionali, ma tali Stati non possono innalzare i propri valori soglia oltre le prescrizioni in vigore nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Dato che i valori soglia del GPA e degli accordi di libero scambio con Stati terzi sono espressi in diritti speciali di prelievo e quelli dell'Accordo Svizzera-UE in euro, i valori in franchi svizzeri devono essere adeguati periodicamente. Per la conversione è determinante la decisione del Comitato degli appalti pubblici dell'OMC. I valori soglia saranno adeguati periodicamente in base al variare dei tassi di cambio. Tale adeguamento è effettuato sotto l'egida del DEFR, previa consultazione dei Cantoni.

Gli impegni assunti nell'ambito di applicazione del diritto internazionale valgono anche per i Cantoni. Se le concessioni in merito ai servizi di aggiudicazione subnazionali (Cantoni e Comuni) sono adeguate o rinegoziate, i Cantoni collaborano ai rispettivi negoziati internazionali conformemente all'articolo 55 Cost. La loro collaborazione va ben al di là della richiesta di un parere nell'ambito di una procedura di consultazione.

Cpv. 3

La norma sui conflitti di leggi di cui al capoverso 3 corrisponde alla prassi attuale e alla teoria dell'elemento prevalente, già spiegata all'articolo 5 D-LAPub. Sono da attendersi diversi valori soglia, in particolare nel caso di consorzi composti di committenti di cui all'articolo 4 capoverso 1 D-LAPub e di committenti operanti sui mercati settoriali di cui all'articolo 4 capoverso 2 D-LAPub.

Cpv. 4 e 5

Nel settore dell'edilizia si applica una norma speciale concernente le opere edili, in base alla quale i valori stimati della commessa di un determinato progetto devono essere sommati anche se possono essere messi a concorso singolarmente senza violare il divieto di suddivisione. Per stabilire il valore di una commessa che rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e che riguarda un'opera edile è determinante il valore complessivo di tutte le prestazioni edili (lavori di costruzione di edifici e d'opere d'ingegneria civile). Per contro, nel caso di commesse di forniture e di prestazioni di servizio che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e di tutte le commesse pubbliche che non rientrano in tale ambito di applicazione è determinante il valore della singola prestazione (qui occorre osservare il divieto di suddivisione, cfr. cpv. 5). Per ragioni di praticabilità, la norma concernente le opere edili prevede un'eccezione, la cosiddetta «clausola bagatella». Essa semplifica l'aggiudicazione di commesse edili se il valore delle singole prestazioni non raggiunge due milioni di franchi e la somma di tali valori non supera il 20 per cento del valore complessivo dell'opera edile. La Confederazione e i Cantoni devono trattare le singole commesse suddivise come «casi bagatella» secondo i valori soglia determinanti per il valore della loro (singola) commessa (per i Cantoni cfr. in proposito l'art. 5 cpv. 2 LMI e i valori soglia di cui all'allegato 2 progetto CIAP).

Art. 17 Tipi di procedura

Anche in futuro esisterà come finora un numero fisso di procedure ammesse: la procedura di pubblico concorso, selettiva, mediante invito o per incarico diretto. Non sono ammessi nuovi tipi o tipi misti di procedura. Ciò non significa tuttavia che le procedure previste non possano essere completate con elementi specifici alla commessa. La condizione è dettata dal principio secondo cui deve essere riconoscibile in ogni momento la procedura applicata prevista dalla legge. Occorre inoltre considerare lo scopo della legge e osservare i principi procedurali generali.

Se ne ha ragionevole motivo, il committente può optare per una procedura di livello superiore (ovvero una procedura di pubblico concorso o selettiva anziché mediante invito; la procedura mediante invito anziché per incarico diretto, sempre che la fattispecie lo consenta), anche se la legge si limita a richiedere una forma di procedura più semplice. Questa scelta non può avvenire senza un motivo oggettivo. Nell'ottica dell'economia di gestione non ha alcun senso prevedere una procedura di pubblico concorso o selettiva per appalti di modesta entità.

Il committente decide a favore della procedura di pubblico concorso o selettiva in funzione di aspetti pratici, segnatamente in relazione alla complessità delle prestazioni da acquistare e al numero di offerte attese. La procedura per incarico diretto, nella quale una commessa viene aggiudicata direttamente senza indire un bando, è applicabile soltanto in caso di forniture e prestazioni di servizio inferiori a 150 000 franchi o di prestazioni edili inferiori a 300 000 franchi. In deroga al principio descritto della scelta della procedura di aggiudicazione in funzione del valore della commessa, sono ammesse alcune eccezioni: anche al di là del valore soglia applicabile alla rispettiva procedura sono eccezionalmente possibili la procedura per incarico diretto (art. 21 cpv. 2 D-LAPub) e la procedura mediante invito (art. 20 cpv. 3 D-LAPub).

Art. 18 Pubblico concorso

Cpv. 1 e 2

Nella procedura di pubblico concorso le prestazioni sono messe direttamente a concorso e non viene effettuata una preselezione degli offerenti. Tutti gli offerenti interessati presentano direttamente le loro offerte. Il committente può escludere dalla procedura gli offerenti inadeguati tramite una decisione impugnabile singolarmente (art. 53 cpv. 1 lett. g D-LAPub) oppure nella decisione di aggiudicazione.

Sia la procedura di pubblico concorso che quella selettiva descritta di seguito garantiscono pieno accesso al mercato.

Art. 19 Procedura selettiva

Cpv. 1

La procedura selettiva inizia anch'essa con un bando pubblico. Gli offerenti interessati devono anzitutto presentare la loro domanda di partecipazione alla procedura.

Cpv. 2 e 3

Dapprima il committente esamina l'idoneità degli offerenti che hanno presentato una domanda di partecipazione alla procedura. Mentre la scelta degli offerenti ammessi alla procedura mediante invito rientra nel potere discrezionale del committente, nel quadro della procedura selettiva il numero di offerenti è ridotto a seguito di un esame strutturato della loro idoneità. Per ragioni legate all'economia procedurale e per garantire una concorrenza sufficientemente ampia nella procedura d'offerta dopo la prequalificazione, l'esame dell'idoneità può comprendere già determinati requisiti minimi indispensabili per l'oggetto dell'appalto (specifiche tecniche). La decisione relativa all'idoneità (prequalificazione) è impugnabile singolarmente (art. 53 cpv. 1 lett. b D-LAPub). Soltanto gli offerenti prequalificati sono invitati a presentare un'offerta.

Se resta garantita una concorrenza efficace, oltre all'esame preliminare dell'idoneità nella procedura selettiva è possibile limitare, per motivi di efficienza, il numero degli offerenti che possono presentare un'offerta. Al riguardo il committente sottostà a un doppio obbligo: da un lato, la necessità di limitare il numero di offerenti deve essere oggettivamente motivata; dall'altro, l'intento di limitare il numero degli offerenti e il numero massimo di offerenti ammessi devono già essere resi noti nel bando¹¹⁷.

*Art. 20 Procedura mediante invito**Cpv. 1*

La procedura mediante invito non è prevista nel diritto internazionale. Essa si applica alle commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali secondo i valori soglia applicabili. Il diritto in vigore prescrive la procedura mediante invito in caso di acquisto di beni per commesse del valore di almeno 50 000 franchi. Nel nuovo allegato 4 questo valore soglia è adeguato a quello per le prestazioni di servizio, pertanto la procedura mediante invito è ammessa fino a un valore della commessa di 150 000 franchi. Nell'ottica di un'armonizzazione con la legislazione cantonale, in futuro le prestazioni edili potranno essere aggiudicate mediante procedura per incarico diretto fino a un valore della commessa di 300 000 franchi. La procedura mediante invito è dunque applicabile all'appalto di beni e prestazioni di servizio a partire da 150 000 franchi fino a concorrenza dei valori soglia stabiliti a livello internazionale e, nell'ambito delle prestazioni edili, a partire da 300 000 franchi fino al valore soglia (inferiore) previsto dal diritto nazionale per una procedura di pubblico concorso o selettiva (attualmente 2 mio. fr.). Con l'armonizzazione proposta dei valori soglia determinanti per la scelta del tipo di procedura a livello di Confederazione e Cantoni è pertanto ampiamente attuata una richiesta formulata dalla maggioranza dei partecipanti alla procedura di consultazione.

¹¹⁷ Cfr. CRM 003/98 dell'8 ottobre 1998 (GAAC 63.16), consid. 4 seg.

Cpv. 2

La scelta o la limitazione degli offerenti ammessi alla procedura mediante invito rientra nel potere discrezionale del committente. Questa disposizione corrisponde al vigente articolo 35 capoverso 1 OAPub. Per garantire un minimo di concorrenza il committente dovrebbe invitare almeno tre offerenti idonei a presentare un'offerta. Nella prassi questa condizione è soddisfatta se vengono invitati possibilmente almeno tre offerenti, ma ciò non significa che debbano essere effettivamente presentate altrettante offerte. Per il resto la procedura si orienta alle disposizioni della legge concernenti l'aggiudicazione di commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Cpv. 3

Nella procedura mediante invito l'acquisto di armi, munizioni e materiale bellico può essere effettuato senza limiti di importo, dato che non rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (all. 5 n. 1 lett. c). Lo stesso vale per altri tipi di acquisti indispensabili ai fini della difesa e della sicurezza. Il capoverso 3 rimanda quindi alla disposizione derogatoria dell'articolo 10 capoverso 4. A discrezione del committente, in questi casi è possibile rinunciare del tutto a una procedura di aggiudicazione o scegliere una procedura mediante invito, se gli obiettivi di protezione lo consentono. Ciò può essere rilevante, ad esempio, per gli acquisti compiuti da unità amministrative con compiti militari o di polizia (armasuisse, fedpol, Amministrazione federale delle dogane o Corpo delle guardie di confine).

Art. 21 Incarico diretto

La procedura per incarico diretto era già prevista all'articolo XV del GPA 1994. È prevista anche nella legislazione dell'Unione europea (art. 32 della direttiva 2014/24/UE¹¹⁸ e art. 50 della direttiva 2014/25/UE¹¹⁹) come pure nell'articolo 16 LAPub. Come già nel GPA 1994, anche la frase introduttiva dell'articolo XIII GPA 2012 («Incarico diretto») prevede la riserva secondo la quale il committente non può ricorrere a questa procedura allo scopo di evitare la concorrenza tra gli offerenti o in modo tale da discriminare gli offerenti di altre Parti. Questo principio vale per tutte le fattispecie illustrate di seguito, che devono essere applicate in modo restrittivo.

Cpv. 1

Nella procedura per incarico diretto il committente aggiudica una commessa pubblica direttamente, senza indire un bando. Il committente entra quindi direttamente in trattativa contrattuale con un offerente, senza indire dapprima un bando o svolgere una procedura mediante invito. Questa procedura non è uno strumento equivalente alla procedura di pubblico concorso o selettiva. I principi del diritto in materia di appalti pubblici – economicità, trasparenza, concorrenza – sono considerati solo in

¹¹⁸ Cfr. nota 40.

¹¹⁹ Cfr. nota 41.

forma attenuata. La possibilità di richiedere offerte comparative e svolgere negoziazioni esiste comunque, ma non è rilevante per tutte le fattispecie. In particolare le condizioni di cui al capoverso 2 lettera c precluderebbero per definizione una concorrenza tra gli offerenti, quindi la possibilità di richiedere offerte comparative.

Cpv. 2

Secondo l'allegato 4, la procedura per incarico diretto è sempre ammessa per gli appalti concernenti prestazioni edili inferiori a 300 000 franchi come pure per le forniture e le prestazioni di servizio di valore inferiore a 150 000 franchi. Se questi valori soglia sono raggiunti o superati, la procedura per incarico diretto è ammessa solo in presenza di una delle eccezioni di cui al capoverso 2.

Il capoverso 2 recepisce nel diritto nazionale l'elenco delle eccezioni stabilite nell'articolo XIII paragrafo 1 lettere a–h del GPA 2012, che consentono l'aggiudicazione mediante incarico diretto. L'elenco corrisponde, salvo esigue modifiche, al diritto vigente (art. 13 cpv. 1 OAPub). L'elenco è esaustivo e non consente interpretazioni per analogia. Secondo la prassi consolidata, queste fattispecie vanno interpretate in maniera restrittiva dato il loro carattere eccezionale¹²⁰. Si tratta sempre di casi in cui la procedura di pubblico concorso e la procedura selettiva non sarebbero fattibili o risulterebbero non opportune, ad esempio per l'assenza di un regime di concorrenza per motivi inerenti alla protezione dei diritti immateriali. Lo stesso vale per appalti successivi o urgenti dovuti a motivi imprevedibili e non per responsabilità diretta.

Lett. a: il committente non può impostare la documentazione del bando in modo da impedire all'offerente l'adempimento dei requisiti per poi aggiudicare le prestazioni per incarico diretto. Una procedura per incarico diretto ai sensi della lettera a presuppone che le condizioni di partecipazione e altri requisiti del bando non vengano sostanzialmente modificati (art. XIII par. 1 lett. a GPA 2012), ossia i requisiti non devono essere attenuati rispetto alla procedura di pubblico concorso o selettiva. Questa fattispecie è praticabile anche quando, in caso di suddivisione delle prestazioni messe a concorso in lotti, uno dei lotti rimane senza offerta.

Lett. b: di regola l'esistenza di un accordo illecito in materia di concorrenza non può essere constatata facilmente. Occorre una verifica accurata. Tuttavia, se sussistono indizi sufficienti per ritenere che vi sia un accordo, è possibile consultare la COMCO e chiedere una prima valutazione. Se ha motivi sufficienti per presumere un accordo illecito in materia di concorrenza e se non sussiste concorrenza residua al di là del cartello creato nell'ambito del bando di concorso, al committente dovrebbe essere data la facoltà di ricorrere alla procedura per incarico diretto.

Lett. c: questa fattispecie corrisponde alla normativa attuale consolidata. In particolare può essere applicata per le prime aggiudicazioni. Essa è adempita se la commessa, a motivo delle peculiarità tecniche o artistiche o per motivi di protezione della proprietà intellettuale, può essere aggiudicata soltanto a un determinato offerente. Ciò si verifica ad esempio quando, in assenza di alternative adeguate, questo offe-

¹²⁰ Cfr. CRM 2000-007 del 3 novembre 2000 (GAAC 65.41), consid. 4a.

rente è l'unico a essere in grado di fornire un determinato prodotto o una determinata prestazione edile o di servizio. Per giustificare la procedura per incarico diretto il committente è tenuto non solo a illustrare i motivi tecnici, ma anche a spiegare in maniera credibile e comprovare che questi motivi (di natura tecnica, artistica o nell'ambito dei diritti immateriali) esigono necessariamente l'aggiudicazione per incarico diretto¹²¹. Gli accordi contrattuali tra il committente e terzi che limitano la concorrenza nell'ambito di un appalto pubblico o hanno un effetto di questo tipo (ad es. clausole stipulate con architetti o ingegneri) non costituiscono né peculiarità tecniche né peculiarità artistiche e non rappresentano dunque motivi ammissibili per appellarsi all'eccezione di cui alla lettera c. In caso di ricorso contro una procedura per incarico diretto, l'onere della prova di essere disposto e in grado di fornire prestazioni intercambiabili incombe all'offerente che interpone ricorso¹²².

Let. d: per l'applicazione della clausola di urgenza è necessario che siano adempite cumulativamente talune condizioni, ovvero deve verificarsi un evento imprevedibile che è all'origine di una situazione di urgenza (come una pandemia o una catastrofe naturale, nuovi requisiti legali o del diritto internazionale senza un corrispondente periodo transitorio che rendono necessario un appalto urgente). L'evento non deve essere dunque imputabile al committente (ad es. per inattività o pianificazione lacunosa). L'urgenza deve essere tale da impedire al committente di assolvere i propri obblighi qualora esegua una procedura di pubblico concorso, selettiva o mediante invito. Se disponibili, sono comunque da preferire mezzi più blandi (ad es. riduzione dei termini per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali secondo l'art. 47 cpv. 1 D-LAPub).

Let. e: questa disposizione riguarda le commesse successive. Essa prevede d'ora in poi la procedura per incarico diretto se all'offerente originario devono essere aggiudicate prestazioni per sostituire, completare o ampliare forniture, prestazioni edili o prestazioni di servizio già fornite, poiché il cambiamento di offerente non sarebbe possibile per motivi economici o tecnici, comporterebbe notevoli difficoltà o determinerebbe costi supplementari sostanziali. Simili motivi possono ad esempio risiedere nel fatto che i materiali, le prestazioni di servizio, gli impianti e le prestazioni (programmi informatici, software ecc.) non sono facilmente intercambiabili. Proprio laddove occorra garantire l'interoperabilità tra componenti esistenti non è opportuno eseguire una procedura di pubblico concorso o selettiva.

Nella motivazione scritta il committente deve esporre in maniera verificabile i motivi per cui presume una mancanza di intercambiabilità o interoperabilità tra materiali, software, prestazioni di servizio o impianti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale o i motivi per cui il cambiamento di offerente comporterebbe notevoli difficoltà o costi supplementari sostanziali. Per quanto riguarda i costi supplementari prospettati, la differenza deve essere considerevole: non tutti gli aumenti dei costi prospettati autorizzano l'aggiudicazione senza bando. I costi supplementari devono essere proporzionati, ovvero non deve sussistere un rapporto ragionevole con il prezzo della commessa oggetto dell'aggiudicazione per incarico diretto in questione. Rientrano nel calcolo dei costi prospettati anche i costi di conversione e di installazione, come

¹²¹ Cfr. CRM 2000-007 del 3 novembre 2000 (GAAC 65.41), consid. 4b.

¹²² Sentenza del TAF B-3402/2009 del 6 luglio 2010, consid. 3.2.7 e 4.3.

pure quelli di formazione, ossia di acquisizione delle conoscenze specialistiche nonché delle conoscenze relative alle condizioni locali.

Gli appalti successivi presuppongono una commessa di base conforme al diritto in materia di appalti pubblici. Se il valore della commessa per un appalto successivo raggiunge il valore soglia per una procedura di pubblico concorso o selettiva, anche per la commessa di base deve essere stata svolta una procedura di pubblico concorso o selettiva. A prescindere da casi eccezionali comprovati e motivati con valide argomentazioni, il valore di una commessa successiva non può mai superare il valore di una commessa di base e quest'ultima deve essere stata aggiudicata almeno nell'ambito di una procedura mediante invito. Per gli acquisti di cui all'articolo 20 capoverso 3 D-LAPub questo principio si applica indipendentemente dai valori soglia.

Se la commessa di base non è stata aggiudicata con la procedura appropriata, un appalto successivo non è possibile secondo l'articolo 21 capoverso 2 lettera e D-LAPub, altrimenti sarebbero incoraggiate le strategie per eludere la legge. Se diverse commesse successive si riferiscono alla stessa commessa di base, la somma del loro valore non può superare il valore della commessa di base secondo la precedente regola. L'articolo XV GPA 1994 prevedeva tre diverse tipologie di commesse successive (lett. d «consegne supplementari», lett. f «servizi supplementari di costruzione», lett. g «nuovi servizi di costruzione»), che sono state riunite in un'unica disposizione all'articolo XIII paragrafo 1 lettera c GPA 2012 su iniziativa dei singoli Stati membri.

L'attuale regolamentazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera h OAPub (nuova commessa edile che si riferisce a una commessa di base dello stesso tipo) decade. In futuro la lettera e sarà pertinente anche per questi appalti.

Lett. f–h: queste fattispecie corrispondono alla normativa di cui all'articolo XIII paragrafo 1 lettere e–g GPA 2012. Nella prassi hanno avuto una rilevanza limitata. Lo scopo disciplinato all'articolo 2 della legge deve essere osservato anche nelle aggiudicazioni per incarico diretto, ad esempio nelle vendite di liquidazione (lett. h).

Lett. i: corrisponde ampiamente all'articolo XIII paragrafo 1 lettera h GPA 2012. La procedura per incarico diretto è consentita anche quando il committente ha fatto elaborare un compito messo a concorso nel quadro di una «procedura precedente» – ovvero in un concorso di progettazione o prestazione globale o in un mandato di studio – e in seguito intende aggiudicare al vincitore determinate prestazioni successive strettamente correlate a tale compito. Nell'ambito di un concorso possono pertanto essere aggiudicati per incarico diretto:

- al vincitore di un concorso di progettazione, la progettazione successiva, la pianificazione dettagliata o il coordinamento delle prestazioni per realizzare la progettazione, o
- al vincitore di un concorso di prestazione globale, prestazioni di progettazione o di pianificazione e la realizzazione della soluzione proposta per il compito messo a concorso.

Nell'ambito di un mandato di studio possono essere aggiudicati per incarico diretto:

- al vincitore di un mandato di studio di progettazione o di pianificazione, ulteriori prestazioni di progettazione o di pianificazione, o

- al vincitore di un mandato di studio di prestazione globale, prestazioni di progettazione o pianificazione e la realizzazione della soluzione proposta per il compito messo a concorso.

L'espressione «gruppo di esperti» in questa legge è utilizzata come iperonimo e non implica che il gruppo debba essere composto di soli specialisti. Sono considerati gruppi di esperti le giurie dei concorsi o i gruppi di valutazione dei mandati di studio. L'organo che valuta le proposte di soluzione è considerato indipendente se non comprende offerenti che partecipano alla procedura ed è composto in maggioranza di specialisti indipendenti. Il committente può essere rappresentato in seno all'organo.

Queste disposizioni permettono ora di sfruttare a pieno il margine di manovra offerto dal GPA. E proprio le aggiudicazioni di prestazioni intellettuali in futuro dovrebbero aumentare e assumere un'importanza maggiore. Il campo d'applicazione dell'articolo 21 capoverso 2 lettera i e di conseguenza quello dei concorsi e dei mandati di studio in generale non sono limitati al settore dell'edilizia. Le nuove disposizioni relative ai concorsi e ai mandati di studio possono essere applicate in tutti i settori in cui possono essere utili ai fini dell'appalto (ad es. proposte di soluzione nell'ambito della strategia energetica). L'espressione «prestazioni di progettazione» comprende quindi anche le prestazioni che servono alla realizzazione della soluzione, al di fuori del settore dell'edilizia, come i lavori di pianificazione. Nell'ordinanza stabiliremo i requisiti applicabili alla procedura. Seguiremo poi anche l'esecuzione delle disposizioni, segnatamente nell'ambito dell'aggiudicazione di prestazioni intellettuali e se del caso faremo evolvere la normativa. Per il tema relativo ai concorsi e ai mandati di studio cfr. anche il commento dell'articolo 22.

Cpv. 3

Per gli appalti di prestazioni indispensabili agli scopi di difesa e di sicurezza vige una norma particolare. Al fine di garantire l'indipendenza e la sovranità del Paese, le imprese indigene sono indispensabili. Se non è possibile preservarle in altro modo (necessità della misura), per questi offerenti l'aggiudicazione per incarico diretto è giustificata e non costituisce un problema in termini di diritto internazionale, poiché tali appalti non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Cpv. 4

Come già previsto all'articolo XIII paragrafo 2 GPA 2012 e all'articolo 13 capoverso 2 OAPub, il committente redige una documentazione per ogni commessa aggiudicata per incarico diretto superiore al valore soglia determinante per la procedura mediante invito. In particolare, questa documentazione contiene un'esposizione dei motivi e delle circostanze che giustificano la rinuncia a una procedura di pubblico concorso, selettiva o mediante invito. La pubblicazione non è necessaria, poiché viene già pubblicata l'aggiudicazione con le indicazioni conformemente all'articolo 48 capoverso 6 D-LAPub.

Art. 22 *Concorsi di progettazione e di prestazione globale e mandati di studio*

Cpv. 1

I concorsi di progettazione e di prestazione globale e i mandati di studio rivestono un ruolo importante nel settore degli appalti pubblici. *I concorsi di progettazione e i mandati di studio di progettazione* possono essere indetti come concorsi di idee o mandati di studio di idee per elaborare proposte di soluzione riguardo a compiti descritti e delimitati genericamente o come concorsi di progettazione in senso stretto o mandati di studio di progetto riguardo a compiti complessi e descritti in modo chiaro nonché per aggiudicare la realizzazione parziale o integrale di soluzioni. *I concorsi di prestazione globale e i mandati di studio di prestazione globale* sono svolti per elaborare proposte di soluzione riguardo a compiti descritti concretamente, definiti in modo chiaro e preciso nell'ambito dello studio mediante lo scambio di idee tra committente e offerenti, nonché per aggiudicare la realizzazione della soluzione.

I mandati di studio sono stati recepiti nel disegno di legge sulla scorta dei risultati della procedura di consultazione. I trattati internazionali non prevedono norme concernenti l'esecuzione di concorsi e mandati di studio. Tuttavia l'articolo XII paragrafo 1 lettera h GPA 2012 stabilisce che l'aggiudicazione mediante incarico diretto al vincitore di un concorso è ammessa soltanto se il concorso è stato organizzato, soprattutto in merito alla pubblicità, conformemente ai principi dell'Accordo, se i partecipanti o i loro progetti sono giudicati da un gruppo di esperti indipendente e se al vincitore viene prospettato un contratto. Il diritto internazionale è dunque applicabile solo a un secondo livello, successivo alla conclusione del concorso, ma si ripercuote comunque sulla struttura del concorso stesso.

Se la commessa non è aggiudicata al vincitore del concorso o se la procedura di concorso non è conforme ai principi del GPA 2012, è necessario effettuare una procedura di pubblico concorso o selettiva. I concorsi di progettazione e di prestazione globale e il mandato di studio non costituiscono pertanto un vero e proprio tipo di procedura del diritto in materia di appalti pubblici¹²³. Se si vuole arrivare a un'aggiudicazione della commessa al vincitore mediante incarico diretto, il concorso e il mandato di studio vanno piuttosto indetti secondo una procedura conforme al GPA (solitamente una procedura di pubblico concorso o selettiva).

I regolamenti SIA 142/2009 (concorsi) e 143/2009 (mandati di studio) sono di grande importanza pratica nel settore degli appalti pubblici. Si tratta di norme tecniche che da un lato si applicano soltanto se la documentazione del bando vi fa riferimento; dall'altro non possono derogare alle disposizioni (cogenti) della legislazione applicabile in materia di appalti pubblici. Possono tuttavia essere prese in considerazione a fini interpretativi e per colmare lacune¹²⁴.

¹²³ Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Steiner Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3a ediz., Zurigo 2013, n. marg. 990.

¹²⁴ Cfr. CRM 1999-011 del 9 dicembre 1999 (GAAC 64.63), consid. 4 d/bb.

Cpv. 2

Il capoverso 2 elenca gli ambiti nei quali il Consiglio federale dovrà disciplinare nel dettaglio, a livello di ordinanza, i concorsi e i mandati di studio.

«Gruppi di esperti» designa sia i gruppi di valutazione dei mandati di studio sia le giurie dei concorsi di progettazione o di prestazione globale.

Art. 23 Aste elettroniche

I progetti di appalto sono sempre più realizzati elettronicamente. Ciò riduce i costi di transazione, accresce la trasparenza e promuove l'accesso al mercato da parte degli offerenti esteri. Anche l'articolo 35 della direttiva 2014/24/UE¹²⁵ e l'articolo 53 della direttiva 2014/25/UE¹²⁶ prevedono le basi per le aste elettroniche.

Mentre le aste elettroniche non erano ancora menzionate nel GPA 1994, il GPA 2012 le disciplina in maniera approfondita. Il GPA 2012 non considera l'asta elettronica come una forma particolare di trattativa, bensì come uno strumento *sui generis*. L'articolo I lettera f GPA 2012 descrive l'asta elettronica come un processo iterativo in cui gli offerenti possono offrire prezzi più elevati o più bassi. Per «iterazione» si intende l'utilizzo reiterato della medesima funzione. Oltre al prezzo, altri criteri possono essere oggetto di offerte. È ad esempio ipotizzabile che, in base al criterio della durata di realizzazione, gli offerenti ottengano punti supplementari nella valutazione delle loro offerte se si impegnano a fornire più rapidamente la prestazione (ad es. termini più brevi per le forniture).

Per garantire un uso semplice e sicuro agli offerenti, nell'ambito del processo elettronico di appalto i committenti utilizzano sistemi e programmi informatici comunemente disponibili e interoperabili e predispongono meccanismi di sicurezza per proteggere le offerte inoltrate da accessi indebiti (art. IV par. 3 GPA 2012). Per motivi di trasparenza ogni avviso di gara include il metodo di gara prescelto, indicando se sono previste negoziazioni o un'asta elettronica (art. VII par. 2 lett. f GPA 2012).

Le modalità delle aste elettroniche – in particolare quando e quali indicazioni minime devono essere comunicate nonché il momento di inizio e fine dell'asta – sono disciplinate all'articolo 23 D-LAPub. Le disposizioni relative all'autenticazione figurano nell'ordinanza. Nonostante gli elementi comuni all'acquisto all'incanto, le disposizioni sancite dall'articolo 229 CO e seguenti non si applicano.

Cpv. 1 e 2

L'asta elettronica non è una procedura di aggiudicazione a sé stante, bensì uno strumento che può essere utilizzato nella procedura di pubblico concorso o nella procedura selettiva, nella procedura mediante invito oppure nel quadro di una procedura di attribuzione dopo l'aggiudicazione di contratti quadro. La peculiarità dell'asta

¹²⁵ Cfr. nota 40.

¹²⁶ Cfr. nota 41.

elettronica consiste nel fatto che le offerte sono valutate mediante una procedura iterativa e automatizzata.

L'asta elettronica si estende ai prezzi, in caso di aggiudicazione al prezzo più basso oppure ai prezzi o ai valori di elementi quantificabili, in caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo il disegno di legge, questo strumento è limitato all'acquisto di prestazioni standardizzate.

La documentazione del bando indica i requisiti relativi all'autenticazione e alla cifratura che gli offerenti devono adempiere per l'inoltro delle loro offerte. Occorre prestare grande attenzione alla sicurezza di questa procedura (in particolare all'incontestabilità delle offerte). Inoltre è necessario garantire che i documenti e le richieste dei partecipanti siano forniti in forma pseudonimizzata. Per proteggere i segreti d'affari e impedire uno scambio di informazioni sul prezzo occorre impedire che i partecipanti identifichino i concorrenti e le offerte da questi presentate.

Cpv. 3

L'asta elettronica è preceduta da una prequalificazione. In una prima fase il committente verifica i criteri di idoneità e le specifiche tecniche ed effettua una prima valutazione delle offerte. L'asta interviene soltanto in una seconda fase della procedura e può prevedere più valutazioni.

Cpv. 4

Tutti gli offerenti ammessi a presentare un'offerta in seguito alla prima valutazione sono invitati simultaneamente e per via elettronica a presentare offerte nuove o adattate. Il committente può limitare il numero degli offerenti, in particolare per migliorare l'efficienza e la gestione delle aste elettroniche, a condizione che lo abbia comunicato in precedenza.

Cpv. 5

Se viene svolta un'asta elettronica, l'informazione completa e periodica degli offerenti da parte del committente costituisce un elemento rilevante ai fini della trasparenza e della garanzia di parità di trattamento degli offerenti. Prima dell'inizio di ogni asta, il committente informa tutti gli offerenti in merito al metodo automatico di valutazione, formula matematica inclusa, il risultato della prima valutazione delle offerte e tutte le altre informazioni rilevanti per lo svolgimento dell'asta. Se l'asta comprende più passaggi successivi, a ogni passaggio il committente informa tutti gli offerenti in merito alla loro classificazione.

Art. 24 Dialogo

Lo strumento del dialogo – concetto che si rifà alla terminologia delle direttive dell'UE – non è previsto né dal GPA 1994 né dal GPA 2012. La formulazione «procedure quali» («such as») dell'articolo IV paragrafo 4 lettera a GPA 2012 amplia il numero delle procedure possibili rispetto al numero chiuso dell'articolo VII paragrafo 3 GPA 1994. Contrariamente all'articolo XIV paragrafo 2 GPA 1994, l'articolo XII GPA 2012 non contiene più la limitazione secondo la quale l'oggetto delle ne-

goziationsi debba essere anzitutto la determinazione dei punti forti e quelli deboli delle offerte. Ne risulta un margine di manovra per effettuare procedure come il dialogo (cfr. anche l'art. VII par. 2 lett. f GPA 2012 rispetto all'art. IX par. 6 lett. b GPA 1994).

Nell'UE il «dialogo competitivo», quale strumento per accrescere la flessibilità in caso di progetti particolarmente complessi, era già stato introdotto nell'articolo 29 della direttiva 2004/18/CE¹²⁷, fermo restando che le negoziazioni sui prezzi secondo la documentazione erano escluse¹²⁸. L'articolo 48 della direttiva 2014/24/UE¹²⁹ è volto a ottimizzare e semplificare la procedura di dialogo competitivo.

Una variante svizzera del dialogo è stata introdotta a livello federale nel quadro della revisione dell'OAPub del 2010. A differenza di quanto previsto nell'UE, nell'OAPub il dialogo non costituisce una procedura separata e indipendente, bensì uno strumento che può essere utilizzato nella procedura di pubblico concorso o nella procedura selettiva. Tale approccio si adatta meglio al diritto federale sugli appalti pubblici¹³⁰. Finora questo strumento non è previsto dalle legislazioni cantonali. Nel frattempo sarà integrato nel CIAP elaborato parallelamente al disegno di legge.

Nel quadro del dialogo il committente può elaborare insieme all'offerente scelto possibili soluzioni o metodologie affinché alla sua conclusione risulti una descrizione della prestazione in grado di tenere adeguatamente conto delle pretese del committente così come delle capacità e delle risorse dell'offerente. In tal modo il committente dispone di uno strumento che gli consente di attingere al know-how specifico dell'offerente su un determinato mercato degli appalti pubblici e di promuovere l'innovazione. Il dialogo consente agli offerenti di non dover concretizzare le loro offerte fin nei minimi dettagli già all'inizio della procedura di aggiudicazione, ma di poterle sviluppare nel corso di un processo continuo.

Strumenti flessibili quali il dialogo avranno in futuro un'importanza maggiore, considerato che sono anche adatti per l'aggiudicazione di prestazioni intellettuali particolari. Il Consiglio federale seguirà l'evoluzione degli appalti in questo settore e se necessario adeguerà l'ordinanza o sottoporrà al Parlamento proposte di modifica della legge.

Cpv. I

Nel caso di progetti particolarmente complessi, di prestazioni intellettuali o progetti innovativi, spesso il committente non è in grado – o lo è soltanto a fronte di un dispendio sproporzionato – di stabilire, senza la collaborazione degli offerenti, l'oggetto dell'appalto in modo tale da soddisfare le proprie necessità o da valutare quali siano le soluzioni offerte dal mercato. Se il committente impone unilateralmente una

¹²⁷ Cfr. nota 35.

¹²⁸ Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der Richtlinie 2004/18/EG (cfr. nota 35), consultabile all'indirizzo ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf (stato: 25.10.2016).

¹²⁹ Cfr. nota 40.

¹³⁰ Cfr. nota 116, pag. 17.

soluzione, vi è il rischio che le risorse e il potenziale di innovazione del mercato non siano pienamente sfruttati.

La complessità riferita a peculiarità tecniche o giuridiche può rappresentare la causa o la conseguenza della soluzione di finanziamento scelta (in particolare nel PPP). In simili casi la ricerca di soluzioni o di metodologie fa idealmente parte dell'appalto e non dell'analisi di mercato preliminare, poiché in mancanza di conoscenze specifiche da parte del committente è necessario che quest'ultimo discuta e sviluppi ulteriormente con gli offerenti, nel quadro di una procedura strutturata, le soluzioni e le possibili metodologie. Grazie a tale procedura è inoltre possibile evitare eventuali casi delicati di riconsiderazione.

Cpv. 2

La disposizione concernente il dialogo precede come diritto speciale l'articolo 39 D-LAPub (Rettifica delle offerte), quindi i requisiti dell'articolo 39 capoverso 2 D-LAPub non si applicano. Il dialogo non può essere utilizzato nell'intento di negoziare il prezzo dell'offerta, d'altro canto è ipotizzabile che nel corso del dialogo i prezzi siano adeguati come conseguenza della concretizzazione dell'oggetto della prestazione.

Cpv. 3

Il bando deve indicare in forma adeguata che il committente intende avviare un dialogo. Gli offerenti devono esserne informati già in questa fase iniziale. L'esecuzione del dialogo rientra poi nell'ampio potere discrezionale del committente.

Il principio di trasparenza deve essere osservato anche nel caso del dialogo. Il committente indica nella documentazione del bando le proprie necessità e i requisiti richiesti nonché i criteri (di idoneità) sulla base dei quali sceglierà gli offerenti partecipanti al dialogo. A questi ultimi egli fornisce con sufficiente anticipo (nel bando o nella relativa documentazione) determinate indicazioni minime sullo svolgimento del dialogo affinché essi possano prepararsi adeguatamente. Il dialogo si svolge inizialmente a livello bilaterale con i singoli offerenti e deve basarsi sulle loro soluzioni e proposte. Dialoghi comuni, ovvero multilaterali, nel cui ambito le singole soluzioni e proposte possono essere combinate tra loro nonché discusse e sviluppate tra gli offerenti sono fondamentalmente ipotizzabili in casi molto specifici, ma estremamente difficili da realizzare. Per questo motivo, finora la prassi li ha evitati.

Secondo il volume dell'oggetto da appaltare o la complessità delle questioni che si pongono, il committente può suddividere il dialogo in diverse fasi successive, nelle quali l'oggetto dell'appalto può essere delimitato costantemente. Va poi disciplinato a livello di ordinanza come debba essere strutturato nel dettaglio il meccanismo di retribuzione ed eventualmente se debba essere versata un'indennità anche agli offerenti che acconsentono all'utilizzazione di informazioni tutelate dal segreto d'affari ma che non hanno ottenuto l'aggiudicazione.

Cpv. 4

L'obiettivo del dialogo è concretizzare i requisiti funzionali formulati dal committente oppure le soluzioni o le metodologie in base al know-how e alle esperienze degli offerenti. Al riguardo può essere necessario strutturare la procedura in diverse fasi. Se durante la procedura appare ragionevole escludere un partecipante al dialogo, il committente non è tenuto a proseguire il dialogo con questo offerente. È possibile trasmettere una comunicazione all'offerente sotto forma di decisione impugnabile immediatamente o al momento dell'aggiudicazione.

Gli offerenti che arrivano alla fase finale del dialogo sono informati sulla sua conclusione e sui risultati rilevanti nonché invitati a inoltrare la loro offerta definitiva completa entro il termine stabilito. Il committente valuta le offerte inoltrate in funzione dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando o nella relativa documentazione e sceglie l'offerta economicamente più vantaggiosa. L'ordinanza disciplina i dettagli.

Cpv. 5

Per motivi di trasparenza, di tracciabilità e ai fini dell'esame giudiziario si devono documentare tutte le fasi del dialogo. Se è versata un'indennità ai partecipanti al dialogo, occorre documentare anche il dispendio di tempo in maniera adeguata.

Art. 25 Contratti quadro

L'istituto dei contratti quadro non è previsto né dal GPA 1994 né dal GPA 2012. L'articolo XV paragrafo 7 GPA 2012 menziona unicamente che non si dovrebbe ricorrere a «opzioni» per «eludere gli obblighi derivanti dal presente Accordo». I contratti quadro e le opzioni presentano aspetti comuni: in entrambi i casi non viene messo a concorso un volume di prestazioni definito, bensì il diritto del committente di ottenere determinate prestazioni per un certo periodo di tempo. I contratti quadro possono essere messi a concorso soprattutto per considerazioni economiche, nell'intento di evitare una dipendenza da un solo offerente oppure per impedire problemi d'approvvigionamento.

Negli Stati membri dell'UE si sono già affermate da tempo le centrali di committenza con il compito di acquistare prestazioni per un grande numero di committenti. A tal fine sono utilizzati gli accordi quadro. Per l'acquisto di grandi quantitativi, queste procedure contribuiscono a migliorare la concorrenza e a razionalizzare il settore degli appalti pubblici. In particolare nel settore farmaceutico, oggi il ricorso all'accordo quadro è indispensabile.

Il concetto di accordo quadro è stato introdotto nella legislazione dell'Unione europea con le direttive 2004/17/CE¹³¹ (art. 14 e 29) e 2004/18/CE¹³² (art. 32). Questo strumento, ampiamente utilizzato e considerato una tecnica di aggiudicazione effi-

¹³¹ Cfr. nota 37.

¹³² Cfr. nota 35.

ciente in tutta Europa, è ora previsto anche nelle direttive 2014/24/UE¹³³ (art. 33) e 2014/25/UE¹³⁴ (art. 51).

Cpv. 1

Per la conclusione di un contratto quadro con uno o più offerenti non deve essere applicata una procedura particolare. Le procedure generali si applicano infatti anche al bando e alla conclusione di un contratto quadro. Lo stesso vale per i principi generali della procedura di aggiudicazione (art. 11 D-LAPub) che sono rilevanti sia per la conclusione del contratto quadro sia per l'attribuzione di singole prestazioni, con la peculiarità che l'attribuzione di tali prestazioni nell'ambito di un contratto quadro sottostà al Codice civile.

Il contenuto e il volume del singolo contratto come pure la procedura per la sua conclusione dipendono direttamente dal contratto quadro e dalla sua densità normativa. Se sono già state tutte stabilite nel contratto quadro, le condizioni si applicano anche ai singoli contratti che si basano su tale contratto. In caso contrario le prestazioni e le modalità devono essere descritte in maniera dettagliata nel singolo contratto. Generalmente esso indica soltanto i quantitativi da fornire, le scadenze ed eventuali condizioni commerciali particolari (sconti).

Se il bando esige prezzi unitari, il committente prevede quantitativi opzionali, in base ai quali calcola, moltiplicandoli per i prezzi unitari, una stima del prezzo globale. In alternativa il committente può prevedere un prezzo globale per tutte le prestazioni che rientrano in un contratto quadro.

Il prezzo globale costituisce la base dell'aggiudicazione e deve essere pubblicato ai sensi dell'articolo 48 D-LAPub. In assenza di altri accordi, né il prezzo globale né i quantitativi impongono al committente l'obbligo di acquistare le prestazioni offerte nell'ambito di un contratto quadro. Al raggiungimento della durata prevista compresa l'opzione, le prestazioni devono essere nuovamente messe a concorso entro il termine prefissato.

Cpv. 2

Il rinvio agli effetti dei contratti quadro sulla concorrenza si fonda sull'articolo XV paragrafo 7 GPA 2012. In questo senso non è lecito mettere a concorso, ad esempio, un contratto quadro per il fabbisogno informatico dell'Amministrazione federale negli anni 2017–2020. Ciò sottrarrebbe per diversi anni alla concorrenza un numero considerevole di appalti materialmente separati. Tale impedimento o eliminazione della concorrenza non può essere né l'obiettivo né l'effetto dei contratti quadro. Tali contratti devono sempre essere limitati a una specifica categoria di prestazioni. Le prestazioni devono essere sufficientemente specificate. Il contratto quadro non sostituisce una descrizione lacunosa delle prestazioni.

¹³³ Cfr. nota 40.

¹³⁴ Cfr. nota 41.

Cpv. 3

L'articolo 15a capoverso 1 OAPub limita a cinque anni la durata del contratto in caso di prestazioni periodiche, dopo che la Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici ha rilevato¹³⁵ che il legislatore federale non si era manifestamente reso conto della problematica speciale relativa ai contratti di lunga (eccessiva) durata e non aveva pertanto previsto una normativa corrispondente nella LAPub¹³⁶. Una limitazione temporale va osservata anche per i contratti quadro che vengono conclusi tipicamente per una durata determinata.

Un contratto quadro per una prestazione di servizio destinata a soddisfare un fabbisogno permanente o prolungato nel tempo dell'autorità di aggiudicazione dovrebbe quindi essere aggiudicato soltanto per una durata limitata. Le prestazioni devono essere messe nuovamente a concorso a intervalli periodici. Conformemente alla regola dell'articolo 15 capoverso 4 D-LAPub e alla normativa sinora in vigore, la durata di un contratto quadro deve essere di cinque anni al massimo. Non è possibile una proroga automatica. Un contratto quadro di durata indeterminata che non può essere disdetto per diversi anni conferirebbe al destinatario dell'aggiudicazione un vantaggio concorrenziale e potrebbe ostacolare l'accesso al mercato da parte dei suoi concorrenti e quindi pregiudicare la concorrenza. Una durata superiore del contratto può pertanto essere prevista soltanto in casi eccezionali. Un'eccezione alla durata massima di cinque anni è ad esempio giustificata se a causa della complessità dell'oggetto della prestazione, degli ingenti investimenti iniziali o delle speciali conoscenze e capacità che il committente deve anzitutto acquisire – e che andrebbero perse in caso di cambiamento – tale durata contrattuale più lunga determinasse guadagni in termini di efficienza. È il caso ad esempio dell'acquisto di beni la cui manutenzione ed eventuale riparazione devono essere garantite dal produttore o da una ditta appositamente incaricata, oppure di contratti quadro conclusi con un ufficio di revisione o con periti in materia di previdenza professionale, che nel caso degli istituti di previdenza di grandi dimensioni necessitano comunque di un periodo di introduzione che può durare anche un anno. Una durata contrattuale superiore è altresì giustificata se vengono aggiudicati tramite una procedura di attribuzione più contratti quadro e se permane una concorrenza residua tra gli offerenti di tali contratti quadro.

Inoltre il contratto quadro viene prorogato per la durata dei singoli contratti che sono conclusi nel periodo di validità del contratto quadro. Tuttavia, al momento della conclusione di tali contratti occorre accertarsi che non venga superata la durata massima di cinque anni o che essa venga superata soltanto in casi eccezionali e moderatamente. Anche per questo motivo non è prevista una durata più lunga.

Cpv. 4

Se il contratto quadro è concluso con un solo offerente, ai singoli contratti si applicano sempre le condizioni del contratto quadro. In vista della conclusione di un singolo contratto, il committente – posto che le condizioni non siano state stabilite

¹³⁵ CRM 2000-007 del 3 novembre 2000 (GAAC 65.41), consid. 3c/ii.

¹³⁶ Cfr. nota 116, pag. 9.

preliminarmente e in maniera esaustiva nel contratto quadro – può invitare per scritto l'offerente partecipante a completare la sua offerta. In assenza di un nuovo bando le prestazioni non possono tuttavia essere modificate in maniera sostanziale o ampliate mediante il singolo contratto.

Cpv. 5

Se il contratto quadro è concluso con diverse parti contraenti (ad es. per motivi legati al fabbisogno di risorse o alla sicurezza dell'approvvigionamento oppure per evitare la dipendenza da un solo fornitore, per ridurre i costi di transazione o per altri motivi sufficienti), in vista della conclusione di un singolo contratto il committente può prevedere la cosiddetta procedura di attribuzione. Nell'ambito di questa procedura vengono precisati il fabbisogno e i criteri definiti nella procedura di messa a concorso per la conclusione di singoli contratti e le parti del contratto quadro sono invitate a presentare un'offerta concreta. Tutte le parti del contratto quadro devono osservare i criteri obbligatori e il grado di adempimento dei criteri di aggiudicazione derivanti dalla procedura di messa a concorso almeno secondo l'offerta originaria. L'osservanza dei principi generali, in particolare del principio di un acquisto economico, deve essere costantemente garantita.

In alternativa le prestazioni possono anche essere attribuite direttamente, senza consultare le parti contraenti, in base ai criteri stabiliti nel contratto quadro. Questo modo di procedere può ad esempio essere giustificato nel caso di commesse di modesta entità in considerazione dei costi di transazione. Anche nel caso di simili attribuzioni dirette devono essere osservati i principi generali (parità di trattamento, trasparenza, economicità, concorrenza tra gli offerenti). I criteri di attribuzione devono essere resi noti in modo trasparente e applicati equamente.

Anche in occasione della conclusione di più contratti quadro si può ottemperare al principio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 41 D-LAPub) se, in base a tutte le circostanze, è possibile valutare cosa sia «economicamente più vantaggioso». Se impiegati correttamente i contratti quadro determinano una riduzione dei costi di transazione e risparmi in termini di tempo. In questo modo si promuove l'economicità dell'acquisto. La procedura di attribuzione consente inoltre di garantire che il singolo contratto sia concluso con l'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La conclusione di singoli contratti nell'ambito di un contratto quadro presuppone l'accettazione di un'offerta di diritto privato dell'offerente, senza procedere a una nuova aggiudicazione. La procedura di aggiudicazione termina con l'aggiudicazione passata in giudicato del contratto o dei contratti quadro. Per la conclusione dei singoli contratti devono essere osservate le prescrizioni del contratto quadro. Se non condivide le decisioni prese nel quadro della procedura di attribuzione, l'offerente può adire il tribunale civile. Non può invece avvalersi della possibilità del ricorso per mancanza di una decisione impugnabile (art. 53 cpv. 6 D-LAPub).

Capitolo 5 Condizioni di aggiudicazione

Sia il GPA 1994 che il GPA 2012 ricorrono a tutta una serie di concetti, che in parte si sovrappongono, per quanto concerne i requisiti che devono essere soddisfatti sotto

il profilo personale, formale e materiale in occasione di un bando pubblico («condizioni di partecipazione», «criteri di selezione», «specifiche tecniche», «qualificazione degli offerenti», «criteri di valutazione» e «criteri di aggiudicazione»). Il presente disegno di legge chiarisce i concetti, fermo restando che funge da guida la nota triade del diritto vigente composta da «criteri di idoneità, specifiche tecniche e criteri di aggiudicazione». Nella prassi si è inoltre affermata la definizione di condizioni formalizzate di partecipazione. I requisiti formali e gli elenchi degli offerenti idonei sono disciplinati in una disposizione speciale.

Le condizioni di partecipazione, i criteri di idoneità, gli elenchi, i sistemi di registrazione, le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione non possono essere scelti nell'intento o con l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato e di creare inutili ostacoli al commercio internazionale. In particolare devono essere misurati in base ai principi del trattamento nazionale e della non discriminazione.

Mentre i criteri di idoneità si riferiscono alle capacità e alle caratteristiche degli offerenti, le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione sono sempre correlati alle prestazioni o alle commesse. Se l'offerente soddisfa le condizioni di partecipazione e i criteri di idoneità e la sua offerta è conforme alle specifiche tecniche (requisiti assoluti minimi o obbligatori per l'esecuzione della commessa messa a concorso), il committente verifica se e in quale misura l'offerta adempie i criteri di aggiudicazione riferiti alle prestazioni.

La «sostenibilità» come criterio di aggiudicazione è stato introdotto nell'articolo 27 capoverso 2 OAPub¹³⁷ nel 2010. I Cantoni hanno inserito nel 2001 il concetto di «sviluppo durevole» nel catalogo dei criteri di aggiudicazione rilevanti (art. 32 cpv. 1 DAAP). A livello europeo si riscontra un'evoluzione analoga. Nel libro verde del 27 gennaio 2011 sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici la Commissione europea già rilevava quanto segue: «Un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità»¹³⁸.

All'articolo IX paragrafi 1–3 GPA 2012 è prevista una base per la tenuta di sistemi di registrazione. Questi sistemi sono destinati a ridurre i costi di transazione senza impedire l'accesso al mercato. La disposizione concernente gli elenchi degli offerenti idonei è stata ora elaborata in base all'articolo 22 DAAP sulle liste permanenti e agli articoli 52 della direttiva 2004/18/CE¹³⁹ e 64 della direttiva 2014/24/UE¹⁴⁰ sugli

¹³⁷ Cfr. nota 116, pag. 19.

¹³⁸ Libro verde della Commissione europea del 27 gennaio 2011 sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, pag. 5. Consultabile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/20110127_COM_de.pdf (stato: 7.11.2016).

¹³⁹ Cfr. nota 35.

¹⁴⁰ Cfr. nota 40.

elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti. Oltre alla Confederazione soltanto due Cantoni, quelli del Vallese e di Turgovia, tengono attualmente elenchi analoghi. Gli altri Cantoni vi hanno rinunciato per diversi motivi.

Art. 26 Condizioni di partecipazione

Cpv. 1 e 2

Gli offerenti e i loro subappaltatori devono adempire le condizioni di partecipazione a prescindere dall'oggetto della prestazione e comprovarne la loro osservanza. Dichiarazioni errate possono comportare sanzioni penali e sanzioni previste dal diritto in materia di appalti pubblici. Il pagamento delle imposte e dei contributi alle assicurazioni sociali dovuti comprende, oltre alle imposte e alle tasse federali (IVA, contributi AVS, AI, IPG, AD, LPP e LAINF), anche le imposte cantonali e comunali.

La parità salariale tra donna e uomo può essere accertata dal committente stesso o da terzi, ad esempio con lo strumento LOGIB¹⁴¹. Il committente è libero di scegliere quali dichiarazioni o prove intende esigere riguardo all'obbligo di osservare la parità salariale, le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro. Ad esempio, nella documentazione del bando può segnalare all'offerente che insieme all'offerta devono essere presentate anche le prove riguardanti l'osservanza delle condizioni di partecipazione da parte propria ed eventualmente dei suoi subappaltatori. Di norma è richiesta almeno un'autodichiarazione sulla base di prove formalizzate. Possono inoltre essere richieste le conferme degli avvenuti controlli da parte di autorità o altri organi secondo l'articolo 12 capoverso 4. In determinate circostanze deve essere svolta un'analisi dei rischi sulla base di fattori oggettivi (luogo di produzione, settore, prodotto). In funzione dei risultati viene deciso se devono essere adottate altre misure, tra cui lo svolgimento di audit nel luogo della prestazione all'estero. Un'analisi dei rischi può essere eseguita in qualunque momento, ossia anche dopo la conclusione del contratto. A tal fine il committente può coinvolgere organizzazioni qualificate. Il committente adotta le misure necessarie se le condizioni di partecipazione non sono o non sono più soddisfatte.

Un ulteriore ausilio consiste nelle raccomandazioni «Acquisti sostenibili»¹⁴² della CA. Al loro interno viene spiegato dettagliatamente come verificare l'osservanza delle condizioni di partecipazione.

Cpv. 3

Dal momento che la presentazione delle prove comporta un notevole dispendio per l'offerente, i requisiti dovrebbero sempre considerare l'oggetto della prestazione. Per ridurre i ritardi burocratici può essere utile prevedere che alcune prove, come le garanzie bancarie, siano fornite soltanto in una fase successiva della procedura (ma

¹⁴¹ Consultabile all'indirizzo: www.ebg.admin.ch > Servizi > Strumento autocontrollo: Logib.

¹⁴² DFF/UFCL/CA, Acquisti sostenibili. Raccomandazioni per i servizi di acquisto della Confederazione, Berna, 2014. Consultabile all'indirizzo: www.bkb.admin.ch > Aiuti > Fogli tecnici.

comunque prima dell'aggiudicazione) ed esclusivamente dall'offerente che si è classificato al primo posto nella graduatoria. In questo modo è possibile evitare un dispendio inutile agli offerenti privi di possibilità di successo.

Art. 27 Criteri di idoneità

Cpv. 1

I criteri di idoneità devono essere oggettivi, necessari per l'esecuzione della commessa e verificabili. Il principio della proporzionalità evita che siano previsti requisiti eccessivi. Sebbene siano sempre riferiti alla persona dell'offerente, questi criteri devono essere definiti tenendo conto dell'oggetto della prestazione. I criteri prescelti non devono limitare la cerchia degli offerenti più di quanto giustificato dall'oggetto dell'appalto (art. VIII par. 1 GPA 2012).

Cpv. 2

L'enumerazione dei possibili criteri di idoneità non è esaustiva. Si tratta sempre di requisiti riferiti agli offerenti, ovvero dell'idoneità professionale, finanziaria, economica, tecnica e organizzativa degli offerenti, come pure della loro esperienza. Non sono ammessi requisiti discriminatori, anche per quanto concerne le conoscenze linguistiche. Requisiti oggettivamente giustificati riguardanti ad esempio le competenze linguistiche di un capoprogetto o di altri interlocutori sono però ammessi per consentire al committente e all'offerente di comunicare in modo efficiente in occasione dell'esecuzione della commessa.

Cpv. 3

Rientra nell'apprezzamento del committente definire e richiedere le prove necessarie per i singoli criteri di idoneità. Non è pertanto sancito l'obbligo del committente di verificare la validità delle prove chiedendo ulteriori informazioni. In caso di dubbi palesi sull'affidabilità di una prova se ne impone ovviamente una verifica, che deve essere svolta equamente e documentata in modo trasparente.

Il Tribunale federale ritiene in linea di massima lecito utilizzare le referenze sia come criteri di idoneità che come criteri di aggiudicazione (ad es. esigendo due referenze per i criteri di idoneità e assegnando punti nell'ambito dei criteri di aggiudicazione in caso di referenze supplementari). Non è peraltro illecito procurarsi anche referenze che gli offerenti non hanno indicato. Tuttavia, se tali referenze vengono utilizzate a scapito dell'offerente in questione, quest'ultimo deve avere la possibilità di esprimersi sulle stesse (diritto di essere sentiti)¹⁴³.

Analogamente alla prova dell'adempimento delle condizioni di partecipazione, anche la prova relativa ai criteri di idoneità può essere fornita successivamente nella procedura di aggiudicazione, per ragioni legate all'efficienza dei costi di transazione, se tale possibilità era stata indicata nel bando o nella relativa documentazione. Ciò consente di limitare la burocrazia e il dispendio per gli offerenti.

¹⁴³ Cfr. DTF 139 II 489, consid. 3.2 seg.

Cpv. 4

Il capoverso 4 attua la regolamentazione dell'articolo VIII paragrafo 2 lettera a GPA 2012, secondo la quale nello stabilire le condizioni di partecipazione all'appalto il committente non può richiedere che l'offerente abbia già ottenuto una o più commesse pubbliche. Questo principio vale anche per i criteri di aggiudicazione e le specifiche tecniche. La disposizione è destinata a garantire la trasparenza e la non discriminazione e a non pregiudicare l'accesso al mercato. In questo modo sarebbero impediti legami pluriennali tra committenti e offerenti. Continua invece a essere lecito richiedere referenze ad altri committenti (cfr. art. VIII par. 2 lett. b GPA 2012). Commesse equivalenti di committenti pubblici o privati devono tuttavia essere sempre ammesse come referenze.

Art. 28 Elenchi

Il GPA prevede all'articolo IX paragrafi 7–13 GPA 2012 una cosiddetta «multi-use list». Gli elenchi devono servire a garantire uno svolgimento efficace del bando, nel senso che l'idoneità di un offerente non deve essere riesaminata ogni volta. Allo stesso tempo gli elenchi comportano il rischio di non essere aggiornati e di privilegiare gli offerenti che vi figurano. Entrambi questi aspetti devono essere ponderati. Già oggi si possono conseguire vantaggi analoghi in termini di efficienza con l'impiego di profili elettronici di offerenti sulla piattaforma Internet della Confederazione e dei Cantoni. Anche in questo caso si deve tuttavia garantire che le indicazioni inserite siano sempre attuali e che gli offerenti privi di profilo non vengano svantaggiati.

Cpv. 1 e 2

Il capoverso 1 offre ai committenti la possibilità di tenere un elenco degli offerenti idonei. Il principio della trasparenza si applica anche all'allestimento e alla tenuta di questi elenchi. Le indicazioni che devono essere pubblicate negli elenchi sono enumerate in maniera esaustiva al capoverso 2. L'iscrizione di nuovi offerenti, che provano la loro idoneità adempiendo i requisiti richiesti, deve avvenire in tempi ragionevolmente brevi (art. IX par. 10 GPA 2012). La pubblicazione delle indicazioni di cui al capoverso 2 è effettuata periodicamente sulla piattaforma Internet della Confederazione e dei Cantoni e – a scelta del committente – su altri organi di pubblicazione. Le indicazioni devono essere costantemente aggiornate.

Cpv. 3

Per garantire la qualità deve essere prevista una procedura che assicuri in ogni momento l'iscrizione e la verifica dell'idoneità di ogni offerente. Una simile procedura di verifica non deve essere effettuata soltanto al momento della presentazione della domanda di iscrizione, bensì in ogni momento e se necessario anche per la cancellazione di un offerente dall'elenco.

Cpv. 4

A prescindere dalla loro iscrizione nell'elenco tutti gli offerenti devono poter comprovare caso per caso la loro idoneità in vista di una gara d'appalto mediante prove individuali. In altri termini, una procedura di appalto non può limitarsi ad ammettere gli offerenti che figurano in un elenco.

Cpv. 5

Se l'elenco non è più tenuto tutti gli offerenti che vi figurano devono esserne informati. Questa decisione non può essere impugnata mediante ricorso.

*Art. 29 Criteri di aggiudicazione**Cpv. 1*

I criteri di aggiudicazione si riferiscono in primo luogo alla prestazione (nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto). Il prezzo dell'offerta è sempre determinante, ma solo eccezionalmente è l'unico criterio ad esserlo (art. 41 D-LAPub). Sarebbe inammissibile valutare e scegliere le offerte esclusivamente sulla base di criteri non legati al prezzo.

In conformità con l'articolo 21 capoverso 1 LAPub viene fornito un elenco non esaustivo di possibili criteri di aggiudicazione, che vanno in parte qualificati come obiettivi secondari. La loro integrazione non deve provocare la discriminazione di singoli offerenti.

L'espressione «costi del ciclo di vita» rappresenta un concetto generico che comprende i costi di acquisto, di esercizio, di smantellamento e di smaltimento. Nei costi di esercizio devono essere considerati i costi d'utilizzazione (ad es. il consumo di fonti energetiche e altre risorse) nonché i costi di manutenzione. Il committente che valuta i costi secondo l'approccio dei costi del ciclo di vita indica nella documentazione del bando i dati che l'offerente deve predisporre e descrive il metodo di calcolo dei suddetti costi. I costi esterni dell'inquinamento ambientale che durante il suo ciclo di vita sono correlati all'oggetto dell'appalto possono essere considerati, a condizione che per la loro valutazione esista un metodo fondato su un ampio consenso e approvato dall'organo competente (ad es. CA o Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici [KBOB]).

Il criterio della «sostenibilità» comprende le tre dimensioni economica, ecologica e sociale. La dimensione ecologica è definita dagli aspetti della compatibilità ambientale nonché della salvaguardia e dell'uso efficiente delle risorse. Questi aspetti possono includere fattori come il tenore di sostanze nocive, l'inquinamento dell'acqua, del suolo e dell'aria come pure il consumo di energia e di acqua o l'alterazione della biodiversità. Gli aspetti ecologici e quelli legati alla conservazione delle risorse possono riferirsi all'oggetto stesso dell'appalto, ma anche alla sua produzione, al suo utilizzo e smaltimento. La dimensione sociale consente ad esempio di acquistare prodotti con il marchio Fair Trade, di tenere conto dell'occupazione di persone affette da problemi di salute o del reinserimento di disoccupati di lungo periodo o di emanare direttive concernenti la sicurezza sul lavoro. Per la definizione

degli aspetti ecologici e sociali e la loro verifica il committente può basarsi su sistemi di certificazione riconosciuti a livello internazionale. Si semplificano così le possibilità di verifica e i processi di valutazione. Deve essere comunque sempre ammessa la prova dell'osservanza di requisiti equivalenti. Se l'offerente non presenta alcun certificato, il committente ha la possibilità, ad esempio, di eseguire un'analisi dei rischi e, in presenza di un rischio, chiedere lo svolgimento di un audit (ad es. se la prestazione è fornita all'estero). Nel settore dell'edilizia le raccomandazioni della KBOB¹⁴⁴ indicano come prendere in considerazione gli aspetti economici, ecologici e sociali dalla scelta dell'ubicazione allo sviluppo del progetto fino alla realizzazione e all'esercizio di un edificio. A lungo termine le tecnologie innovative e rispettose delle risorse naturali sono più economiche delle prestazioni vetuste e dispendiose in termini di risorse. La capacità di innovazione di una prestazione può essere determinata in particolare nell'ambito di un dialogo secondo l'articolo 24. Ciò non significa comunque che un committente debba prediligere a ogni costo le nuove tecnologie rispetto alle soluzioni convalidate. Non deve quindi richiedere lo sviluppo di un nuovo software se una soluzione standard esistente contiene tutte le funzioni necessarie. La capacità di innovazione non costituisce un criterio a sé stante, ma uno degli aspetti dell'economicità.

In caso di aggiudicazioni in cui è determinante la persona che fornisce la prestazione di servizio (ad es. commesse a esperti, uffici di revisione) anche la qualità di una presentazione esposta dall'offerente e le sue risposte a domande tecniche possono rappresentare un criterio di aggiudicazione possibile, a condizione che altri aspetti come il prezzo e la qualità siano presi adeguatamente in considerazione.

Il committente dispone di un ampio margine discrezionale nella definizione dei criteri relativi alle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Può infatti tenere conto anche di circostanze politico-linguistiche, di politica interna, di politica dei mercati o di circostanze politico-economiche. Ad esempio, un servizio di aggiudicazione della Confederazione può invitare a presentare un'offerta offerenti provenienti da diverse regioni linguistiche o scegliere un offerente che propone prodotti regionali (ad es. in caso di alimenti deperibili).

Cpv. 2

La possibilità di prendere in considerazione la formazione di apprendisti come criterio di aggiudicazione è già presente nella legislazione in vigore (art. 21 cpv. 1 LAPub). Questo criterio di aggiudicazione dettato da ragioni di politica occupazionale e della formazione è stato introdotto a seguito di un'iniziativa parlamentare¹⁴⁵ e può essere utilizzato solo per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, dal momento che il sistema di formazione duale non è previsto nella maggior parte degli Stati contraenti del GPA 2012. La possibilità di tenere conto di tale criterio rientra nel potere discrezionale del committente, che

¹⁴⁴ Consultabili all'indirizzo: www.kbob.admin.ch > Pubblicazioni / Raccomandazioni / Modelli di contratti > Costruire in modo sostenibile.

¹⁴⁵ Iniziativa parlamentare Lustenberger 03.445 La formazione di apprendisti come criterio per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

deve osservare il principio della parità di trattamento. Il numero di posti di formazione deve essere stabilito in relazione con il numero complessivo dei posti di lavoro degli offerenti interessati con sede o succursale in Svizzera. È quindi determinante la proporzione relativa e non il numero assoluto¹⁴⁶.

Cpv. 3

Ai fini della trasparenza i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono essere indicati nel bando o nella relativa documentazione. Nel caso dei cosiddetti bandi funzionali, in particolare se è previsto il dialogo, si può eccezionalmente rinunciare a rendere nota preliminarmente la ponderazione: se sono oggetto dell'appalto soluzioni, proposte di soluzione o metodologie sarebbe impossibile esigere già in anticipo la ponderazione dei criteri di aggiudicazione da parte del committente. Questi appalti sono caratterizzati proprio dal fatto che il committente ne indica unicamente lo scopo, ma non conosce ancora il percorso con cui raggiungerlo o non lo vuole scientemente indicare. L'incertezza quanto ai possibili contenuti delle offerte non consente di ponderare correttamente i criteri in anticipo. Il committente deve sempre definire in anticipo l'ordine di priorità dei criteri e documentare la valutazione.

Art. 30 Specifiche tecniche

Cpv. 1

Così come il vigente GPA, il GPA 2012 prevede che i committenti si astengano dall'elaborare, adottare e applicare specifiche tecniche, o dal prescrivere procedure di valutazione della conformità allo scopo o con l'effetto di creare ostacoli non necessari al commercio internazionale (art. X par. 1 GPA 2012). Esso contiene un'enumerazione esemplificativa dei requisiti che possono essere presi in considerazione come specifiche tecniche (art. I lett. u GPA 2012). Il capoverso 1 attua queste prescrizioni fondandosi ampiamente sul diritto internazionale. Il concetto di specifiche tecniche deve essere inteso in senso ampio e comprende anche i requisiti tecnici sotto forma di caratteristiche, funzioni e parametri di prestazione.

Cpv. 2

In sintonia con l'articolo VI paragrafo 2 GPA 1994 e con l'articolo X paragrafo 2 GPA 2012 il committente definisce le specifiche tecniche, fondandosi al riguardo sulle norme internazionali (o su altri documenti normativi), sulle prescrizioni tecniche in uso in Svizzera, sulle norme nazionali riconosciute o su altri documenti normativi, nonché su raccomandazioni dei rami settoriali. Costituiscono ad esempio altri documenti normativi, diversi dalle norme tecniche, i documenti per la valutazione europea dei prodotti da costruzione secondo la legge del 21 marzo 2014¹⁴⁷ sui prodotti da costruzione (LProdC). Le norme internazionali (o i documenti normativi) ai sensi del capoverso 2 devono in particolare essere considerati pertinenti se sono

¹⁴⁶ Sentenza del TF 2P.242/2006 del 16 marzo 2007, consid. 4.2.1 segg.

¹⁴⁷ RS 933.0

stati designati conformemente alle prescrizioni tecniche in uso in Svizzera. Per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali occorre possibilmente fare riferimento a eventuali norme tecniche internazionali.

Cpv. 3

Il capoverso 3 contiene una *clausola* prevista dall'articolo VI paragrafo 3 GPA 1994 e dall'articolo X paragrafo 4 GPA 2012, nonché dagli articoli 16a capoverso 4 OAPub e § 15 DAAP secondo la quale in linea di massima è contrario al diritto in materia di appalti pubblici menzionare nella descrizione della prestazione determinati marchi o nomi commerciali, brevetti, diritti d'autore, modelli o tipi, come pure requisiti relativi a determinate provenienze o a determinati offerenti o produttori. È fatta eccezione se la prestazione non può essere descritta in un altro modo sufficientemente preciso e comprensibile. Questa eccezione si verifica nella prassi e pertanto non è possibile prevedere un divieto assoluto.

Se esige eccezionalmente specifiche tecniche orientate su prodotti e prestazioni di servizio di determinati offerenti, il committente deve anche ammettere prodotti e prestazioni di servizio della concorrenza purché sia comprovato l'adempimento dei requisiti richiesti. Il committente deve indicare questa possibilità nella documentazione del bando ricorrendo alla locuzione «o equivalente» oppure utilizzando una designazione corrispondente¹⁴⁸.

Cpv. 4

Conformemente all'articolo X paragrafo 6 GPA 2012 nel capoverso 4 sono previste, separatamente dalle altre, le specifiche tecniche per la conservazione delle risorse naturali o la protezione dell'ambiente. Sebbene non siano visibili nel prodotto finito, le specifiche tecniche motivate da esigenze ambientali possono riferirsi anche al processo di produzione, a condizione che vi sia un nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto. L'articolo I lettera u GPA 2012 prevede il medesimo approccio. Nello stabilire e verificare le specifiche tecniche rilevanti per la protezione dell'ambiente e la conservazione delle risorse naturali il committente può basarsi su sistemi di certificazione riconosciuti a livello internazionale, ma deve sempre ammettere la prova dell'osservanza di requisiti equivalenti. Si raccomanda nella misura del possibile di considerare le migliori tecnologie disponibili («best available technologies») per preservare al meglio le risorse naturali. Le raccomandazioni «Acquisti sostenibili»¹⁴⁹ emanate dalla CA contengono informazioni in merito all'ammissibilità e all'applicazione di specifiche tecniche riferite all'ambiente. La disposizione del capoverso 4 è vincolata all'osservanza dei principi di cui all'articolo 11 D-LAPub e in particolare non può determinare una forma di protezione degli offerenti nazionali né ostacolare in altro modo il commercio. Oltre al divieto di discriminazione (art. IV

¹⁴⁸ Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010 concernente la revisione dell'ordinanza sugli acquisti pubblici (in particolare ad art. 16a cpv. 4 OAPub), pag. 11; www.admin.ch > Documentazione > Comunicati stampa > Da 18.11.2009 / A 18.11.2009 > Il Consiglio federale decide una modifica dell'ordinanza sugli acquisti pubblici.

¹⁴⁹ Cfr. nota 141.

GPA 2012) devono essere osservate le disposizioni dell'articolo XXII paragrafi 6–8 GPA 2012 («standstill», ossia nessuna nuova misura discriminatoria o eliminazione di quelle esistenti, contenuto di futuri negoziati e attuazione del programma di lavoro del GPA 2012 sullo sviluppo sostenibile). La formulazione delle specifiche tecniche non deve inoltre provocare una distorsione della concorrenza.

Art. 31 Consorzi e subappaltatori

Cpv. 1

I consorzi sono in linea di massima ammessi come nella legislazione in vigore (art. 21 OAPub). Al pari dei subappaltatori che forniscono prestazioni essenziali essi devono sempre essere resi noti per motivi legati alla trasparenza. Non esiste tuttavia un diritto (giustiziabile) degli offerenti alla costituzione di un consorzio. Il committente dispone al riguardo di un ampio potere di apprezzamento che deve essere esercitato sempre in considerazione dello scopo e dei principi del diritto in materia di appalti pubblici (art. 2 D-LAPub). Vale il criterio che l'accesso degli offerenti al mercato non deve essere inutilmente limitato. La libertà economica degli offerenti comporta anche la facoltà di decidere come organizzarsi. In molti settori si trovano dunque aziende più integrate e altre meno integrate. Sarebbe quindi inammissibile accettare le offerte soltanto da offerenti verticalmente integrati.

Il diritto in materia di appalti pubblici deve consentire acquisti economici e neutrali sotto il profilo della concorrenza. I consorzi possono contribuire a vivacizzare il mercato e a promuovere la concorrenza, agevolando alle PMI l'accesso a importanti commesse pubbliche. Devono dunque essere limitati o addirittura esclusi soltanto per motivi fondati. Una simile esclusione è in particolare giustificata se un eccessivo onere di coordinamento pregiudica lo scopo dell'appalto o genera inutili costi di transazione, quindi se l'acquisto di prestazioni da un consorzio di offerenti non è economico. Questo vale in primo luogo per i progetti minori, che possono essere senz'altro realizzati da un solo offerente. Per appalti ingenti e complessi i consorzi non dovrebbero essere esclusi senza validi motivi.

Considerazioni analoghe sono alla base dell'ammissione o dell'esclusione dei subappaltatori. Già la sola verifica dei criteri di idoneità può causare difficoltà al committente nel caso di un numero elevato di subappaltatori (fermo restando che a seconda delle circostanze i subappaltatori non devono adempiere tutti i criteri di idoneità). Se si escludessero sia i consorzi che i subappaltatori, sarebbe necessaria una motivazione qualificata. Al contrario, l'ammissione di subappaltatori costituisce un argomento pertinente a fronte dell'esclusione di consorzi di offerenti.

Cpv. 2

Le candidature multiple di subappaltatori possono potenziare la concorrenza. Questo succede in particolare quando un subappaltatore ha specifiche conoscenze o risorse (ad es. un parco macchine) che sul mercato sono disponibili solo molto limitatamente. Tali subappaltatori dovrebbero potersi candidare più volte, poiché ciò consente un numero maggiore di offerte. D'altro canto una candidatura multipla può facilitare la collusione tra gli offerenti, poiché una parte – in date circostanze rilevante – delle offerte, in quanto identiche, viene neutralizzata ai sensi del diritto in materia di

appalti pubblici. È pertanto necessario un motivo sufficiente (ad es. conoscenze ed esperienze particolari, diritti della proprietà intellettuale o contratti di appalto totale o generale) per ammettere candidature multiple.

Lo stesso vale per la candidatura multipla di offerenti come membri di un consorzio.

Se subappaltatori o membri di consorzi si candidano più volte, sebbene non sia ammesso né dal bando né dalla relativa documentazione, le loro offerte vengono escluse.

Cpv. 3

Questa disposizione intende impedire le offerte da parte di offerenti che non assumono personalmente compiti o assumono soltanto compiti subordinati. L'interposizione di simili offerenti, che mettono principalmente a disposizione il loro nome, provoca di regola costi supplementari. I committenti devono acquistare le prestazioni direttamente dai fornitori. Nel caso di società di un gruppo una deroga può essere giustificata soltanto nel senso che le prestazioni fornite da altre società del gruppo in Svizzera o all'estero sono ascritte all'offerente. Solo in casi motivati si può derogare al principio della fornitura delle prestazioni da parte dell'offerente.

Per i consorzi è sufficiente se uno dei membri del consorzio fornisce la prestazione caratteristica. Per le prestazioni tipicamente fornite da imprese generali la prestazione caratteristica consiste proprio nel coordinamento di tutte le prestazioni singole e nell'assunzione della responsabilità globale. Per il resto il contenuto della prestazione caratteristica è determinato in funzione del bando.

Art. 32 Lotti e prestazioni parziali

Cpv. 1

In linea di massima si stabilisce che l'offerente deve presentare un'offerta globale per le prestazioni messe a concorso. Offerte parziali per singole parti delle prestazioni non sono prese in considerazione. La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto costituisce una deroga a questo principio.

Cpv. 2

A discrezione del committente, una prestazione può essere messa a concorso nel suo insieme o in parti (lotti). Da un lato, la concentrazione del volume può comportare vantaggi in termini di prezzo. D'altro lato, la suddivisione di un appalto in singoli lotti promuove la concorrenza e fa aumentare in particolare le possibilità per le PMI (provenienti dalla Svizzera, dai Paesi aderenti al GPA e da altri Stati con i quali la Svizzera ha stipulato accordi di libero scambio o accordi bilaterali in materia di appalti pubblici) di partecipare ad appalti importanti. Tuttavia i lotti e le prestazioni parziali non possono essere utilizzati come strumento per evitare di superare i valori soglia (art. II par. 6 GPA 2012).

Gli offerenti non hanno il diritto di scomporre la prestazione. Tale scomposizione può nondimeno essere consigliabile per rispettare i termini previsti o per evitare dipendenze. I lotti possono in particolare essere costituiti in funzione di aspetti materiali (come lavori di tinteggiatura, di gessatura o impianti sanitari), quantitativi o temporali. La valutazione e l'aggiudicazione sono effettuate separatamente per

ogni lotto. Vale sempre il principio secondo cui la suddivisione della prestazione globale in lotti non deve consentire di eludere il tipo di procedura determinante.

Cpv. 3

Gli offerenti sono in linea di massima liberi di presentare offerte per uno o più lotti. Questa libertà di scelta può essere limitata nel bando. Il committente (ad es. per evitare dipendenze) può così stabilire che ogni lotto sia aggiudicato a un offerente diverso o che un offerente possa ottenere soltanto un numero determinato di lotti. Questa limitazione della libertà di scelta non può tuttavia essere sfruttata per favorire certi offerenti o gruppi di offerenti.

Cpv. 4 e 5

La scomposizione delle prestazioni rende generalmente necessario il coordinamento delle persone coinvolte. Se intende imporre ai diversi aggiudicatari una collaborazione nella fornitura delle prestazioni, il committente lo deve annunciare nel bando (cpv. 4). Lo stesso dicasi se il committente intende riservarsi la possibilità di aggiudicare prestazioni parziali (singoli lotti) anche se viene presentata un'offerta globale (cpv. 5).

Art. 33 Varianti

Cpv. 1

La presente disposizione corrisponde ampiamente all'attuale articolo 22a capoverso 1 OAPub. Le varianti presentano vantaggi e svantaggi. Da un canto, consentono soluzioni migliori di quelle definite nel bando. D'altro canto, rendono difficile il confronto delle diverse offerte e fanno aumentare i costi di transazione relativi a un bando. Per questo motivo il committente può limitare le varianti (ad es. a un singolo settore) o escluderle del tutto. Non è necessario fornire una motivazione. Se non sono limitate o escluse, sono ammesse le proposte di varianti. In ogni caso deve comunque essere presentata un'offerta per la «variante ufficiale».

Cpv. 2

Ammettendo le varianti il committente non persegue l'obiettivo di acquistare una prestazione diversa da quella messa a concorso. Le varianti consentono piuttosto di illustrare altre soluzioni o proposte di soluzione. Esse devono quindi sempre presentare una differenza materiale riferita alla prestazione rispetto a quanto previsto nel bando, ma devono comunque essere equivalenti all'oggetto dell'appalto dal punto di vista funzionale. L'equivalenza deve essere dimostrata dall'offerente. Se vanno oltre l'oggetto della prestazione messa a concorso, le varianti non sono considerate.

Quando il tipo di prezzo differisce, è difficile confrontare le offerte. Se l'offerente opta soltanto per un altro tipo di prezzo (ad es. un prezzo globale al posto di un prezzo unitario), non si tratta di una variante, bensì di un'offerta non conforme al bando. Il committente ha comunque la facoltà di strutturare la «proposta ufficiale» in modo che la descrizione del tipo di prezzo rimanga aperta al punto da consentire

all'offerente la scelta del modello di prezzo¹⁵⁰. È necessario che le diverse offerte rimangano comparabili e valutabili.

Art. 34 Requisiti formali

Cpv. 1

Le offerte devono sempre essere presentate per scritto (art. XV par. 4 GPA 2012). Inoltre devono essere corredate della firma giuridicamente valida dell'offerente ed essere presentate al committente tempestivamente e in maniera completa. Le prescrizioni concernenti la presentazione dell'offerta sono contenute nel bando o nella relativa documentazione.

L'inosservanza dei requisiti formali può comportare l'esclusione di un'offerta. Non tutte le irregolarità giustificano comunque una simile sanzione. Per motivi di proporzionalità si può e si deve prescindere dall'esclusione di un'offerta se il vizio di forma constatato è lieve e se lo scopo perseguito con il requisito formale in questione non ne è seriamente pregiudicato (divieto di eccesso di formalismo)¹⁵¹.

Cpv. 2

La legge consente la presentazione in forma elettronica delle offerte ricorrendo a un'identificazione incontrovertibile degli offerenti. I requisiti formali, in particolare per quanto concerne l'osservanza del termine per la presentazione delle offerte e la completezza dei documenti, devono essere definiti nel bando o nella relativa documentazione.

Capitolo 6 Svolgimento della procedura di aggiudicazione

Art. 35 Contenuto del bando

Il presente articolo attua i requisiti dell'articolo VII paragrafi 2 e 3 GPA 2012 relativi al contenuto minimo del bando pubblico. Se un'indicazione è soggetta all'obbligo di pubblicazione, quest'ultimo vale anche per la rettifica di detta indicazione. Questa disposizione corrisponde all'attuale allegato 4 dell'OAPub (Indicazioni minime per il bando pubblico di una commessa nell'ambito della procedura libera o selettiva).

Let. m: con l'espressione «lingua o lingue della procedura» si intendono la lingua o le lingue in cui il committente comunica con l'offerente dal bando fino all'aggiudicazione. I requisiti per le lingue sono enumerati nell'ordinanza conformemente all'articolo 48 capoverso 5. Il nostro Consiglio si riserva la facoltà di formulare direttive specifiche riguardo alla lingua dell'offerta (cfr. n. 1.2.5).

¹⁵⁰ Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010 concernente la revisione dell'ordinanza sugli acquisti pubblici (in particolare d art. 22a cpv. 2 OAPub, pag. 15); www.admin.ch > Documentazione > Comunicati stampa > Da 18.11.2009 / A 18.11.2009 > Il Consiglio federale decide una modifica dell'ordinanza sugli acquisti pubblici.

¹⁵¹ Cfr. sentenza del TF 2D_50/2009 del 25 febbraio 2010, consid. 2.4.

Let. p: la ponderazione dei criteri di aggiudicazione non deve essere indicata per ogni progetto di appalto. Si può rinunciare nei bandi funzionali, ossia se è noto soltanto l'obiettivo dell'appalto (art. 29 cpv. 3 D-LAPub).

Art. 36 Contenuto della documentazione del bando

Il committente mette a disposizione degli offerenti una documentazione contenente tutte le informazioni necessarie per poter presentare offerte o domande di partecipazione. Di norma questa documentazione del bando è messa a disposizione contestualmente al bando e anch'essa in forma elettronica.

«Documentazione del bando» è un'espressione generica. Essa non indica soltanto la documentazione dei bandi pubblici (ossia degli appalti nella procedura di pubblico concorso o nella procedura selettiva), ma anche la documentazione relativa alla procedura mediante invito (cfr. art. 20 cpv. 2 D-LAPub).

Let. c: i criteri di idoneità sono requisiti minimi in ordine all'idoneità degli offerenti e pertanto non vengono di norma ponderati. Costituisce un'eccezione la prequalificazione nella procedura selettiva. Se in questa procedura sono ammessi a presentare un'offerta soltanto un certo numero di offerenti idonei, la prequalificazione deve generare una graduatoria. Questa si può ottenere soltanto valutando i singoli criteri di idoneità.

Let. d: la ponderazione dei criteri di aggiudicazione deve essere indicata in assenza di un'eccezione ai sensi dell'articolo 29 capoverso 3 D-LAPub. Se sono oggetto di un appalto soluzioni, proposte di soluzione o metodologie, una ponderazione anticipata dei criteri di aggiudicazione è quasi impossibile.

Let. g: di norma per gli appalti della Confederazione l'apertura delle offerte non è pubblica (a differenza della prassi seguita in diversi Cantoni). Tuttavia esistono casi nei quali le offerte sono aperte pubblicamente. Questo margine di manovra dei servizi di aggiudicazione non deve essere limitato, anche in considerazione della raccomandazione 8 della DVN¹⁵².

Art. 37 Apertura delle offerte

Cpv. 1

Dopo il loro ricevimento le offerte sono aperte secondo una procedura formalizzata e verificate quanto alla loro completezza formale. In questo modo si evitano, nell'interesse della parità di trattamento degli offerenti, miglioramenti successivi delle offerte. La tradizione dell'apertura pubblica delle offerte di diversi Cantoni non si è affermata a livello di Confederazione. L'apertura pubblica delle offerte può infatti falsare l'adeguamento delle offerte e favorire pratiche concordate per bandi futuri.

¹⁵² Cfr. nota 42.

Cpv. 2

Dopo la loro apertura le offerte pervenute sono registrate in un verbale. Le osservazioni sul contenuto delle offerte non devono essere iscritte a verbale. Il verbale è messo agli atti. Di norma le offerte non sono aperte pubblicamente per gli appalti della Confederazione nell'intento di impedire pratiche collusive e lo scambio di informazioni sui prezzi offerti.

*Art. 38 Verifica delle offerte**Cpv. 1*

La verifica mira all'eliminazione di errori evidenti da parte del servizio di aggiudicazione. Innanzitutto si verifica se le offerte presentate soddisfano i requisiti formali (presentazione tempestiva, completezza, firme ecc.). Successivamente le offerte sono rettificare dal punto di vista tecnico e aritmetico ed esaminate sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione. Infine si compila una tabella comparativa di tali offerte, che fungerà da base per la decisione di aggiudicazione.

Gli errori di calcolo evidenti sono rettificati d'ufficio. Ciò significa che simili errori non impediscono di prendere in considerazione l'offerta. L'offerta rettificata va integrata nella valutazione. L'espressione «errori di calcolo» utilizzata in questa sede corrisponde a quella che figura all'articolo 24 capoverso 3 CO. Si tratta pertanto di un'operazione aritmetica effettuata in maniera errata con i valori indicati correttamente nell'offerta. Questo succede, ad esempio, quando per una fornitura di materiale di 1000 m³ a un prezzo di 2 franchi/m³ si calcola un prezzo complessivo di 200 franchi anziché di 2000 franchi. Un simile errore deve essere corretto e non compromette la validità dell'offerta. Vanno invece differenziati dagli errori di calcolo evidenti gli errori di calcolo intenzionali o accidentali (ad es. la fornitura di un determinato tipo di calcestruzzo a 150 anziché a 250 fr. perché per dimenticanza non sono stati inclusi i costi di trasporto) o gli errori nella dichiarazione del prezzo dell'offerente (ad es. blocchi di legno franco segheria a 35 fr. al m³ anziché a 350 fr. al m³). In questi casi una rettifica d'ufficio non è ammessa.

Cpv. 2

Le spiegazioni intendono garantire la comparabilità delle offerte, in particolare per quanto riguarda le indicazioni correlate con il rapporto qualità/prezzo. Esse si limitano in linea di massima alla rettifica di errori involontari e non possono determinare una modifica delle offerte o un'eliminazione delle lacune (fatta eccezione per la rettifica degli errori di calcolo)¹⁵³.

Rientra nel potere discrezionale del committente decidere se e in quale modo (ad es. in occasione di una presentazione delle offerte o per scritto) le offerte debbano essere spiegate, fatta salva la parità di trattamento degli offerenti. Se le offerte vengono rettificare per renderle oggettivamente comparabili, tale rettifica deve essere documentata in modo tracciabile.

¹⁵³ Decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 23 luglio 2012, consid. 4.

Cpv. 3

Questa disposizione si basa sull'articolo XV paragrafo 6 GPA 2012 ed è prevista anche nella legislazione in vigore (art. 25 cpv. 4 OAPub). Essa autorizza il committente a chiedere all'offerente se ha osservato le condizioni di partecipazione e se ha compreso correttamente le modalità di esecuzione della commessa in caso di presentazione di un'offerta il cui prezzo è inusitatamente basso. La sua offerta può essere esclusa se l'offerente non è in grado di garantire, o non garantisce in maniera convincente, il rispetto di queste condizioni né è in grado di dissipare eventuali dubbi quanto a una corretta esecuzione della commessa (cfr. art. 44 cpv. 2 lett. c D-LAPub).

Le offerte inusitatamente basse non costituiscono di *per sé* un problema sotto il profilo del diritto in materia di appalti pubblici. Non sono invece ammesse le cosiddette offerte sleali ai sensi della legge federale del 19 dicembre 1986¹⁵⁴ contro la concorrenza sleale (LCSI). Un'offerta è sleale quando un'impresa azzerava la differenza rispetto ai prezzi che coprono i costi con mezzi illegali, ad esempio violando i contratti collettivi di lavoro o facendo capo a risparmi risultanti dalla sottrazione di imposte e di tasse.

Il Tribunale amministrativo federale presuppone un obbligo di verifica qualificato da parte del servizio di aggiudicazione nei casi in cui l'offerta sia sottoposta da offerenti di diritto pubblico. Dal principio costituzionale della neutralità concorrenziale scaturisce il divieto di distorcere la concorrenza tra offerenti mediante sovvenzioni incrociate. In presenza di indizi rilevanti che l'offerta presentata da un offerente di diritto pubblico non copra i costi, il servizio di aggiudicazione deve essere obbligato a verificare le basi del calcolo¹⁵⁵. Non è stato per il momento chiarito quali indizi siano sufficientemente rilevanti e secondo quali criteri debba essere verificato il calcolo.

L'esclusione di un'offerta inusitatamente bassa si impone inoltre se il passaggio da prezzi unitari a prezzi forfettari comporta per gli enti pubblici un importante rischio legato all'aggiudicazione dell'appalto. L'esclusione di un offerente è altresì giustificata se da accertamenti approfonditi emerge che l'offerente non è effettivamente in grado di fornire le prestazioni richieste al prezzo offerto o di eseguire la commessa secondo le modalità richieste. Sarebbe invece inopportuno e quindi inammissibile se si tenesse conto di simili dubbi in merito alla qualità nell'ambito della valutazione del prezzo al solo scopo di impedire un'aggiudicazione indesiderata¹⁵⁶.

Art. 39 Rettifica delle offerte

Al fine di consentire un raffronto equo, nell'ambito della rettifica anche in futuro sarà possibile modificare l'oggetto della prestazione. Ciò corrisponde in gran parte alla prassi vigente a livello federale (art. 25 OAPub). In occasione delle rettifiche gli offerenti possono essere contattati direttamente. Tali contatti devono essere documentati.

¹⁵⁴ RS 241

¹⁵⁵ Cfr. sentenza del TAF B-3797/2015 del 13 aprile 2016; non ancora passata in giudicato.

¹⁵⁶ Cfr. CRM 2003-032 del 15 giugno 2004, consid. 2 segg.

Cpv. 1 e 2

La rettifica delle offerte può essere necessaria in particolare nel caso di prestazioni complesse. Da un lato, serve a chiarire equivoci e a colmare lacune evidenti nella documentazione del bando. Dall'altro, fornisce al committente uno strumento di flessibilizzazione per ottimizzare l'oggetto della prestazione entro limiti prestabiliti durante un bando di concorso e rendere paragonabili le offerte.

Le modifiche o le riduzioni delle prestazioni non devono servire a ristabilire successivamente la conformità di singole offerte che non hanno soddisfatto chiaramente i requisiti posti inizialmente. Le offerte incomplete o che non corrispondono in altro modo a quanto richiesto nella documentazione del bando devono essere escluse dalla procedura. Un offerente non ha quindi il diritto di completare a posteriori la propria offerta, che non adempie le specifiche tecniche, per ristabilire in un secondo momento la conformità con quanto richiesto dal bando¹⁵⁷. In caso di lievi scostamenti è riconosciuto comunque al committente un certo margine discrezionale per riportare le offerte allo stato richiesto¹⁵⁸. Se un'offerta presenta lacune minime, deve essere possibile migliorarla tenendo conto del divieto di eccesso di formalismo.

Cpv. 3

Come già il GPA 1994, anche il GPA 2012 ammette le negoziazioni a determinate condizioni (art. XII par. 1). A differenza dei Cantoni, la Confederazione si è sinora avvalsa di questa possibilità. Tuttavia, anche secondo il diritto vigente in materia di appalti pubblici, le negoziazioni sul prezzo non possono essere svolte nell'intento o con l'effetto di favorire alcuni offerenti o di penalizzarne altri, ad esempio permettendo a offerenti scelti arbitrariamente di migliorare le loro offerte.

Conformemente a una frequente richiesta dei partecipanti alla consultazione e nell'intento di armonizzare il diritto federale con quello intercantonale, gli adeguamenti del prezzo non sono più ammessi incondizionatamente dopo l'apertura delle offerte (cfr. art. 11 lett. d D-LAPub). La necessità di adeguare il prezzo resta tuttavia possibile se l'oggetto della prestazione deve essere modificato o concretizzato nell'ambito della rettifica delle offerte. Il principio dell'acquisto economico può comportare adeguamenti del prezzo se viene modificato l'oggetto della prestazione. Nei bandi di concorso finali o funzionali, nei quali è definito soltanto l'obiettivo dell'appalto, la rettifica degli elementi della prestazione è sempre necessaria, fermo restando che deve essere osservata la parità di trattamento degli offerenti.

Analogamente all'articolo 21 capoverso 1 le negoziazioni sono ammesse anche qualora in una procedura di pubblico concorso o selettiva un'unica offerta soddisfi i requisiti imperativi e la competitività del prezzo dell'offerta non sia determinabile sulla base del confronto con offerte concorrenti.

L'ammissibilità condizionata degli adeguamenti del prezzo elimina una fondamentale differenza tra il diritto della Confederazione e quello intercantonale. Il presente disegno di legge non sfrutta appieno il margine di manovra concesso dal GPA 2012

¹⁵⁷ Cfr. CRM 2006-016 del 5 dicembre 2006, consid. 3.

¹⁵⁸ Sentenza del TAF B-5563/2012 del 28 febbraio 2013, consid. 2.2.

e consente una rettifica del contenuto delle offerte con un conseguente adeguamento del prezzo unicamente in casi giustificati ed entro rigorosi limiti formali.

Cpv. 4

Le rettifiche delle offerte sottostanno ai requisiti legali come pure ai principi di proporzionalità e di imparzialità. L'iscrizione a verbale dei risultati è destinata a garantire l'osservanza delle prescrizioni legali e la parità di trattamento degli offerenti.

Art. 40 Valutazione delle offerte

Cpv. 1

Le offerte possono essere valutate unicamente in funzione dei criteri di aggiudicazione indicati nel bando o nella relativa documentazione. Per una migliore comparabilità delle offerte i risultati della verifica devono essere riportati in una griglia di valutazione. Nella prassi l'autorità di aggiudicazione dispone di un notevole potere di apprezzamento sia nell'elaborazione della griglia di valutazione che nella valutazione dei criteri¹⁵⁹. È necessario che dalla documentazione (rapporto di valutazione) sia possibile ricostruire in modo tracciabile, chiaro e senza ombra di dubbi i motivi principali alla base della valutazione, ossia i vantaggi dell'offerta scelta rispetto alle offerte degli offerenti scartati.

Cpv. 2

A seconda della complessità dei progetti di appalto la verifica delle offerte può comportare un dispendio considerevole. Da un lato, ad esempio già dopo l'esame di alcuni capitoli principali contenenti posizioni normalizzate standard nell'ambito di opere di edilizia e opere del genio civile può emergere con chiarezza quali offerte possano essere prese in considerazione per l'aggiudicazione. Dall'altro, nella valutazione delle offerte si può talora rendere necessario un test di laboratorio o un test sul campo per giudicare determinate caratteristiche della prestazione in modo concreto e non solo su carta. In base al principio di economicità deve essere consentito al committente, dopo una prima verifica, di ridurre il numero delle offerte e, in una seconda fase, di sottoporre soltanto le offerte rimanenti a un'ulteriore verifica e valutazione. Gli offerenti scartati sono informati della decisione preliminare, fermo restando che questa decisione non è impugnabile singolarmente. Ai sensi del principio della trasparenza è opportuno rendere noti già nel bando l'intenzione di applicare questa norma e il numero di offerenti che saranno valutati al termine della prima verifica. Occorre garantire in ogni caso una concorrenza effettiva nonostante la riduzione delle offerte.

Art. 41 Aggiudicazione

Cpv. 1

¹⁵⁹ Cfr. sentenza del TF 2D_49/2011 del 25 settembre 2012, consid. 7.4.

Un principio cardine del GPA esige che l'appalto sia aggiudicato all'«offerta [economicamente] più vantaggiosa» (art. XV par. 5 lett. a GPA 2012: «most advantageous tender»). Tale disposizione corrisponde al diritto in vigore in seno alla Confederazione e nei Cantoni. Viene quindi rifiutata la proposta avanzata da diversi esponenti della politica, del commercio e dell'industria di lingua tedesca che hanno partecipato alla consultazione di introdurre un'espressione diversa che, ai fini della valutazione, tenesse meglio in considerazione altri fattori oltre al prezzo. L'espressione in uso nella legislazione si è tuttavia consolidata in Svizzera a tutti i livelli federali ed è altresì conforme alla terminologia delle direttive dell'UE.

L'espressione «economicamente vantaggiosa» non è sinonimo di «a basso prezzo». Si riferisce piuttosto all'adempimento ottimale dei criteri di aggiudicazione. Per questo motivo, secondo il diritto in materia di appalti pubblici è legittimo attribuire la commessa all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁶⁰. Tale offerta si determina prendendo in considerazione la qualità e il prezzo di una prestazione, nonché altri criteri a seconda dell'oggetto della prestazione (art. 29 D-LAPub). Il fatto di prendere in considerazione obiettivi secondari (come la promozione dell'innovazione, l'integrazione sociale, i posti di formazione nella formazione professionale di base) non deve tuttavia comportare una discriminazione o il rifiuto ingiustificato dell'accesso al mercato.

Le raccomandazioni della DVN¹⁶¹ si muovono nella stessa direzione. Secondo la raccomandazione 10 devono essere introdotte condizioni giuridiche che consentano, per le opere complesse, di designare l'offerta che è effettivamente economicamente più vantaggiosa a partire dalla valutazione tecnica e dal prezzo, garantendo inoltre che una qualità superiore, nell'interesse del progetto, possa giustificare un prezzo più elevato.

Cpv. 2

Per l'acquisto di beni ampiamente standardizzati ci si può fondare esclusivamente sul loro prezzo (in conformità con l'art. 21 cpv. 3 LAPub). Gli articoli X paragrafo 7 lettera c e XV paragrafo 5 lettera b GPA 2012 consentono di valutare le offerte in funzione soltanto del criterio del prezzo. Ciò può essere ammesso in particolare se norme e standard generalmente riconosciuti definiscono già in misura sufficiente la qualità del prodotto oppure se aspetti ecologici sono considerati già nelle specifiche tecniche. A titolo di esempio basta citare l'acquisto di materiali da costruzione, di combustibili o carburanti. Il committente dispone al riguardo di un potere di apprezzamento. Se non viene reso noto alcun criterio di aggiudicazione nella messa a concorso di beni standard, la commessa deve essere aggiudicata esclusivamente in funzione del criterio del prezzo più basso.

Per le prestazioni non standardizzate il prezzo non ha a priori un'importanza superiore agli altri criteri. È possibile attribuire una ponderazione maggiore ai criteri qualitativi, ai termini di fornitura, all'orientamento alla clientela, alla capacità di innovazione come pure alla continuità nella fornitura delle prestazioni. L'impiego

¹⁶⁰ Cfr. sentenza del TF 2D_49/2011 del 25 settembre 2012, consid. 1.3.1.

¹⁶¹ Cfr. nota 42.

sostenibile sotto il profilo economico dei fondi pubblici conformemente all'articolo 2 lettera a D-LAPub deve comunque essere garantito di volta in volta.

L'importanza del prezzo dipende sempre anche dal sistema di valutazione applicato. La curva dei prezzi (ripida o piatta) deve essere scelta in modo tale da considerare in modo appropriato tutti i prezzi offerti ipotizzabili in base all'analisi di mercato. È necessario evitare che questo criterio possa essere indebolito scegliendo una formula inappropriata per il prezzo.

Art. 42 Conclusioni del contratto

Cpv. 1

L'aggiudicazione avviene mediante decisione ai sensi dell'articolo 5 PA.

In questo modo viene meno il divieto di conclusione del contratto secondo il diritto pubblico. Il conseguente contratto sottostà di norma (ma non imperativamente e non sempre) al diritto privato. Sebbene gli venga aggiudicata la commessa, l'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa non può pretendere la conclusione del contratto (nessun obbligo di contrarre). Quest'ultima rientra nell'apprezzamento del committente. Per evitare lunghe e difficili negoziazioni contrattuali una volta avvenuta l'aggiudicazione, talora i committenti decidono di aggiungere la bozza del contratto di appalto alla documentazione del bando. Sarebbe pure consentito considerare nella valutazione le modifiche apportate a questa bozza di contratto nell'ambito dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti stabiliti nella documentazione del bando.

Dal momento che per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali viene concessa una protezione giuridica in via subordinata (art. 52 cpv. 2 D-LAPub), l'aggiudicazione diviene immediatamente esecutiva. Per concludere il contratto non occorre attendere che l'aggiudicazione passi formalmente in giudicato. Il contratto concluso con l'offerente scelto è efficace anche se la sua conclusione avviene dopo la presentazione di un ricorso.

Cpv. 2

Diverso è il caso delle aggiudicazioni di commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Il capoverso 2 corrisponde ampiamente alla regolamentazione dell'articolo 22 capoverso 1 LAPub, ma ora stabilisce espressamente che per la conclusione del contratto occorre attendere la scadenza del termine di ricorso per impugnare la decisione di aggiudicazione: sebbene per legge un eventuale ricorso contro la decisione di aggiudicazione non abbia effetto sospensivo, il contratto di appalto può essere concluso soltanto alla scadenza del termine di ricorso oppure dopo il rigetto di una domanda di concessione dell'effetto sospensivo¹⁶². A seguito dei termini fissati per la trasmissione di simili domande e per la notificazione della decisione da parte del tribunale competente, nella prassi bisogna calcolare un periodo di interruzione della procedura di 25 giorni complessivi.

¹⁶² Cfr. decisione incidentale del TAF B-3402/2009 del 2 luglio 2009, consid. 7.1.

Un contratto di appalto concluso prematuramente non è considerato automaticamente nullo nemmeno per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (art. 20 CO). Questa conseguenza giuridica subentra soltanto se è espressamente prevista dalla legge oppure se risulta dalla scopo della norma violata¹⁶³. Il diritto in materia di appalti pubblici, finalizzato in primo luogo a garantire l'economicità degli acquisti, non prevede una sanzione così severa. Il vizio materiale non consiste nella conclusione prematura del contratto, bensì in un'eventuale violazione delle norme e dei principi del diritto in materia di appalti pubblici, da accertare nel quadro della procedura di ricorso. Se la procedura ha esito positivo, è ipotizzabile che il tribunale imponga al committente di mettere nuovamente a concorso le prestazioni. Se la procedura per incarico diretto è svolta conformemente all'articolo 21 capoverso 2 e il valore della commessa raggiunge i valori soglia determinanti per la procedura mediante invito oppure per la procedura di pubblico concorso o selettiva, l'aggiudicazione è impugnabile mediante ricorso. Anche in queste procedure per incarico diretto occorre pertanto attendere la scadenza del termine di ricorso prima di concludere il contratto, sempre che quest'ultimo non sia concluso con una clausola sospensiva. Un'aggiudicazione per incarico diretto può essere annullata dopo la conclusione del contratto senza tuttavia inficiare la validità del contratto ai sensi del diritto privato¹⁶⁴.

Per quanto riguarda l'applicabilità del diritto privato, nella legislazione sugli appalti pubblici si fa una distinzione tra la formazione della volontà del committente, da un lato, e la conclusione di un contratto tra il committente e l'offerente, dall'altro. Dal fatto che al termine della procedura di aggiudicazione viene concluso un contratto di diritto privato con l'offerente scelto non si può fare discendere una responsabilità generale di diritto privato dell'ente pubblico nei confronti degli offerenti che non sono stati presi in considerazione e ancor meno nei confronti di terzi coinvolti solo indirettamente¹⁶⁵.

Mentre la legislazione dell'Unione europea esige la forma scritta del contratto, nel presente caso si rinuncia a questo criterio. Tuttavia, per motivi di prova, le commesse pubbliche devono essere normalmente concluse per scritto (cfr. anche art. 29 cpv. 1 OAPub).

Se conformemente alle disposizioni della legge del 7 ottobre 2005¹⁶⁶ sulle finanze della Confederazione per un appalto è necessario un credito d'impegno, l'aggiudicazione è subordinata allo stanziamento del credito d'impegno da parte del Parlamento. Questa condizione deve essere annotata nell'aggiudicazione. Il termine di ricorso decorre comunque dalla notificazione dell'aggiudicazione e non dallo stanziamento del credito. Un contratto eccezionalmente concluso (ad es. per ragioni di efficienza) già prima dello stanziamento del credito d'impegno deve prevedere una pertinente condizione sospensiva.

¹⁶³ DTF 102 II 401

¹⁶⁴ Cfr. decisione incidentale del TAF B-3402/2009 del 2 luglio 2009, consid. 7.2.

¹⁶⁵ Cfr. sentenza del TF 4A_397/2012 dell'11 gennaio 2013, consid. 2.2.

¹⁶⁶ RS 611.0

Cpv. 3

Se la domanda di concessione dell'effetto sospensivo non è stata presentata o è rigettata, il contratto di appalto può essere concluso con l'aggiudicatario. In assenza di una disposizione legale l'eventuale ricorso al Tribunale federale contro decisioni in materia di misure cautelari (ricorso che è peraltro possibile soltanto in caso di violazione di diritti costituzionali e di questioni d'importanza fondamentale per quanto concerne la legislazione sugli appalti pubblici¹⁶⁷) non ha effetto sospensivo. Dal momento che un'immediata conclusione del contratto potrebbe costituire un abuso di diritto, una volta ricevuta la decisione dell'autorità di prima istanza deve essere osservato un periodo di attesa di norma di cinque giorni¹⁶⁸. Se è pendente un procedimento, la conclusione del contratto deve essere comunicata al giudice investito. In questo modo al ricorrente è resa nota la possibilità della cosiddetta protezione giuridica in via subordinata.

*Art. 43 Interruzione**Cpv. 1*

La procedura di aggiudicazione si conclude con una decisione di aggiudicazione o con una decisione di interruzione. L'interruzione è possibile per motivi sufficienti a ogni stadio della procedura (art. XV par. 5 GPA 2012, art. 30 OAPub). La necessità di un appalto è stabilita dal solo committente. L'elenco dei motivi di interruzione del capoverso 1 è esemplificativo. Determinante è unicamente il fatto che il committente si fondi su motivi oggettivi sufficienti e che l'interruzione non avvenga nell'intento o con l'effetto di discriminare in modo mirato un offerente o di impedire la concorrenza¹⁶⁹. Questa disposizione si basa sulla raccomandazione 12 della DVN¹⁷⁰ e riconosce al committente pubblico un ulteriore margine di manovra per interrompere la procedura di aggiudicazione.

Let. a: se il committente non realizza il progetto previsto, un'interruzione è di regola definitiva e senz'altro ammessa. Ciò può verificarsi ad esempio quando la messa a concorso di una prestazione è subordinata allo stanziamento di un credito, che poi non viene stanziato. Un committente può decidere di rinunciare all'aggiudicazione di una commessa pubblica anche sulla scorta di nuovi elementi acquisiti.

Let. b–e: alle volte le prestazioni richieste sono «eccessivamente specificate». Un'interruzione è pertanto ammessa anche quando nessuna offerta adempie le specifiche tecniche o altri requisiti (lett. b). Anche la modifica delle condizioni quadro (lett. c) e la conseguente possibilità di ottenere un'offerta più vantaggiosa giustificano un'interruzione della procedura, ad esempio se il committente viene a conoscenza di nuove tecniche nel corso della procedura. Un'interruzione è comunque possibile anche a seguito di una modifica sostanziale delle prestazioni richieste (lett. f) oppure quando le offerte presentate superano notevolmente i costi stimati

¹⁶⁷ Cfr. art. 83 lett. f n. 2 in combinato disposto con l'art. 98 LTF.

¹⁶⁸ Sentenza del TF 2C_203/2014 del 9 maggio 2015, consid. 1.4 seg.

¹⁶⁹ Cfr. DTF 134 II 192, consid. 2.3 seg.

¹⁷⁰ Cfr. nota 42.

(lett. d). Per la valutazione di accordi illeciti in materia di concorrenza (lett. e) si veda il commento all'articolo 44 capoverso 2.

Per una decisione di interruzione i requisiti relativi al grado di dettaglio della motivazione sono leggermente più severi di quelli stabiliti per la decisione di aggiudicazione: dalla decisione di interruzione si devono evincere immediatamente i motivi oggettivi per i quali il committente interrompe la procedura e la decisione deve specificare se l'interruzione è definitiva o se si prevede di ripetere la procedura¹⁷¹.

L'obbligo di pubblicazione dell'interruzione finora non era previsto né dalla LAPub né dall'OAPub, ma non era nemmeno escluso per legge¹⁷². Questa incertezza del diritto è eliminata, visto che d'ora in poi nella procedura di pubblico concorso e selettiva l'interruzione dovrà essere pubblicata (art. 48 cpv. 1 D-LAPub). Si può invece rinunciare a una notificazione individuale (art. 51 cpv. 1 D-LAPub).

Cpv. 2

Se l'interruzione è giustificata da motivi oggettivi, gli offerenti non hanno diritto a un'indennità a copertura delle spese sostenute per la presentazione dell'offerta. Una tale decisione di interruzione non costituisce una violazione del diritto.

Art. 44 Esclusione dalla procedura e revoca dell'aggiudicazione

La possibilità di escludere offerenti per un comportamento scorretto o per altri motivi era già prevista all'articolo VIII lettera h GPA 1994 (qualificazione dei fornitori). La formulazione era tuttavia poco incisiva e vi erano enumerate a titolo di esempio soltanto le fattispecie del fallimento e delle false dichiarazioni. Nel GPA riveduto l'elenco delle fattispecie che motivano l'esclusione dalla procedura è esteso. L'articolo VIII paragrafo 4 GPA 2012 reca a titolo esemplificativo i seguenti motivi di esclusione:

- a) fallimento;
- b) false dichiarazioni;
- c) inadempienze gravi o persistenti nel rispetto di una prescrizione o di un obbligo sostanziale nell'ambito di uno o più appalti precedenti;
- d) sentenze definitive per gravi crimini o altri reati gravi;
- e) grave mancanza professionale, atti od omissioni che pregiudicano l'integrità commerciale dell'offerente; o
- f) mancato pagamento delle imposte.

Tutto ciò deve essere sempre suffragato da elementi di prova. Il fatto che il committente possa prendere in considerazione anche le esperienze negative derivanti da commesse precedenti come pure i risultati di un'inchiesta condotta dalla COMCO (accordi, collusione) costituisce un'importante novità dell'articolo VIII paragrafo 4 GPA 2012. Secondo il tenore del GPA 2012 una violazione contrattuale precedente

¹⁷¹ Cfr. sentenza del TAF B-2449/2012 del 6 settembre 2012, consid. 4.2 segg.

¹⁷² Cfr. sentenza del TAF B-2449/2012 del 6 settembre 2012, consid. 3.4.1.

concernente un punto subordinato non autorizza l'esclusione dell'offerente anche se tale violazione è stata commessa ripetutamente¹⁷³.

Cpv. 1

Le sanzioni nell'ambito delle aggiudicazioni pubbliche non sono limitate alla possibilità di escludere offerenti dalla procedura. Una serie di strumenti efficaci deve prevedere anche la possibilità di radiare un offerente da un elenco ufficiale e di revocare un'aggiudicazione già effettuata. Il committente dispone al riguardo di una grande discrezionalità. A seconda del caso è poi consigliabile interrompere il relativo bando.

La disposizione fa un'elencazione di fattispecie che giustificano un'esclusione, una revoca dell'aggiudicazione o la cancellazione da un elenco. Nel primo capoverso sono elencate in modo esaustivo le fattispecie che presuppongono una conoscenza sicura. Il committente è tenuto ad acquisirla prima di prendere la sua decisione.

Lett. a: spetta al committente stabilire se e quale comportamento (compresa l'assenza di azione) da parte di un offerente o di un terzo coinvolto sia da qualificare inappropriato al punto da giustificare l'esclusione o la revoca dell'aggiudicazione, ad esempio se le prescrizioni del committente vengono disattese nonostante le ammonizioni.

Lett. b: i committenti stabiliscono i requisiti formali e materiali relativi alle offerte nel bando e nella relativa documentazione. Queste prescrizioni (ad es. criteri di aggiudicazione ecologici) sono vincolanti a condizione che non siano discriminanti. Le offerte che non rispondono ai requisiti possono essere escluse. Se un'offerta presenta lacune minori, viene impartito un breve termine per correggerle (divieto di eccesso di formalismo).

Lett. c: il grado di illiceità varia da caso a caso. Sono presi in considerazione, da un lato, la condanna passata in giudicato dell'offerente o dei suoi organi (qui sono intesi i membri dei suoi organi) per un crimine (nei confronti di terzi) e, dall'altro, un crimine o un delitto ai danni del committente, ovvero i casi in cui il committente è il danneggiato ai sensi dell'articolo 115 del Codice di procedura penale¹⁷⁴ (CPP). La lettera c si riferisce a crimini e delitti non solo secondo il Codice penale¹⁷⁵ (CP), ma anche conformemente alla legislazione speciale, ad esempio la legislazione federale sulla protezione dell'ambiente.

Lett. d: la procedura di fallimento o di pignoramento fa seguito a una procedura di esecuzione conclusa. La procedura prosegue con l'avviso di pignoramento o la comminatoria di fallimento. Da questo momento sussiste un rischio elevato che il patrimonio dell'offerente si riduca a seguito di misure di esecuzione e che l'offerente non sia più in grado di fornire le risorse necessarie all'esecuzione della commessa pubblica.

¹⁷³ Cfr. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (ed.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zurigo, 2012, pag. 36.

¹⁷⁴ RS 312.0

¹⁷⁵ RS 311.0

Lett. e: la lotta contro la corruzione nell'aggiudicazione di commesse pubbliche costituisce un tema fondamentale nella revisione del GPA. La corruzione può assumere forme molteplici. Essa si basa innanzitutto sulla concessione e sull'accettazione di vantaggi in denaro, ai quali non si ha diritto dal punto di vista giuridico. Anche qui si presuppone una conoscenza sicura; il solo sospetto non è sufficiente. In deroga alla lettera c, conoscenza sicura non significa che bisogna attendere una condanna passata in giudicato dell'offerente in questione o dei suoi organi. Sono sufficienti sospetti fondati, come l'apertura di un'indagine da parte delle autorità di perseguimento penale. Se un committente ha conoscenza sicura di pratiche corrotte, non si può pretendere che egli collabori con l'offerente coinvolto. Una parte delle «disposizioni sulla lotta contro la corruzione» figura nel CP (art. 322^{ter} segg.). La lettera e concerne tuttavia anche le disposizioni della LCSl e altre disposizioni del Codice civile (CC) che hanno per oggetto la lotta contro la corruzione, ad esempio quale clausola contrattuale autonoma o come parte integrante delle condizioni generali. La lettera e consente inoltre di tenere conto della raccomandazione del gruppo di lavoro anti-corruzione dell'OCSE menzionata nel commento all'articolo 11 lettera b.

Lett. f: i controlli di cui all'articolo 12 possono essere ordinati o svolti dai committenti, da autorità appositamente nominate ai sensi di leggi speciali o da organi paritetici. Gli offerenti sono tenuti a collaborare ai controlli. Se rifiutano o vanificano tali controlli possono essere esclusi dalla procedura di aggiudicazione.

Lett. g: un offerente può essere escluso da una procedura di aggiudicazione anche se non paga le imposte federali, cantonali o comunali dovute o i contributi sociali dovuti (come i contributi AVS, AI, IPG, AD, LPP e LAINF).

Lett. h: l'articolo VIII paragrafo 4 lettera c GPA 2012 consente alle parti contraenti di considerare nella decisione di esclusione esperienze negative avute con un offerente in appalti precedenti. I motivi di tale esclusione devono essere oggettivi e gravi. Lacune o inadempienze minori nell'esecuzione di commesse precedenti non legittimano un'esclusione.

Vengono considerati, ad esempio, l'esecuzione imperfetta di commesse precedenti e il caso dell'offerente che ha altrimenti dimostrato di non essere una parte contraente affidabile e degna di fiducia. Quest'ultima è una fattispecie di portata generale; la sua applicazione necessita di un'attenta ponderazione degli interessi e di norma presupporrà che l'offerente sia stato ammonito senza successo. Di regola potrebbe avere una conoscenza sicura di questi motivi di esclusione soltanto il committente che può rifarsi a pertinenti esperienze passate con l'offerente. Ai servizi di aggiudicazione si raccomanda di documentare che la parte contraente non è affidabile o degna di fiducia.

Lett. i: di regola la preimplicazione (art. 14 D-LAPub) comporta l'esclusione. Un'eccezione è possibile se il vantaggio concorrenziale che ne deriva può essere compensato con mezzi adeguati (ad es. pubblicazione dei risultati del lavoro).

Lett. j: secondo l'articolo 45 capoverso 1 un offerente può essere escluso per un periodo massimo di cinque anni da future commesse pubbliche se realizza una o più fattispecie di cui all'articolo 44 capoverso 1 lettere c, e e k nonché capoverso 2

lettere b, f e g. Alla lettera j viene espressamente menzionato questo motivo di esclusione.

Let. k: in assenza di concorrenza il committente è autorizzato a verificare la base per il calcolo del prezzo (art. 59 D-LAPub). Secondo l'articolo 45, l'offerente può essere escluso se ostacola o vanifica la verifica.

Cpv. 2

Il capoverso 2 contiene un elenco non esaustivo di fattispecie che possono essere applicate già in presenza di indizi sufficienti. Ad esempio, in caso di forte sospetto di un accordo illecito in materia di concorrenza, per procedere all'esclusione non si può attendere la conclusione della procedura della COMCO. Lo stesso vale se sussiste un forte sospetto di inadempienza o di violazione delle condizioni di partecipazione (ad es. violazione di disposizioni in materia di tutela dei lavoratori o di disposizioni contro il lavoro nero o del principio della parità salariale tra donna e uomo). La collaborazione nell'ambito della fornitura delle prestazioni implica fiducia nell'offerente. Se questa fiducia è alterata o seriamente compromessa, il committente non deve essere costretto a collaborare. Tuttavia non deve neppure escludere un offerente sulla scorta di un semplice sospetto. Piuttosto è tenuto a verificare attentamente i sospetti e a valutare accuratamente eventuali prove.

Per entrambi i capoversi vale quanto segue: la formulazione potestativa indica che non tutte le colpe commesse dall'offerente devono determinare imperativamente tali conseguenze. L'esclusione non sarebbe ad esempio giustificata se la violazione di una prescrizione fosse considerata di lieve entità e potesse essere immediatamente corretta. Una discriminazione salariale è oggetto di sanzioni (cpv. 2 lett. f), se dall'analisi dei dati salariali emerge una differenza a scapito della categoria maschile o di quella femminile che sia *statisticamente molto superiore* alla soglia di tolleranza prevista del 5 per cento. Tale soglia di tolleranza si applica unicamente nell'ambito dei controlli relativi agli appalti pubblici. Si tiene così conto del fatto che in un'impresa possono esistere fattori rilevanti ai fini dello stipendio che non sono considerati nell'analisi.

Una sentenza definitiva per reati gravi dovrebbe comportare di regola l'esclusione (cfr. anche l'art. 57 par. 1 della direttiva 2014/24/UE¹⁷⁶).

Le offerte sottocosto non sono vietate di per sé. Tuttavia il committente deve accertarsi che l'offerente abbia compreso correttamente tutti i requisiti della prestazione e che dia «garanzia» di un corretto adempimento del contratto (art. 38 cpv. 3 D-LAPub).

Per tutte le fattispecie occorre osservare il principio di proporzionalità e il divieto dell'eccesso di formalismo¹⁷⁷. Ciò è opportuno anche perché nella maggior parte dei casi il committente potrebbe, in base a meri sospetti, escludere un offerente dalla procedura corrente, radiarlo da un elenco o revocare l'aggiudicazione. Se deve giudicare fatti relativi a una branca del diritto di cui non ha particolari conoscenze

¹⁷⁶ Cfr. nota 40.

¹⁷⁷ Cfr. sentenza del TF 2C 782/2012 del 10 gennaio 2013, consid. 2.3.

specialistiche (ad es. violazione di norme professionali riconosciute, di disposizioni in materia di lotta contro il lavoro nero, della parità salariale tra donna e uomo o di accordi illeciti in materia di concorrenza), il committente può se del caso consultare le autorità competenti.

L'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione può essere effettuata a discrezione del committente mediante notifica individuale della decisione oppure implicitamente mediante aggiudicazione a un altro offerente. Secondo la legislazione in vigore non sussiste il diritto a una notifica individuale¹⁷⁸ e questa prassi va mantenuta anche nella nuova legislazione.

Art. 45 Sanzioni

Una grave violazione delle disposizioni della legislazione sugli appalti pubblici da parte del committente può determinare l'avvio di un'inchiesta amministrativa e l'adozione di misure disciplinari nei confronti delle persone responsabili. Il committente ha a sua volta la possibilità di sanzionare l'offerente o il subappaltatore che ha agito in modo illecito.

Secondo il principio di legalità le sanzioni devono essere disciplinate in una legge in senso formale. Gli ammonimenti devono essere pronunciati per scritto e costituiscono di norma una reazione a lievi infrazioni che non richiedono sanzioni più severe.

Inoltre l'infrazione di una sanzione presuppone una colpa, fermo restando che l'infrazione per negligenza dovrebbe essere sufficiente nei casi più frequenti (ad es. in caso di violazione delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori). Quando adotta una misura, il committente deve tenere conto del principio di proporzionalità e della gravità della colpa commessa. Contro le sanzioni l'offerente può far valere i rimedi giuridici menzionati nella legge (cfr. art. 53 cpv. 1 lett. h D-LAPub).

Cpv. 1

In caso di infrazioni gravi il committente può escludere, senza un precedente ammonimento, gli offerenti o i subappaltatori inadempienti da future commesse per un periodo massimo di cinque anni. Nei casi meno gravi è possibile pronunciare un ammonimento. Invece di una sanzione diretta può essere anche sporta denuncia a un'autorità speciale. Tali sanzioni sono possibili se l'offerente o il subappaltatore o i loro organi sono stati condannati definitivamente per un crimine commesso nell'ambito dell'esecuzione di una commessa pubblica o se hanno commesso un crimine o un delitto ai danni del committente. L'ammonimento o l'esclusione da future commesse pubbliche del committente in questione è inoltre possibile se un offerente o un subappaltatore ha violato le disposizioni sulla lotta contro la corruzione¹⁷⁹. Infine pure l'inosservanza degli obblighi relativi al diritto d'esame degli atti delle autorità (art. 59 D-LAPub), la partecipazione a un accordo illecito in materia di concorrenza o la violazione delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, delle condizioni di lavoro, delle disposizioni sulla parità salariale tra donna e uomo

¹⁷⁸ Cfr. CRM 2002-016 del 4 febbraio 2003, consid. 1.

¹⁷⁹ Cfr. postulato Engler 14.3208 Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici.

oppure di quelle sulla confidenzialità possono portare a un ammonimento o a un'esclusione.

Rientra nel potere discrezionale del singolo committente pronunciare o meno una sanzione. L'esclusione da future commesse costituisce una sanzione grave che generalmente non è giustificata per una prima infrazione di lieve entità. Nell'ipotesi di infrazioni ripetute o gravi, segnatamente dopo una condanna penale passata in giudicato per corruzione, questa sanzione può essere giustificata.

Più o meno lunga a seconda della gravità dell'infrazione, l'esclusione da future commesse è limitata di regola agli appalti del committente interessato. Per committente si intendono tutte le unità organizzative della stessa personalità giuridica (come l'Amministrazione centrale, le imprese pubbliche). I servizi centrali d'acquisto della Confederazione non possono prescrivere alle FFS o alla Posta quali offerenti non devono più prendere in considerazione in futuro (e viceversa). I servizi di aggiudicazione decidono in base al proprio potere discrezionale come valutare le sanzioni dei vari committenti. In particolare esiste la possibilità di prevedere un'esclusione ai sensi dell'articolo 44 capoverso 1 lettera j e di escludere l'offerente in questione da una procedura.

Se un offerente è però escluso dalle commesse pubbliche per reati di corruzione, tale esclusione deve essere applicata alle commesse di tutti i committenti sottoposti alla presente legge.

L'offerente che ha violato gravemente o in maniera reiterata determinate disposizioni in materia di lotta contro il lavoro nero e che per questo motivo è stato condannato con sentenza passata in giudicato è in linea di principio sanzionato conformemente all'articolo 13 della legge contro il lavoro nero (LLN). Tale offerente è escluso dalla competente autorità cantonale, per cinque anni al massimo, da futuri appalti pubblici a livello comunale, cantonale e federale, oppure gli possono essere ridotti gli aiuti finanziari per una durata determinata. Parallelamente il presente disegno di legge consente a un committente pubblico di ammonire un offerente che ha violato gli obblighi di annuncio e di autorizzazione secondo la LLN oppure di escluderlo dalle sue commesse pubbliche fino a cinque anni, a condizione che questa sanzione non sia già stata inflitta dalla competente autorità cantonale (*ne bis in idem*).

Cpv. 2

Le possibilità di sanzione, ossia l'ammonimento e l'esclusione, valgono a prescindere da altre azioni legali nei confronti dell'offerente inadempiente. In questo contesto sono ipotizzabili inchieste e sanzioni delle autorità garanti della concorrenza, delle autorità di perseguimento penale o di commissioni paritetiche, sempreché esse non costituiscano il presupposto della sanzione secondo la presente disposizione.

Come già previsto al vigente articolo 33 OOAPub nella legge è introdotto un obbligo di denuncia in caso di indizi sufficienti di collusione tra gli offerenti. Un annuncio alla COMCO può anche essere effettuato a prescindere dall'inflizione di una sanzione nei confronti degli offerenti in questione. Il committente comunica quindi alla COMCO se aggiudica una commessa per incarico diretto a causa di offerte concertate (art. 21 cpv. 2 lett. b D-LAPub), interrompe una procedura di aggiudica-

zione (art. 43 cpv. 1 lett. e D-LAPub) o infligge una sanzione a un offerente per sospetto di accordi illeciti in materia di concorrenza (art. 44 cpv. 2 lett. b D-LAPub).

Cpv. 3

La presente disposizione crea la base legale per la tenuta di un elenco centrale degli offerenti e dei subappaltatori esclusi da future commesse pubbliche. I Cantoni prevedono un elenco analogo nel CIAP. La Confederazione e i Cantoni si scambieranno in maniera adeguata i dati così raccolti. Secondo l'articolo 12 capoverso 4 l'obbligo di comunicazione è esteso per analogia alle violazioni del diritto del lavoro affinché le autorità di vigilanza e gli organi di controllo competenti possano adempiere meglio i propri compiti (agevolando quindi l'esecuzione della LAPub).

Dal momento che l'iscrizione di un offerente in un simile elenco potrebbe comportare svantaggi irrimediabili (in particolare arrecando un pregiudizio all'attività dell'offerente che va al di là della mancata considerazione nell'ambito di una commessa pubblica) l'elenco non è pubblico, ovvero non sarà pubblicato, e il suo accesso non sarà fatto salvo ai sensi delle disposizioni della legge sulla trasparenza (informazione passiva). Le richieste di informazione da parte dei committenti possono riguardare soltanto uno specifico offerente che partecipa a un bando concreto. Decorso il termine previsto nell'ambito della sanzione l'offerente è stralciato dall'elenco. Non si forniscono attivamente informazioni sulle sanzioni il cui termine di durata è decorso. Sia l'iscrizione nell'elenco che lo stralcio dall'elenco sono oggetto di una decisione impugnabile.

La disposizione contiene infine la base per l'istituzione di una procedura di richiamo ai sensi dell'articolo 19 capoverso 3 della legge federale del 19 giugno 1992¹⁸⁰ sulla protezione dei dati (LPD).

Capitolo 7 Termini e pubblicazioni, statistica

L'articolo IX paragrafo 1 GPA 1994 rinviava, per la pubblicazione dell'avviso, all'organo di pubblicazione ai sensi dell'allegato II, ovvero, per gli appalti dei committenti della Confederazione, a una piattaforma Internet (oggi «simap.ch») e, per quelli dei Cantoni e dei Comuni, ai pertinenti organi di pubblicazione ufficiali. L'articolo XVIII GPA 1994 prevedeva inoltre che i committenti pubblicassero un avviso al più tardi 72 giorni dopo ogni aggiudicazione. Anche le direttive 2014/24/UE¹⁸¹ e 2014/25/UE¹⁸² recano diverse disposizioni in materia di pubblicazione e trasparenza.

Per migliorare la trasparenza il GPA 2012 introduce un articolo VI separato concernente le «Informazioni sul sistema degli appalti». Esso prevede che gli Stati contraenti pubblichino nel mezzo d'informazione cartaceo o elettronico indicato nell'appendice III gli avvisi di gara, gli avvisi d'iscrizione nell'elenco riutilizzabile degli offerenti, gli avvisi relativi all'aggiudicazione come pure le pertinenti informa-

¹⁸⁰ RS 235.1

¹⁸¹ Cfr. nota 40.

¹⁸² Cfr. nota 41.

zioni. L'articolo VII paragrafo 1 GPA 2012 stabilisce inoltre che gli avvisi devono essere pubblicati su un mezzo d'informazione di ampia diffusione e che devono rimanere facilmente accessibili al pubblico almeno fino alla scadenza del termine indicato. L'articolo XVI relativo alla «trasparenza delle informazioni sugli appalti» contiene disposizioni sulla conservazione della documentazione, dei rapporti e dei dati ai fini della tracciabilità elettronica.

La legislazione in vigore non fornisce una panoramica delle decisioni e delle comunicazioni che devono essere pubblicate. Gli articoli 48 e 50 D-LAPub sono destinati a colmare tale lacuna e ad applicare i requisiti in materia di trasparenza del GPA 2012. Nel contempo, l'articolo 47 D-LAPub attua le prescrizioni dell'articolo XI GPA 2012 relative alla riduzione dei termini minimi.

Art. 46 Termini

Cpv. 1

Il volume e la complessità degli appalti assoggettati alla legge possono variare notevolmente. Per questo motivo la legge prevede soltanto termini minimi. In caso di appalti importanti questi termini devono essere prorogati adeguatamente, come previsto nella legislazione in vigore (art. 19 cpv. 2 OAPub).

Fatte salve istruzioni derogatorie del committente, il termine per la presentazione di un'offerta per scritto è rispettato se detta offerta è inoltrata all'autorità di aggiudicazione l'ultimo giorno del termine (entro mezzanotte) oppure è consegnata, all'indirizzo di questa, a un ufficio postale svizzero o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera (art. 21 PA). Se l'offerta è inviata per posta, ai fini dell'osservanza del termine fa fede il timbro postale¹⁸³. In deroga a quanto precede, ma in linea con la prassi attuale, il committente è libero di stabilire nel bando il giorno e l'ora, in modo tale che l'offerta completa debba pervenire in quel momento affinché il termine sia rispettato. In questo caso la data della consegna all'ufficio postale non è rilevante e ci si basa unicamente sul fatto che l'offerta sia pervenuta al committente nel momento previsto, integralmente e nella forma richiesta.

Cpv. 2

Per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali i termini minimi fissati per la procedura di pubblico concorso e quella selettiva sono retti dalla disposizione dell'articolo XI paragrafo 3 lettera a GPA 2012. Essi corrispondono all'attuale regolamentazione dell'articolo 19 capoverso 3 OAPub. Il termine di 40 giorni comincia nuovamente a decorrere dalla pubblicazione di rettifiche sostanziali. Nel caso di rettifiche minori del bando o della documentazione del bando che non provocano un dispendio supplementare sostanziale per gli offerenti né una modifica della cerchia degli offerenti il termine non ricomincia a decorrere. Oltre al carattere essenziale della rettifica, è determinante anche il mo-

¹⁸³ Cfr. CRM 2002-015 del 29 gennaio 2003, consid. 2.

mento in cui interviene, ovvero se gli offerenti hanno ancora tempo per tener conto dell'adeguamento entro il termine previsto.

Cpv. 3

Contrariamente alle riduzioni dei termini, le proroghe secondo l'apprezzamento del committente sono possibili senza limitazioni fintantoché sono applicate equamente. Nelle procedure di pubblico concorso e selettiva devono essere pubblicate, nella procedura mediante invito è sufficiente una comunicazione scritta inviata contemporaneamente a tutti gli offerenti. La rispettiva prescrizione figura nel diritto vigente all'articolo 19 capoverso 2 OAPub.

Cpv. 4

Per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali il termine di presentazione delle offerte è di norma di almeno 20 giorni. Questo termine minimo può essere ridotto soltanto in casi eccezionali (ad es. per i beni e le prestazioni di servizio standardizzate).

Art. 47 Riduzione dei termini per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali

I termini possono essere ridotti sia nella procedura di pubblico concorso che in quella selettiva. Tuttavia, fatta eccezione per i casi urgenti, può essere ridotto soltanto il termine per la presentazione dell'offerta, ma non quello per la presentazione della domanda di partecipazione (rilevante solo in relazione alla procedura selettiva).

Cpv. 1

La possibilità di ridurre i termini a 10 giorni in caso di urgenza comprovata corrisponde all'articolo XI paragrafo 4 lettera c GPA 2012.

Cpv. 2

Se il bando è pubblicato in forma elettronica (lett. a), la documentazione del bando è pubblicata simultaneamente in forma elettronica (lett. b) e le offerte pervengono per via elettronica (lett. c), il termine minimo di 40 giorni previsto per la presentazione delle offerte può essere ridotto di volta in volta di cinque giorni, ossia complessivamente di 15 giorni (art. XI par. 5 GPA 2012).

Cpv. 3 e 4

Un'ulteriore riduzione del termine per la presentazione delle offerte fino a 10 giorni è possibile se almeno 40 giorni ma al massimo 12 mesi prima della pubblicazione del bando è stato pubblicato un preavviso, oppure se per le prestazioni richieste periodicamente il committente ha indicato tale riduzione del termine in un bando precedente. Questa regolamentazione figura già all'articolo 19 e seguente OAPub.

Cpv. 5

L'espressione «beni e di prestazioni di servizio commerciali» deriva dal GPA 2012 e comprende le forniture, le prestazioni di servizio e le prestazioni edili. Questa disposizione singolare attua l'articolo XI paragrafo 7 GPA 2012. Se (per altri motivi) è ammessa una riduzione a 10 giorni, ciò non è in contrasto con l'articolo XI paragrafo 7 GPA 2012.

Per «beni o prestazioni di servizio commerciali» ai sensi della presente disposizione si intendono le prestazioni acquistate solitamente da privati a scopi privati (in particolare le prestazioni destinate all'uso quotidiano). La definizione corrisponde a quella dell'articolo I lettera a GPA 2012 e lascia un margine di valutazione di caso in caso. Se queste prestazioni sono acquistate in vista di una vendita o rivendita commerciale, il loro acquisto è escluso dal campo di applicazione del presente disegno di legge ai sensi dell'articolo 10 capoverso 1 lettera a. Se invece i beni e le prestazioni di servizio commerciali sono utilizzati («consumati») dal committente, una riduzione del termine è possibile.

*Art. 48 Pubblicazioni**Cpv. 1*

Il ricorso a moderne tecnologie dell'informazione migliora la trasparenza del settore degli appalti pubblici e agevola l'accesso al mercato. Sia nella procedura di pubblico concorso che nella procedura selettiva il bando, l'aggiudicazione e l'interruzione della procedura sono pubblicati su una piattaforma Internet per gli appalti pubblici, gestita in comune dalla Confederazione e dai Cantoni. Anche per le commesse pubbliche aggiudicate per incarico diretto che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sussiste un obbligo di pubblicazione. Con l'estensione della protezione giuridica questo obbligo di pubblicazione è applicato a tutte le aggiudicazioni per incarico diretto di commesse d'importo uguale o superiore al valore soglia determinante per la procedura di pubblico concorso o selettiva, a prescindere dal fatto che le prestazioni rientrino o meno nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Non si procede invece ad alcuna pubblicazione nel caso di aggiudicazioni per incarico diretto di commesse il cui valore è equiparato a quello determinante per la procedura mediante invito. In assenza di un diritto ad essere invitati, viene meno anche l'interesse alla pubblicazione di queste aggiudicazioni. Per lo stesso motivo non sono pubblicate le aggiudicazioni mediante invito, bensì notificate per scritto agli offerenti partecipanti.

Dal momento che per gli appalti di cui all'allegato 5 numero 1 lettera c e d non sussiste alcuna protezione giuridica, in caso di aggiudicazione per incarico diretto di simili prestazioni si può prescindere dalla pubblicazione.

In considerazione della rapida evoluzione dei nomi dei domini e del governo elettronico si rinuncia a menzionare nella legge la piattaforma di pubblicazione. Attualmente si tratta della piattaforma «simap.ch», disponibile in tedesco, francese, italiano e in gran parte anche in inglese. Titolare e responsabile di «simap.ch» è l'Associazione per un sistema informativo sulle commesse pubbliche in Svizzera. La Confederazione e tutti i Cantoni sono membri dell'associazione e versano contributi. Oltre alla Confederazione e a tutti i Cantoni anche numerose Città e Comuni utiliz-

zано questa piattaforma Internet come organo di pubblicazione. Le prescrizioni dell'articolo VII paragrafo 1 GPA 2012 sono pertanto rispettate.

Cpv. 2

Di norma la documentazione del bando è messa a disposizione simultaneamente al bando e anch'essa in forma elettronica. Se la documentazione del bando non è resa accessibile al pubblico sulla piattaforma Internet all'atto della pubblicazione del bando conformemente al capoverso 1, il committente deve metterla a disposizione degli offerenti interessati in un altro modo (ad es. DVD, CD-ROM o copia cartacea inviata per posta).

Se la documentazione del bando è pubblicata sulla piattaforma Internet simultaneamente al bando, il suo contenuto ha lo stesso effetto di pubblicità. Essa deve quindi essere impugnata unitamente al bando ai sensi dell'articolo 53 capoverso 2 D-LAPub.

L'accesso alle pubblicazioni relative ai bandi e alle aggiudicazioni è gratuito.

Cpv. 3

Altre prestazioni del gestore della piattaforma (ad es. deposito di determinate prove di idoneità, archiviazione elettronica delle offerte, servizi di abbonamento, prestazioni di supporto o altre prestazioni) che vanno al di là dell'accesso ai bandi e alla relativa documentazione possono essere a pagamento. Ad esempio è ipotizzabile abbonarsi a un servizio che invia automaticamente informazioni sui bandi (servizio *push*), oppure consentire agli offerenti interessati di archiviare sulla piattaforma la prova del rispetto delle condizioni di partecipazione o dei criteri di idoneità standardizzati (estratto del registro di commercio, rapporto di gestione). Per queste prestazioni di servizio o utilizzazioni possono essere riscossi emolumenti o tasse determinati in funzione del principio dell'equivalenza.

Cpv. 4

In linea con l'articolo VII paragrafo 3 GPA 2012, per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali il committente è tenuto a pubblicare una sintesi del bando in una delle lingue ufficiali dell'OMC, se il bando non è già pubblicato in francese, inglese o spagnolo. Le prescrizioni del GPA 2012 sanciscono inoltre che tale sintesi debba essere pubblicata contemporaneamente al bando («avviso di gara») vero e proprio al fine di semplificare il lavoro degli offerenti e contrastare possibili barriere linguistiche.

Cpv. 5

Le richieste relative alle lingue ufficiali nel settore degli appalti pubblici sono state ripetutamente oggetto di interventi parlamentari¹⁸⁴. Il principio secondo cui si può tenere adeguatamente conto delle diverse situazioni linguistiche presenti in Svizzera

¹⁸⁴ Cfr. Digressione: requisiti concernenti le lingue (n. 1.2.5).

deve essere sancito nella legge. Il nostro Collegio intende applicare questo principio nel modo più pragmatico possibile e con un dispendio ragionevole. In base alle esperienze fatte con queste disposizioni, siamo disposti a valutare a media scadenza l'opportunità di prevedere ulteriori misure (cfr. n. 1.2.5).

Cpv. 6

Anche secondo il GPA 2012 l'aggiudicazione deve essere pubblicata entro 72 giorni dall'emanazione della relativa decisione. L'articolo XVI paragrafo 2 GPA 2012 intende garantire una trasparenza minima sulle aggiudicazioni. Per contro, in seno alla Confederazione la prassi vuole che le aggiudicazioni siano pubblicate simultaneamente e notificate individualmente. Un termine di 30 giorni dovrebbe essere di norma sufficiente. Qualora, oltre alle indicazioni di cui alle lettere a-f, siano pubblicate le caratteristiche e i vantaggi fondamentali dell'offerta scelta, sono contemporaneamente soddisfatti i requisiti della motivazione sommaria dell'aggiudicazione di cui all'articolo 51 capoverso 3. La decisione è dunque notificata in misura sufficiente sotto il profilo giuridico (art. 51 cpv. 1 D-LAPub).

Art. 49 Conservazione dei documenti

Cpv. 1 e 2

L'articolo XX paragrafo 4 GPA 1994 prevedeva già un termine di conservazione di tre anni della «documentazione relativa ai diversi aspetti inerenti all'aggiudicazione degli appalti». L'articolo XVI paragrafo 3 GPA 2012 va nella medesima direzione. I committenti possono andare al di là di questo termine minimo fissato dai trattati internazionali. Sono soggetti all'obbligo di conservazione tutti i documenti che provano in maniera tracciabile lo svolgimento della procedura e la legalità dell'aggiudicazione. Il termine di tre anni decorre dalla conclusione definitiva della procedura di aggiudicazione, ossia dal passaggio in giudicato della decisione di aggiudicazione o della decisione che conclude la procedura.

Il committente non è tenuto a conservare le offerte che non hanno ottenuto l'aggiudicazione. È invece libero di conservare, restituire o distruggere i relativi documenti. Questa possibilità si applica tuttavia soltanto se è compatibile con le disposizioni più dettagliate relative all'obbligo di conservazione dei documenti che figurano segnatamente nella legge federale del 26 giugno 1998¹⁸⁵ sull'archiviazione, nel CO e nel diritto d'esecuzione.

Il riferimento ai «verbali delle rettifiche» comprende anche tutti i verbali delle negoziazioni se, nell'ambito di una procedura per incarico diretto, sono state svolte negoziazioni con l'offerente ai sensi dell'articolo 21 capoverso 2.

Cpv. 3

Il diritto in materia di appalti pubblici è da sempre orientato alla trasparenza (bando pubblico, pubblicazione dell'aggiudicazione ecc.). Se la legge non prevede già la

¹⁸⁵ RS 152.1

divulgazione o la pubblicazione, i documenti da conservare sono protetti dal segreto per la durata della loro conservazione.

Con l'introduzione dell'obbligo del segreto nel capoverso 3 viene proposta una disposizione speciale ai sensi dell'articolo 4 della legge del 17 dicembre 2004¹⁸⁶ sulla trasparenza (LTras). La LTras intende promuovere la trasparenza sulle attribuzioni, l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione (art. 1 LTras). Poiché molte prescrizioni sulla trasparenza del D-LAPub e della LTras sono equivalenti, in considerazione degli interessi degli offerenti (ad es. contenuto dell'offerta e del contratto) e al fine di evitare un onere considerevole che non apporterebbe alcun valore aggiunto, è giustificato negare l'accesso secondo la LTras ai documenti relativi agli appalti che non sottostanno al principio della trasparenza anche al termine della procedura di aggiudicazione.

Questa regolamentazione non tutela soltanto le aspettative giustificate degli offerenti che i loro segreti professionali, d'affari e di fabbricazione siano generalmente protetti una volta conclusa l'aggiudicazione, bensì anche la concorrenza. Un ampio diritto di accesso ai documenti relativi all'offerta o ai contratti comporterebbe uno scambio di informazioni indesiderato sui prezzi e sulle condizioni, che consentirebbe ai titolari di tale diritto di manipolare la concorrenza e di adeguare eventuali future offerte per bandi simili.

Rimane però garantito l'accesso alla piattaforma Internet per le commesse pubbliche di cui all'articolo 48 capoverso 1 e alla statistica globale di cui all'articolo 50 capoverso 4. Queste due fonti consentono infatti di informarsi sugli appalti pubblici e di valutarli. Se i loro contenuti dovessero essere analizzati ed elaborati nel singolo caso da collaboratori della Confederazione su richiesta di cittadini o di operatori dei media, si dovrebbero creare molti nuovi posti di lavoro per le attività di informazione del pubblico.

In attuazione della mozione Graf-Litscher 14.3045, a livello di ordinanza in futuro sarà prevista la pubblicazione periodica di un elenco contenente tutti gli appalti d'importo uguale o superiore a 50 000 franchi. Gli operatori dei media e altri interessati potranno quindi informarsi sull'impiego dei fondi pubblici senza seguire la procedura prevista dalla LTras (spesso dispendiosa per l'Amministrazione sia in termini di tempo che di denaro).

Art. 50 Statistica

L'articolo XIX paragrafo 5 GPA 1994 stabiliva già che gli Stati membri allestissero una statistica riguardante i loro appalti. Queste statistiche non sono fini a sé stesse. Esse consentono (su base aggregata e anonima) di verificare gli impegni assunti sulla base del diritto internazionale.

Nel diritto europeo sono determinanti gli articoli 85 della direttiva 2014/24/UE¹⁸⁷ e 101 della direttiva 2014/25/UE¹⁸⁸, secondo i quali la relazione statistica dovrà essere trasmessa ogni tre anni.

¹⁸⁶ RS 152.3

¹⁸⁷ Cfr. nota 40.

I requisiti definiti nei trattati internazionali per i rilevamenti statistici degli enti aggiudicatori centrali e subnazionali variano di volta in volta. L'articolo XVI paragrafo 4 GPA 2012 disciplina il contenuto minimo. Ciascun rapporto copre un periodo di un anno e deve essere presentato entro due anni dal termine del periodo di riferimento. Per i committenti della Confederazione esso contiene le seguenti indicazioni:

- il numero e il valore complessivo delle commesse assoggettate alla legge per tutti i committenti interessati;
- il numero e il valore complessivo delle commesse assoggettate alla legge aggiudicate da ciascun committente, suddivise per categoria di beni e prestazioni di servizio sulla base di un sistema di classificazione uniforme riconosciuto a livello internazionale; e
- il numero e il valore complessivo delle commesse assoggettate alla legge aggiudicate per incarico diretto da ciascun committente.

Cpv. 1

Il disegno di legge prevede che i committenti, compresi i committenti che operano su mercati settoriali, allestiscano entro 12 mesi dalla fine dell'anno civile, all'attenzione della SECO, una statistica degli appalti dell'anno precedente che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Le statistiche degli altri appalti sarebbero molto dispendiose e fornirebbero uno scarso valore aggiunto, quindi vi si rinuncia. La statistica è gestita elettronicamente ed è trasmessa periodicamente al Comitato degli appalti pubblici (art. XXI GPA 2012). Il capoverso 1 va inteso nel senso che ogni committente raccoglie i dati concernenti il proprio settore, prepara una statistica e la trasmette alla SECO.

Cpv. 2

L'articolo XVI paragrafo 4 GPA 2012 esige che la statistica sia suddivisa in funzione dei committenti (appendice I all. 1-3) e secondo classificazioni riconosciute a livello internazionale (segnatamente classificazione CPC o CPV). Dal momento che anche per i committenti decentralizzati e per quelli che operano su mercati settoriali prende in considerazione indicazioni sul genere di commessa e sull'aggiudicazione per incarico diretto (per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali), la Svizzera va al di là degli obblighi di trasparenza definiti nei trattati internazionali.

La CPC prov. è la nomenclatura ufficiale dell'ONU alla quale fa riferimento l'OMC. La classificazione CPV è utilizzata nell'UE e si è affermata anche nella prassi di aggiudicazione svizzera. Oltre alle indicazioni sul numero e sul valore complessivo delle commesse, la statistica degli appalti dei committenti della Confederazione contiene una suddivisione nelle diverse classificazioni CPV (lett. a). Vi sono inoltre considerati il numero e il valore complessivo delle commesse pubbliche aggiudicate per incarico diretto (lett. b).

¹⁸⁸ Cfr. nota 41.

Cpv. 3

Di solito il diritto in materia di appalti pubblici tiene conto, sia nella determinazione del valore della commessa sia nella valutazione dei prezzi delle offerte, del valore della commessa esclusa l'imposta sul valore aggiunto prescritta per legge. In deroga a questa prassi la statistica reca di volta in volta il valore complessivo, *compresa* l'imposta sul valore aggiunto. In tal modo è possibile esporre i costi complessivi degli appalti, considerato che la maggior parte dei committenti non ha il diritto di dedurre l'imposta precedente. I compiti sovrani, ossia non commerciali, non sono infatti soggetti all'imposta sul valore aggiunto.

Cpv. 4

La SECO pubblica la statistica globale, fatte salve la protezione dei dati e la tutela del segreto d'affari. La statistica globale fornisce informazioni sugli appalti della Confederazione, dei committenti che operano su mercati settoriali e dei Cantoni. Oltre alle indicazioni minime ai sensi del capoverso 2 essa può contenere altre informazioni, ad esempio sulla ripartizione delle aggiudicazioni tra le regioni linguistiche e gli aggiudicatari.

Capitolo 8 Protezione giuridica

Al pari del GPA 1994 anche il GPA 2012 disciplina all'articolo XVIII che gli Stati contraenti predispongano «procedure di ricorso amministrativo o giudiziario tempestive, efficaci, trasparenti e non discriminatorie» che prevedano misure cautelari rapide affinché gli offerenti possano contestare presunte violazioni del diritto. L'articolo XX GPA 1994 disciplinava soltanto in modo sommario la cosiddetta procedura di esame e lasciava un ampio margine di manovra al diritto nazionale. Il GPA 2012 è più preciso al riguardo e pone in primo piano lo statuto giuridico degli offerenti. L'articolo XVIII paragrafo 7 GPA 2012 (così come l'art. XX par. 7 GPA 1994) lascia gli Stati contraenti liberi di decidere se il ricorso contro una decisione di aggiudicazione abbia o meno effetto sospensivo. Questi principi (procedure di ricorso tempestive, efficaci, trasparenti e non discriminatorie) sono vincolanti per tutti gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Secondo la legislazione in vigore le decisioni di aggiudicazione di commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali non possono essere impugnate (art. 39 OAPub). Con riferimento alla garanzia della via giudiziaria (art. 29a Cost.) bisogna chiedersi se tutte le decisioni non debbano essere impugnabili e se la protezione giuridica non debba essere garantita già a partire da una commessa del valore di 1 franco. A questa riflessione si oppongono motivi di costi e di efficienza, che sono in contrasto con il bisogno di protezione giuridica degli offerenti. Garantire la protezione giuridica per tutte le commesse pubbliche provocherebbe oneri amministrativi sensibilmente più elevati e ritardi nel processo di acquisto, ma difficilmente determinerebbe una maggiore concorrenza. Ciò sarebbe contrario al principio dell'impiego economico dei fondi pubblici.

Nell'avamprogetto sono state proposte l'estensione della protezione giuridica e la possibilità, in futuro, di adire il tribunale già a partire dal valore soglia determinante per la procedura mediante invito per contribuire in tal modo all'armonizzazione con

il diritto cantonale (cfr. n. 1.3). A tal fine è stata discussa l'introduzione di una procedura semplice e rapida che si sarebbe tenuta dinanzi a un giudice unico e che avrebbe dovuto concludersi entro 60 giorni. L'estensione della protezione giuridica è stata accolta favorevolmente dalla stragrande maggioranza dei partecipanti (in particolare dalle associazioni economiche e industriali). Sono state tuttavia sollevate critiche riguardo all'introduzione di una procedura finora sconosciuta. Dopo la procedura di consultazione si è quindi proceduto a ponderare gli interessi dell'economia rappresentati in seno alla consultazione e le considerazioni che hanno spinto le imprese vicine alla Confederazione a proporre una procedura accelerata per gli appalti. Alla luce del dispendio in termini di tempo che la protezione giuridica richiede e dell'inasprimento delle misure di risparmio decise dal Parlamento è stato attribuito un peso maggiore alle suddette considerazioni e si è quindi privilegiata la soluzione ora proposta, che contempla una protezione giuridica volta ad accertare l'eventuale illiceità delle decisioni per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Si rinuncia pertanto a prevedere una procedura di ricorso semplice e rapida.

Nel disegno di legge, per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali è concessa una cosiddetta protezione giuridica in via subordinata (art. 52 cpv. 2). Riguardo a queste commesse i ricorrenti possono chiedere al Tribunale amministrativo federale di accertare l'eventuale illiceità delle decisioni contemplate dal diritto in materia di appalti pubblici nonché il risarcimento dei danni per le spese sostenute inutilmente in relazione alla presentazione dell'offerta. La protezione giuridica viene così moderatamente estesa rispetto al diritto vigente. Nel contempo viene negata all'offerente che a torto non ha ottenuto l'aggiudicazione la possibilità di far valere l'interesse all'adempimento del contratto, ovvero la possibilità di beneficiare dei vantaggi derivanti dalla conclusione e dall'adempimento del contratto di appalto. Rispetto alla procedura semplice e rapida descritta sopra ciò comporta una limitazione della garanzia della via giudiziaria, ma soprattutto una limitazione di diritto materiale dei danni per i quali si può intentare un'azione. Nonostante la sua natura di accertamento, la decisione sul ricorso assume un'importanza che va oltre tale aspetto e risulta determinante per la prassi dei servizi di aggiudicazione. Questa forma di protezione giuridica è prevista anche nella legge sul mercato interno (cfr. art. 9 cpv. 2^{bis} e 3 LMI).

In considerazione dell'obiettivo dell'armonizzazione, per il Consiglio federale sarebbe ammissibile anche la via giudiziaria proposta nell'avamprogetto.

Per gli acquisti di prestazioni indispensabili per scopi di difesa e sicurezza e di prestazioni nell'ambito dell'aiuto internazionale allo sviluppo, che sono sottoposti alla legge ma che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, è ora sancita una deroga; in questo caso non è prevista alcuna protezione giuridica (art. 52 cpv. 5 D-LAPub).

Art. 51 Notificazione di decisioni

Cpv. 1

Il bando, l'aggiudicazione (anche aggiudicazioni per incarico diretto di commesse d'importo uguale o superiore al valore soglia determinante per la procedura di

pubblico concorso o selettiva, art. 48 cpv. 1 D-LAPub) e l'interruzione sono notificati mediante pubblicazione, a condizione che queste decisioni siano impugnabili mediante ricorso secondo l'articolo 52 D-LAPub. Se queste decisioni sono notificate individualmente (a titolo facoltativo) prima della pubblicazione, il termine di cui all'articolo 56 capoverso 1 decorre a partire dalla notifica individuale, altrimenti dalla pubblicazione. Tutte le altre decisioni sono notificate, a scelta del committente, mediante recapito o pubblicazione sulla piattaforma Internet. In considerazione del carattere speciale della procedura e della tutela del segreto d'affari degli offerenti, la procedura di notificazione delle decisioni non contempla il diritto di essere sentiti. Gli articoli 26–33 PA non si applicano alla procedura di aggiudicazione di prima istanza. Una deroga a tale principio potrebbe essere appropriata qualora un offerente sia escluso dalla procedura ai sensi dell'articolo 44. A prescindere da ciò il diritto degli offerenti di essere sentiti è sufficientemente tutelato dalle diverse interazioni nel corso di una procedura di aggiudicazione.

Cpv. 2

I trattati internazionali prescrivono la motivazione sommaria dell'aggiudicazione unicamente su richiesta dell'offerente (art. XVI par. 1 GPA 2012). Inoltre, nella procedura per incarico diretto, alla pubblicazione dell'aggiudicazione deve essere sempre allegata anche una breve motivazione (art. XVI par. 2 lett. f GPA 2012). Il termine minimo di ricorso di dieci giorni ai sensi dell'articolo XVIII paragrafo 3 GPA 2012 inizia a decorrere soltanto a contare dalla motivazione sommaria. Non è sufficiente indicare che la commessa è stata aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa. A seconda delle circostanze una motivazione lacunosa può tuttavia essere sanata nella procedura di ricorso¹⁸⁹.

Le decisioni impugnabili saranno motivate sommariamente. Nella motivazione dell'aggiudicazione devono ad esempio essere indicate le ragioni per le quali l'offerta dell'aggiudicatario è considerata superiore alle altre offerte tenuto conto dei criteri di aggiudicazione. Questa motivazione deve consentire agli altri offerenti che non hanno ottenuto l'aggiudicazione di ricostruire a grandi linee la decisione di aggiudicazione.

Se la pubblicazione di una decisione sulla piattaforma Internet di cui all'articolo 48 D-LAPub non contiene una motivazione sommaria, non interviene il termine di ricorso ai sensi dell'articolo 56 D-LAPub. Il termine comincia a decorrere dalla notificazione individuale della decisione motivata sommariamente.

In aggiunta alla motivazione sommaria i committenti prevedono regolarmente una riunione a conclusione della procedura con gli offerenti. Questa può essere richiesta dagli offerenti o dai committenti. La riunione a conclusione della procedura deve consentire agli offerenti che non hanno ottenuto l'aggiudicazione di meglio comprendere i motivi dell'eliminazione della loro offerta, in modo tale da evitare nella misura del possibile ricorsi inutili.

¹⁸⁹ Cfr. decisione incidentale del TAF B-2675/2012 del 23 luglio 2012, consid. 3.

Cpv. 3

Per le commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali il contenuto minimo della motivazione dell'aggiudicazione è prescritto dall'articolo XVI paragrafo 1 GPA 2012. Ogni offerente ha il diritto di conoscere i motivi per cui la sua offerta è stata rifiutata e i vantaggi relativi dell'offerta scelta. Nel quadro della decisione di aggiudicazione ci si limita alle caratteristiche e ai vantaggi fondamentali dell'offerta scelta (lett. c), fermo restando che il prezzo complessivo (lett. b) deve essere indicato se possibile con tutte le sue opzioni. Nella riunione individuale a conclusione della procedura si possono anche discutere i punti deboli relativi delle offerte presentate dagli offerenti che non hanno ottenuto l'aggiudicazione.

Cpv. 4

Le offerte presentate nell'ambito dei bandi pubblici contengono spesso segreti d'affari degli offerenti. Per questo motivo la possibilità di consultare le offerte dei concorrenti è molto limitata. Analogamente i segreti d'affari devono essere tutelati nel quadro della motivazione sommaria e della riunione a conclusione della procedura. Questi e altri motivi di rifiuto sono già contenuti nell'articolo XVII paragrafo 3 GPA 2012.

*Art. 52 Ricorso**Cpv. 1*

Il ricorso al tribunale è ammesso a partire dal valore soglia determinante per la procedura mediante invito in caso di appalti concernenti forniture e prestazioni di servizio, mentre in caso di prestazioni edili è ammesso a partire dal valore soglia determinante per la procedura di pubblico concorso o selettiva. Ciò vale anche in caso di aggiudicazione per incarico diretto sulla base di un'eccezione secondo l'articolo 21 capoverso 2. Questa moderata estensione della protezione giuridica è ascrivibile in particolare alla garanzia della via giudiziaria sancita dalla Costituzione nel 2007 (art. 29a Cost.). Un eventuale dispendio supplementare per gli organi giurisdizionali sarà compensato dalla funzione assunta nello Stato di diritto dalle procedure di ricorso, che hanno anche un effetto preventivo.

L'allegato 4 D-LAPub fissa il valore soglia a 150 000 franchi. Per le prestazioni edili è ammesso il ricorso a partire dal valore soglia (2 mio. fr.) determinante per la procedura di pubblico concorso (o selettiva), a prescindere dal fatto che si tratti di appalti di committenti di cui all'articolo 4 capoverso 1 o di committenti operanti su un mercato settoriale di cui all'articolo 4 capoverso 2 D-LAPub. I valori soglia differenziati in funzione del genere di commessa per i bandi pubblici e la protezione giuridica sono dovuti alla volontà di evitare a tutti i livelli procedimenti per controversie concernenti importi esigui. I valori soglia determinanti per i bandi pubblici vengono mantenuti e non sono toccati dall'estensione della protezione giuridica.

Riguardo alla protezione giuridica è irrilevante che la commessa sia stata aggiudicata da un committente di cui all'articolo 4 capoverso 1, da un committente operante su un mercato settoriale di cui all'articolo 4 capoverso 2 o da un servizio di aggiudicazione incaricato di cui all'articolo 4 capoverso 4. È altresì ininfluenza se oggetto

della controversia è l'aggiudicazione di una commessa che rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali o di una commessa che non rientra in tale ambito di applicazione; questa distinzione è rilevante soltanto per determinare l'ammissibilità della domanda presentata nell'ambito di un ricorso (protezione giuridica in via principale o subordinata). I ricorsi contro le decisioni del committente a livello federale (ossia nel caso di appalti messi a concorso conformemente alla LAPub) sono di competenza del Tribunale amministrativo federale.

A determinate condizioni (raggiungimento dei valori soglia fissati nei trattati internazionali e giudizio di una questione di diritto d'importanza fondamentale) le sentenze del Tribunale amministrativo federale possono essere impugnate entro 30 giorni con ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale (art. 83 lett. f, 85 e 100 cpv. 1 LTF). Il ricorso al Tribunale federale – come quello al Tribunale amministrativo federale – di regola non ha effetto sospensivo (art. 103 LTF). Il ricorso amministrativo al Consiglio federale è escluso (art. 74 PA).

Cpv. 2

Per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali in futuro sarà possibile presentare ricorso per chiedere di accertare l'eventuale illiceità di una decisione impugnabile secondo l'articolo 53 capoverso 1 (cosiddetta protezione giuridica in via subordinata). La domanda di accertamento può ora essere accompagnata da una domanda di risarcimento dei danni, fermo restando che tale pretesa si limita alle spese necessarie sostenute per la presentazione dell'offerta (art. 58 cpv. 3 e 4). Anche in questo caso si applicano i valori soglia di cui al capoverso 1.

Le disposizioni di cui all'articolo 53 capoverso 1 lettere i (inflizione di una sanzione) e j (rimborso delle retribuzioni e riduzione del prezzo a seguito della verifica del prezzo) non possono essere corrette adeguatamente mediante una domanda di accertamento. Per queste decisioni sono dunque ammesse anche domande di natura devolutiva o cassatoria. Le decisioni di cui alla lettera i possono inoltre essere impugnate mediante ricorso anche per le commesse d'importo inferiore ai valori soglia di cui all'articolo 52 capoverso 1 (art. 53 cpv. 4).

Gli offerenti esteri ammessi a presentare un'offerta per una commessa pubblica che non rientra nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali possono adire le vie legali soltanto se lo Stato in cui hanno sede accorda la reciprocità.

Cpv. 3 e 4

Per i ricorsi contro gli appalti del Tribunale penale federale, del Tribunale federale dei brevetti e del Ministero pubblico della Confederazione è competente il Tribunale amministrativo federale (cpv. 1). Contro le decisioni relative ad appalti del Tribunale amministrativo federale può essere interposto direttamente ricorso dinanzi al Tribunale federale. Per i ricorsi contro gli appalti del Tribunale federale deve essere istituita una commissione interna di ricorso del Tribunale federale.

Cpv. 5

Non è data protezione giuridica per le commesse di prestazioni indispensabili per scopi di difesa e di sicurezza nonché di prestazioni nell'ambito della cooperazione internazionale allo sviluppo e con i Paesi dell'Est, dell'aiuto umanitario nonché del promovimento della pace e della sicurezza umana. Queste commesse non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Per le commesse di armamenti un ricorso non sarebbe giustificato per motivi legati alla politica di sicurezza (esame degli atti). Anche altri motivi (indipendenza, mantenimento dell'industria svizzera degli armamenti, non giustiziabilità di strategie militari) si oppongono alla garanzia di rimedi giuridici.

A livello internazionale vi è la tendenza a escludere completamente la cooperazione internazionale dal campo d'applicazione della legislazione sugli appalti pubblici. Nei settori, ad esempio, della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario le commesse dipendono sempre dalla situazione politica del Paese destinatario. La reputazione della Svizzera quale partner affidabile nei Paesi destinatari è fondamentale in questo ambito delicato e sovente il successo dei progetti dipende non da ultimo dal rapporto di fiducia tra i partner, come pure da diversi fattori variabili. Un diritto di ricorso provocherebbe un onere supplementare considerevole per i responsabili dei programmi e per i servizi di aggiudicazione che, per quanto concerne il settore della cooperazione internazionale, non sarebbe proporzionato al valore aggiunto apportato dall'esame giudiziario.

Anche da un punto di vista economico e amministrativo la garanzia della protezione giuridica in questo settore specifico non sarebbe opportuna ai fini del conseguimento degli obiettivi della cooperazione allo sviluppo e della cooperazione con i Paesi dell'Est.

*Art. 53 Oggetto del ricorso**Cpv. 1*

Gli oggetti del ricorso sono elencati in maniera esaustiva nel capoverso 1. Le altre decisioni intermedie non possono essere impugnate singolarmente anche se (dal punto di vista del ricorrente) esse rappresentano uno svantaggio irreparabile. In particolare non sono impugnabili o sono impugnabili soltanto con la decisione finale, ossia con l'aggiudicazione, le lettere secondo le quali un'offerta non sarebbe più esaminata fino alla decisione di aggiudicazione.

Il bando (lett. a) comprende anche la sua rettifica. Mentre la decisione concernente la scelta degli offerenti in una procedura selettiva può essere impugnata (lett. b), ciò non è consentito agli offerenti invitati a presentare un'offerta nel quadro di una procedura mediante invito (art. 20 D-LAPub), poiché in tal caso il committente è libero di scegliere. La legge non riconosce alcun diritto a essere considerati nella procedura mediante invito. Gli offerenti non invitati a presentare un'offerta non sono dunque legittimati a impugnare la documentazione del bando o l'aggiudicazione conferita nella procedura mediante invito. Non è impugnabile neppure la documentazione del bando che non è messa a disposizione contestualmente al bando.

Sono tuttavia impugnabili le decisioni concernenti l'iscrizione di un offerente in un elenco o la sua cancellazione (lett. c) così come quelle concernenti le domande di

ricusazione (lett. d). Questa possibilità di impugnazione può essere rilevante, ad esempio, se l'organizzatore di un concorso di progettazione e di prestazione globale nomina sempre le stesse persone nella giuria. Ciò è applicabile per analogia anche ai mandati di studio. L'aggiudicazione (lett. e) può essere impugnata a prescindere dal fatto che si tratti di una procedura di pubblico concorso, di una procedura selettiva, di una procedura per incarico diretto¹⁹⁰ o di una procedura mediante invito. L'esclusione dalla procedura (lett. g) comprende anche la riduzione del numero degli offerenti nel quadro di un dialogo o di un'asta elettronica, a condizione che una simile esclusione venga effettuata tramite una decisione incidentale notificata separatamente. Possono interporre ricorso anche gli offerenti che dopo l'esame degli atti da parte dell'autorità (art. 59 D-LAPub) sono tenuti a rimborsare le retribuzioni o a ridurre i prezzi (lett. j).

Cpv. 2

Secondo i principi dell'equità e dell'efficienza della procedura, le obiezioni contro prescrizioni contenute nel bando devono essere fatte valere immediatamente. In altri termini al momento del ricorso contro l'aggiudicazione l'offerente non può più sollevare obiezioni che avrebbe già potuto sollevare presentando ricorso contro il bando. Di conseguenza, in caso di rinuncia all'impugnazione il suo diritto di ricorso è perento.

La situazione giuridica è leggermente più complicata nel caso di prescrizioni che non figurano nel bando stesso, ma che sono contenute nella documentazione del bando. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale esse possono essere considerate come parte integrante del bando¹⁹¹ (diversamente dalla prassi dell'ex Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici¹⁹² e dalla prassi attuale del Tribunale amministrativo federale).

Da un lato, corrisponde a una necessità del committente pubblico vincolare gli offerenti all'osservanza delle prescrizioni se essi non le hanno messe immediatamente in discussione. A questo serve in particolare l'obbligo di contestazione degli offerenti che partecipano alla procedura (come conseguenza del principio della buona fede). D'altro lato, gli offerenti devono poter desumere dai bandi pubblici se una commessa pubblicata è interessante per loro.

Secondo la giurisprudenza attuale del Tribunale amministrativo federale le obiezioni sono tardive nella misura in cui il senso e la portata della prescrizione del committente contestata erano già senz'altro evidenti in un momento precedente. Questa prassi si applica tuttavia solo se il committente non rinvia espressamente a condizioni inusuali nella documentazione del bando. Non si può presumere che un offerente abbia già sottoposto questa documentazione a un controllo giuridico completo in un momento anteriore¹⁹³. Per contro, se le prescrizioni e la loro portata sono evidenti

¹⁹⁰ Cfr. DTF 137 II 313, consid. 2.3.

¹⁹¹ Cfr. DTF 129 I 313, consid. 6.2; sentenza del TF 2C_225/2009 del 16 ottobre 2009, consid. 4.2.

¹⁹² Cfr. CRM 2001-011 del 16 novembre 2001, consid. 3b.

¹⁹³ Cfr. decisione incidentale del TAF B-738/2012 del 14 giugno 2012, consid. 3.1 e 4.4.

usando la dovuta diligenza, le relative obiezioni alla decisione di aggiudicazione decadono anche se tali prescrizioni figuravano nella documentazione del bando ma non nel bando stesso.

Cpv. 3

Le sanzioni previste dal diritto in materia di appalti pubblici come l'esclusione equivalgono alle sanzioni penali. Non si possono pertanto applicare direttamente le disposizioni speciali della legislazione sugli appalti pubblici destinate a garantire la celerità dei procedimenti e la certezza del diritto. Deve essere attribuita maggiore importanza alla protezione giuridica della persona sanzionata.

Ai ricorsi contro l'inflizione di una sanzione ai sensi dell'articolo 45 D-LAPub non si applicano pertanto le disposizioni della presente legge sul diritto di essere sentiti nella procedura decisionale (art. 51 cpv. 1 D-LAPub), sull'effetto sospensivo (art. 54 D-LAPub) e sulla limitazione dei motivi di ricorso (art. 56 cpv. 3 D-LAPub). È invece applicabile il diritto in materia di procedura amministrativa.

Cpv. 4

Gli offerenti possono sempre adire le vie giudiziarie indipendentemente dal valore della commessa se sono stati radiati da un elenco, se vi sono stati iscritti oppure se vengono sanzionati ai sensi dell'articolo 45 D-LAPub, ad esempio con l'esclusione da future commesse.

Cpv. 5

Nelle procedure di appalto relative a commesse d'importo inferiore al valore soglia per una procedura mediante invito (forniture e prestazioni di servizio) o per una procedura di pubblico concorso o selettiva (prestazioni edili) non sono dati rimedi giuridici. I costi (diretti e indiretti) dell'esame giudiziario di simili aggiudicazioni superano regolarmente i loro vantaggi. Non è pertanto necessaria un'estensione della protezione giuridica.

Questa esclusione non si oppone alla garanzia della via giudiziaria prevista dalla Costituzione federale (art. 29a Cost.). È vero che gli appalti non sono «atti emanati dal Governo». Tuttavia già una particolarità del diritto in materia di appalti pubblici esclude la protezione giuridica per gli appalti di modesta entità. Se è ammessa l'aggiudicazione di una prestazione per incarico diretto ai sensi del diritto internazionale e del diritto interno (non secondo un'eccezione, ma in virtù del potere di apprezzamento) ed è esclusa una verifica del potere di apprezzamento, non rimane margine per una procedura di ricorso.

Cpv. 6

La procedura di appalto si conclude con l'aggiudicazione passata in giudicato del contratto quadro. Il rapporto tra il committente e il destinatario dell'aggiudicazione è quindi retto esclusivamente dal diritto privato. Se tra più destinatari dell'aggiudicazione viene istituita una procedura di attribuzione, le parti del contratto quadro che non sono state scelte non possono avvalersi della possibilità di ricorso

ai sensi dell'articolo 53. Se non condividono le decisioni prese nel quadro della procedura di attribuzione, possono adire il tribunale civile.

Art. 54 Effetto sospensivo

Secondo l'articolo 55 PA il ricorso amministrativo ha effetto sospensivo. La mancata concessione dell'effetto sospensivo in deroga alla PA deve pertanto essere disciplinata a livello di legge.

Cpv. 1

L'articolo XVIII paragrafo 7 GPA 2012 lascia agli Stati contraenti la facoltà di stabilire se la procedura di ricorso abbia automaticamente effetto sospensivo. Vi si oppongono principalmente considerazioni di ordine pratico. Se il ricorso dovesse sospendere automaticamente l'esecutività della decisione di aggiudicazione e dovesse impedire la conclusione del contratto fino alla decisione dell'autorità di ricorso, sussisterebbe il rischio di ritardi e di costi supplementari considerevoli nel quadro dell'appalto¹⁹⁴. La situazione sarebbe altrettanto svantaggiosa per l'offerente scelto. È la ragione per cui la legislazione in vigore prescinde da questo automatismo (art. 28 cpv. 1 LAPub).

Se una controversia concerne le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, la questione se concedere o meno l'effetto sospensivo non si pone a priori. Dal momento che la legge ammette soltanto domande di accertamento o di risarcimento dei danni, non sussiste alcuna ragione per concedere l'effetto sospensivo. Se ciononostante fosse presentata una domanda in tal senso, questa andrebbe comunque rigettata, ad eccezione dei casi in cui alla base della controversia vi sia l'assoggettamento o meno ai trattati internazionali.

I ricorsi contro l'inflizione di sanzioni (art. 53 cpv. 1 lett. i) rappresentano un'eccezione. Secondo l'articolo 53 capoverso 3 si applica la regola generale della PA (art. 55 cpv. 1), secondo cui a questi ricorsi viene concesso per legge l'effetto sospensivo, senza che sia necessaria una richiesta in tal senso.

Cpv. 2

Nel caso delle commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali i tribunali accolgono generalmente a titolo provvisorio una richiesta di concessione dell'effetto sospensivo fino al momento in cui il committente fornisce il proprio parere. Durante questo periodo provvisorio non si può concludere alcun contratto né adottare misure che possano pregiudicare la decisione di aggiudicazione. Una volta pervenuto tale parere si statuisce in merito all'eventuale mantenimento della decisione.

Se viene richiesto l'effetto sospensivo, nella prassi si esaminano anzitutto le probabilità di successo del ricorso ai fini di una valutazione *prima facie* sulla base degli atti. In caso di ricorsi palesemente infondati l'effetto sospensivo viene negato. In

¹⁹⁴ Cfr. decisione incidentale del TAF B-4904/2013 del 29 ottobre 2013, consid. 3.

tutti gli altri casi, ossia se il ricorso non è privo di probabilità di successo o in caso di dubbio, occorre procedere a una ponderazione degli interessi: i criteri per decidere se debba essere concesso l'effetto sospensivo sono, da un lato, gli interessi del ricorrente a conservare la possibilità di ottenere l'aggiudicazione. D'altro lato, bisogna prendere in considerazione gli interessi pubblici tutelati dal committente, fermo restando che l'interesse pubblico a un'attuazione possibilmente rapida della decisione di aggiudicazione assume un peso considerevole. La ponderazione deve anche tenere conto di eventuali interessi di terzi, segnatamente delle altre persone coinvolte nell'appalto. Nel contempo esiste un interesse pubblico preponderante a concedere una protezione giuridica effettiva nonché a impedire misure che rendano illusoria tale protezione¹⁹⁵.

Cpv. 3

Se al ricorso è concesso l'effetto sospensivo, l'appalto può subire ritardi di diversi mesi o anni. È da attendersi un ritardo anche qualora un tribunale respinga la richiesta di concessione dell'effetto sospensivo. In considerazione della prassi seguita dai tribunali di proteggere ogni richiesta a titolo provvisorio e di decidere nella composizione di tre giudici dopo un doppio scambio di scritti, anche le richieste ingiustificate comportano ritardi del progetto.

Una richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è abusiva o contraria al principio della buona fede se ha come unico intento di ritardare l'esecutività della decisione di aggiudicazione. Tale intenzione dovrebbe tra l'altro essere esaminata se un ricorrente fornisce già prestazioni per il committente e con il ricorso intende esclusivamente impedire che gli subentri un concorrente al quale è stata legittimamente attribuita l'aggiudicazione.

Le richieste dilatorie possono causare un danno sia al committente sia all'aggiudicatario, che deve mettere a disposizione determinate risorse. È pertanto giustificato sanzionare un comportamento processuale contrario alla legge. A tal fine il capoverso 5 prevede una pretesa di risarcimento che deve essere giudicata dai tribunali civili ai sensi dell'articolo 41 CO.

Una pretesa ai sensi dell'articolo 41 CO può essere avanzata con successo solo se l'avente diritto prova la violazione di una norma di protezione. Il capoverso 3 descrive tale norma e consente la liquidazione dei danni risultanti da comportamenti processuali abusivi o contrari al principio della buona fede.

Art. 55 Diritto applicabile

Per quanto riguarda la Confederazione, la procedura decisionale e la procedura di ricorso sono rette dalle disposizioni della PA, nella misura in cui le disposizioni della presente legge non dispongano altrimenti. Con riguardo all'uniformità della procedura amministrativa, si prevedono deroghe alle norme generali soltanto laddove esse siano assolutamente necessarie in vista della procedura di aggiudicazione. Le disposizioni restrittive della presente legge sul diritto di essere sentiti, sull'effetto so-

¹⁹⁵ Cfr. decisione incidentale del TAF B-4904/2013 del 29 ottobre 2013, consid. 3.

sospensivo e sui motivi di ricorso non si applicano ai ricorsi contro l'inflizione di sanzioni (art. 53 cpv. 3).

Art. 56 Termine, motivi di ricorso e legittimazione

Cpv. 1

L'articolo XVIII paragrafo 3 GPA 2012 esige un termine sufficiente per la preparazione e la presentazione di un ricorso. Il termine non deve essere inferiore a dieci giorni a decorrere dal momento in cui si è a conoscenza o si dovrebbe essere ragionevolmente a conoscenza degli elementi alla base del ricorso. Gli elementi alla base del ricorso non si limitano al fatto che un offerente non sia stato preso in considerazione ai fini dell'aggiudicazione. Si presume piuttosto la conoscenza dei motivi essenziali della decisione.

La durata del termine è limitata, da un lato, dal principio della celerità e dagli sforzi di concludere rapidamente il processo di aggiudicazione. D'altro lato, se il termine è troppo breve si rischia di avere «ricorsi spontanei» infondati. Essi possono essere perlopiù evitati grazie a una riunione professionale a conclusione della procedura (la cui organizzazione ed esecuzione necessitano parimenti di un paio di giorni). Tenuto conto di tutte le circostanze appare adeguato un termine di 20 giorni, motivo per cui viene ripresa la regolamentazione vigente (art. 30 LAPub).

Cpv. 2

In materia di aggiudicazioni le ferie giudiziarie non si applicano né alla procedura decisionale né a quella di ricorso. I termini decorrono pertanto a prescindere da eventuali periodi di sospensione. Questo principio finora ha avuto portata generale soltanto nell'ambito delle misure cautelari (effetto sospensivo del ricorso). D'ora in poi esso si applica all'intera procedura, conformemente a numerose regolamentazioni cantonali.

Cpv. 3

Nella procedura di ricorso le contestazioni si limitano a violazioni del diritto e a errori di apprezzamento (eccesso positivo/negativo o abuso del potere di apprezzamento da parte del committente), a una constatazione inesatta o incompleta della fattispecie di rilevanza giuridica. L'inadeguatezza della decisione non può essere fatta valere nella procedura di ricorso, ragione per la quale viene mantenuta la regolamentazione del vigente articolo 31 LAPub. Ad esempio, l'aggiudicazione è illecita se un offerente non è stato preso in considerazione a causa della sua origine. Si può inoltre impugnare un bando contrario alla legge se le condizioni formali non sono adempite o se i criteri sono stati ponderati in maniera errata. Non è invece possibile esaminare l'adeguatezza dell'aggiudicazione, in particolare del processo di valutazione (in assenza di giustiziabilità dei criteri tecnici ed economici).

Cpv. 4

Le uniche contestazioni che possono essere sollevate nella procedura per incarico diretto secondo l'articolo 21 D-LAPub riguardano l'errata scelta della procedura e

un'aggiudicazione avvenuta mediante corruzione. Anche queste contestazioni presuppongono che il ricorrente dimostri in maniera plausibile di poter fornire le prestazioni oggetto della controversia.

Art. 57 Esame degli atti

Per quanto concerne il diritto di esaminare gli atti, due principi della legislazione sugli appalti pubblici sono in contrasto tra loro. Da un lato, una possibilità troppo ampia d'esame degli atti pregiudica la concorrenza leale e la parità di trattamento degli offerenti mentre, dall'altro, è indispensabile una certa trasparenza per poter garantire una protezione giuridica effettiva. Per risolvere questo conflitto il diritto di esaminare gli atti è concesso in maniera differenziata a seconda dello stadio della procedura.

Cpv. 1

Come finora il diritto di esaminare gli atti ai sensi degli articoli 26–28 PA è esplicitamente escluso ai fini della procedura di aggiudicazione (procedura decisionale). Ciò è giustificato in considerazione dei segreti d'affari e della tutela di una concorrenza efficace tra gli offerenti.

Cpv. 2

Il diritto di esaminare gli atti diviene esercitabile soltanto nella procedura di ricorso. Esso presuppone una richiesta da parte del ricorrente e si limita all'esame della valutazione della sua offerta e di altri atti procedurali rilevanti ai fini della decisione. Anche in questo caso devono essere osservati gli interessi particolari già esistenti nella procedura decisionale. In particolare devono essere tutelati in maniera adeguata ed efficace i diritti di terzi, ad esempio annerendo i passaggi che riguardano i loro segreti d'affari.

Art. 58 Decisione sul ricorso

Cpv. 1

Il tribunale può decidere esso stesso nel merito o rinviare la pratica con istruzioni vincolanti all'autorità inferiore o al committente. Si deciderà caso per caso quale modo di procedere sia adeguato nella procedura in questione. In caso di domande di accertamento, il tribunale decide sempre autonomamente; un rinvio della pratica è impensabile. Se la decisione presenta lacune formali irreparabili difficilmente si potrà evitare l'annullamento da parte dell'autorità di ricorso della decisione impugnata né l'obbligo di ripetere il bando a partire dal momento in cui è subentrato l'errore. L'aggiudicazione al ricorrente è possibile soltanto nei casi chiari. Se si rendono necessarie ulteriori chiarificazioni della fattispecie non resta che il rinvio della pratica.

Le decisioni di rinvio sono impugnabili conformemente all'articolo 93 LTF se sono soddisfatte le altre condizioni dell'articolo 83 lettera f LTF. Il committente in quanto destinatario della decisione di rinvio ha diritto di interporre ricorso al Tribunale

federale senza dover comprovare l'adempimento delle particolari condizioni del ricorso delle autorità (art. 89 cpv. 2 lett. a LTF).

Cpv. 2

Per le commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali le decisioni di accertamento costituiscono la regola (a meno che l'oggetto del ricorso non sia una decisione secondo l'art. 53 cpv. 1 lett. i e j D-LAPub). Tali decisioni sono prese in considerazione anche quando il contratto è già stato concluso e il tribunale accoglie successivamente un ricorso contro l'aggiudicazione. Il tribunale accerta quindi l'eventuale illiceità della decisione impugnata (cosiddetta protezione giuridica in via subordinata). L'annullamento dell'aggiudicazione già eseguita con la conclusione di un contratto di diritto privato non può rivelarsi efficace a priori. L'autorità di ricorso non può intervenire direttamente su un contratto di diritto privato per mancanza di competenza. La validità o la nullità di un contratto di diritto privato deve essere giudicata dai tribunali civili.

Nella procedura amministrativa al ricorrente rimane sempre la possibilità di far valere una pretesa di risarcimento dei danni. Se il contratto (relativo a commesse pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali) è stato concluso prematuramente o se la sua conclusione non è stata preceduta a torto da un bando o da una procedura mediante invito, in determinate circostanze il tribunale può ordinare al committente di disdire il contratto alla prima scadenza utile conformemente alle disposizioni ivi contenute e di mettere a concorso l'oggetto dell'appalto in regime di concorrenza a condizione che le prestazioni non siano fornite con risorse interne del committente¹⁹⁶.

Cpv. 3

Le richieste di risarcimento dei danni dovevano finora essere trattate nel quadro della protezione giuridica in via subordinata mediante una procedura separata conformemente alla legge del 14 marzo 1958¹⁹⁷ sulla responsabilità (LResp). Il capoverso 3 offre d'ora in poi al ricorrente un giudizio «in via adesiva» della richiesta di risarcimento dinanzi alla medesima autorità. In questo modo si evitano doppij e inutili costi di transazione. Le condizioni previste per far valere tali richieste corrispondono come finora a quella della LResp. Affinché le richieste di risarcimento siano trattate nel quadro di una decisione di ricorso è necessario che siano immediatamente comprovabili.

Cpv. 4

La limitazione della pretesa di risarcimento, già prevista ai sensi del diritto vigente, viene mantenuta. Sono unicamente risarciti i costi dell'offerta, ossia le spese sostenute dall'offerente in relazione alla preparazione e alla presentazione dell'offerta.

¹⁹⁶ Tribunale amministrativo del Cantone di Vaud, sentenza GE.2007.0013 del 6 novembre 2009, consid. 5. Cfr. anche la sentenza del TF, 2C_388/2012 del 30 agosto 2012.

¹⁹⁷ RS 170.32

Essi non comprendono la totalità dell'interesse negativo. L'autorità di ricorso non può riconoscere altri danni. Dal momento che il diritto in materia di appalti pubblici non prevede l'obbligo di contrarre, non è possibile concedere alcun risarcimento dell'interesse all'adempimento del contratto, nemmeno in una procedura successiva ai sensi della LResp.

Capitolo 9 Diritto d'esame degli atti

Art. 59

Se le commesse sono aggiudicate per incarico diretto o in base a una disposizione di eccezione, è difficile comparare i costi a causa dell'assenza di concorrenza tra gli offerenti. A titolo di *quid pro quo* o di compensazione per la mancata aggiudicazione in regime di concorrenza, in simili casi l'articolo 5 OAPub prevede già oggi l'obbligo di concordare contrattualmente con gli offerenti un diritto d'esame degli atti per quanto concerne la base di calcolo. In linea di massima questa normativa ha dato buoni risultati, ma nell'ambito della consultazione gli esponenti dell'economia vi si sono opposti. Conformemente alla raccomandazione della DelFin viene proposto di sancire nella legge il diritto d'esame degli atti e la verifica del prezzo nelle situazioni di monopolio.

Cpv. 1

La presente disposizione riprende la regolamentazione dell'articolo 5 capoverso 1 OAPub, secondo la quale in mancanza di concorrenza (segnatamente in caso di aggiudicazione mediante incarico diretto) l'offerente deve concedere un diritto d'esame per quanto riguarda il calcolo del prezzo. D'ora in poi non è più necessario un accordo separato tra il committente e l'offerente; il diritto d'esame si applica direttamente in virtù della legge e intende garantire agli enti pubblici la possibilità di acquistare le prestazioni a condizioni economiche anche in un regime di non concorrenza. Le basi di un'eventuale verifica del prezzo sono la contabilità finanziaria e gestionale dell'offerente o del subappaltatore nonché il calcolo preventivo e retrospettivo del prezzo contrattuale fondato su tale contabilità (comprese le formule di adeguamento e di indicizzazione dei prezzi). Il calcolo documenta i prezzi di costo secondo la struttura in uso nel settore, i supplementi di rischio e l'utile.

Cpv. 2

Se dalla verifica risulta che il prezzo convenuto è irragionevole, l'obbligo di rimborso e di futura riduzione del prezzo viene imposto mediante una decisione impugnabile singolarmente (art. 53 cpv. 1 lett. i D-LAPub). Non è invece possibile aumentare il prezzo a seguito del risultato della verifica. I dettagli sono disciplinati nell'ordinanza. Se viola i propri obblighi in relazione all'esame degli atti dell'autorità, l'offerente può essere escluso da future commesse per un periodo massimo di cinque anni (art. 45 cpv. 1 D-LAPub).

Il *capoverso 3* corrisponde alla prassi attuale. Il trasferimento del compito a un servizio estero costituisce un atto di assistenza amministrativa internazionale.

Il termine «ispettorato delle finanze» sarà sostituito con «servizio di revisione interna» nell'ambito della revisione della legge del 28 giugno 1967¹⁹⁸ sul Controllo delle finanze.

Il *capoverso 4* autorizza il Consiglio federale a disciplinare eccezioni al diritto d'esame degli atti previsto dal *capoverso 1*, nonché altri dettagli come la verifica del prezzo.

Cpv. 5

Il diritto d'esame degli atti del committente si estende a tutti gli atti dell'offerente che costituiscono la base per il calcolo del prezzo. In determinate circostanze anche terzi possono accedere in virtù della LTras a questi atti che generalmente contengono vari segreti professionali, di fabbricazione o d'affari. Benché secondo l'articolo 7 *capoverso 1* lettera g LTras l'accesso a questi tipi di segreti possa essere limitato, differito o negato a terzi nel singolo caso, già la sola possibilità di accesso in virtù della LTras è sufficiente a ostacolare la collaborazione tra l'ispettorato delle finanze competente o il CDF e l'offerente e a complicare il lavoro dei servizi incaricati della verifica. Si propone pertanto di prevedere un'eccezione generale ai sensi dell'articolo 4 lettera a LTras per quanto concerne la verifica del prezzo. Essa favorisce l'accettazione di un diritto d'esame degli atti disciplinato dalla legge e risulta opportuna e proporzionata in considerazione dell'interesse finanziario del committente al rimborso del prezzo pagato in eccesso.

Capitolo 10 Commissione degli appalti pubblici Confederazione–Cantoni

Art. 60

La Commissione degli appalti pubblici Confederazione-Cantoni (CAPCC) è stata istituita in seguito alla ratifica del GPA 1994 con le decisioni del Consiglio federale del 4 dicembre 1995 e del 3 aprile 1996 nonché con la decisione della Conferenza dei Governi cantonali (CdC) del 21 giugno 1996. Si tratta di una commissione extraparlamentare, composta pariteticamente da rappresentanti della Confederazione e dei Cantoni e presieduta da un membro della Direzione dell'economia esterna della SECO. I Cantoni hanno la vicepresidenza. In seguito alle elezioni per il rinnovo integrale per il periodo 2016–2019, il 5 dicembre 2014 il Consiglio federale ha emanato una decisione istitutiva. La legittimazione e il settore di attività della CAPCC derivano dal potere autonomo di legiferare della Confederazione e dei Cantoni in materia di appalti pubblici. Il suo compito sovraordinato consiste nel garantire a tutti i livelli la coerente attuazione degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera nell'ambito degli appalti pubblici.

¹⁹⁸ RS 614.0. Messaggio del 7 settembre 2016 concernente la revisione parziale della legge sul controllo delle finanze, FF 2016 7117. Se detta revisione entra in vigore prima della LAPub rivista, l'art. 59 dovrà essere adeguato in questo senso nell'ambito della trattazione parlamentare.

In occasione dell'adozione dell'Accordo Svizzera–UE il suo ambito di competenza è stato esteso in vista dell'attuazione dell'articolo 8 di tale accordo nel diritto nazionale in materia di appalti pubblici. Dall'entrata in vigore dell'Accordo Svizzera–UE la Commissione funge da autorità indipendente di vigilanza. A livello di Confederazione l'attuazione è avvenuta sulla base degli articoli 68a–68d OAPub. A livello cantonale l'attuazione è avvenuta con l'articolo 4 capoverso 2 lettere e, g e h CIAP. La CAPCC ha un regolamento interno che è stato approvato il 30 novembre 2001 dal Consiglio federale e il 13 settembre 2001 dall'OiAp.

Alla luce di quanto precede la CAPCC è incaricata di svolgere segnatamente i seguenti compiti:

- definire la posizione della Svizzera negli organismi internazionali in materia di appalti pubblici;
- fornire consulenza alle delegazioni svizzere in occasione di negoziati internazionali in materia di appalti pubblici e garantire l'adeguata attuazione dei risultati ottenuti in tale contesto;
- promuovere lo scambio di informazioni e di esperienze tra la Confederazione e i Cantoni su questioni riguardanti l'attuazione degli accordi internazionali sugli appalti pubblici, la loro applicazione e sorveglianza presso la Confederazione e i Cantoni, tra l'altro formulando raccomandazioni nella piena osservanza delle rispettive competenze (legislazione, giurisprudenza, poteri decisionali e competenze in materia di sorveglianza);
- garantire l'accesso alle informazioni relative a prescrizioni legali rilevanti in materia di appalti pubblici a livello di Confederazione e Cantoni per le cerchie interessate, a condizione che queste informazioni non siano di competenza di altri servizi federali o cantonali;
- curare i contatti internazionali con le autorità di sorveglianza nell'ambito della cooperazione internazionale in materia di appalti pubblici;
- fornire consulenza e agire da mediatore nei casi particolari di contestazioni in relazione agli affari connessi con il suddetto settore di attività.

Se non è stato interposto ricorso per violazione degli impegni internazionali, la CAPCC può adire la competente autorità di sorveglianza della Confederazione o dei Cantoni su denuncia di un offerente o su propria iniziativa nell'ambito della collaborazione internazionale, se il committente competente non pone rimedio alla situazione.

Conformemente all'articolo 7 del suo regolamento interno, ogni anno la CAPCC presenta un rapporto al Consiglio federale e alla DCPA all'attenzione dell'OiAp.

Con l'attuazione del GPA 2012 e la trasposizione dell'Accordo Svizzera–UE e degli accordi di libero scambio nelle rivedute e armonizzate legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni si presenta l'occasione per un'integrazione armonizzata della CAPCC nel testo di legge. Viene così fornito un ulteriore contributo all'armonizzazione e alla migliore trasparenza delle legislazioni sugli appalti pubblici della Confederazione e dei Cantoni.

*Capitolo 11 Disposizioni finali**Art. 61 Esecuzione**Cpv. 1 e 2*

Il disegno di legge conferisce al Consiglio federale la competenza di emanare disposizioni di esecuzione nel rispetto dei trattati internazionali pertinenti (in particolare GPA, Accordo Svizzera-UE, accordi di libero scambio). Il Consiglio federale può delegare la competenza di emanare disposizioni di esecuzione relative alla statistica a un'unità amministrativa, ad esempio alla SECO o all'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica.

Il *capoverso 3* contiene la base legale della partecipazione della Confederazione all'associazione «simap.ch».

Art. 62 Abrogazione e modifica di altri atti normativi

Secondo l'allegato 7 cifra I la vigente LAPub è abrogata, mentre la cifra II contiene la modifica delle seguenti leggi federali:

1. Legge federale del 20 dicembre 1968¹⁹⁹ sulla procedura amministrativa (PA)

Già secondo il diritto vigente la sospensione dei termini prevista nella PA non si applica nei procedimenti concernenti l'effetto sospensivo e altre misure provvisoriale. Per evitare inutili ritardi nei progetti di appalto, questa disposizione deve essere estesa ai procedimenti concernenti gli appalti pubblici.

2. Legge del 17 giugno 2005²⁰⁰ sul Tribunale federale (LTF)

La moderata estensione della protezione giuridica nel diritto in materia di appalti pubblici della Confederazione rende necessario un adeguamento della LTF.

3. Legge del 5 ottobre 1990²⁰¹ sui sussidi (LSu)

La LSu è da considerarsi una legge speciale ai sensi dell'articolo 9 D-LAPub. Le modifiche proposte alla LSu servono quindi a chiarire l'applicazione dell'articolo 9 D-LAPub (art. 8 cpv. 2 AP-LAPub), come richiesto da alcuni partecipanti alla procedura di consultazione.

Se un compito pubblico deve essere trasferito a beneficiari di diritto privato e sono disponibili più offerenti idonei, è necessaria una procedura di selezione trasparente, oggettiva e imparziale. Per garantire tale condizione, l'articolo 10 capoverso 1 lettera e LSu viene completato con un nuovo numero 1. La legge speciale dovrà inoltre disciplinare anche la forma giuridica del trasferimento (decisione o contratto di diritto pubblico), i requisiti per il trasferimento del compito e la protezione giuridica.

¹⁹⁹ RS 172.021

²⁰⁰ RS 173.110

²⁰¹ RS 616.1

In assenza di una regolamentazione della protezione giuridica, si applicano le pertinenti disposizioni del diritto in materia di sussidi (art. 10 cpv. 1 lett. e n. 2 LSu).

Tuttavia numerosi atti normativi speciali non contengono alcuna disposizione in materia di procedura di selezione o solo in misura insufficiente. In questi casi non regolamentati la procedura di aggiudicazione risulta lo strumento appropriato. Tuttavia, in considerazione del fatto che il trasferimento di compiti pubblici è disciplinato in primo luogo nella LSu, dalla contestuale applicazione della legislazione sugli appalti pubblici emergono elementi che si sovrappongono e che devono essere disciplinati. Di conseguenza all'articolo 15*b* LSu si rimanda alle disposizioni della LAPub in merito alla procedura di selezione per gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali (cpv. 1), mentre la procedura di selezione è pubblicata nel Foglio federale (cpv. 2). La protezione giuridica è disciplinata dalle disposizioni della LSu (cpv. 2), così come la delega e l'indennità successive a una procedura di selezione conclusa con decisione passata in giudicato (cpv. 3).

Analogamente alla regolamentazione dei Cantoni di cui all'articolo 45 capoverso 5 progetto CIAP, anche a livello federale gli aiuti finanziari possono essere revocati integralmente o parzialmente o può esserne chiesta la restituzione integrale o parziale se nell'utilizzare questi mezzi viene violato il diritto in materia di appalti pubblici (art. 30 cpv. 2^{bis} LSu). La violazione può riguardare sia le norme della Confederazione che quelle dei Cantoni.

4. Legge del 20 dicembre 1957²⁰² sulle ferrovie (Lferr)

Il nuovo articolo 5 capoverso 5 Lferr costituisce una norma di diritto speciale ai sensi dell'articolo 9 D-LAPub ed esclude l'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici per le concessioni d'infrastruttura.

5. Legge del 20 marzo 2009²⁰³ sul trasporto dei viaggiatori (LTV)

L'articolo 6 capoverso 5 LTV precisa che il conferimento di concessioni per il trasporto di viaggiatori non è considerato una commessa pubblica ai sensi dell'articolo 9 D-LAPub.

7. Legge del 6 ottobre 1995²⁰⁴ sul mercato interno (LMI)

La revisione totale del CIAP (progetto CIAP) parallela alla revisione della legislazione federale comporta modifiche della legge federale sul mercato interno. Tali modifiche sono necessarie per conseguire l'obiettivo dell'armonizzazione materiale delle legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni. Occorre inoltre eliminare i doppioni tra la LMI e il progetto CIAP, senza tuttavia modificare gli standard minimi oggi garantiti dalla LMI e gli attuali compiti esecutivi della

202 RS 742.101

203 RS 745.1

204 RS 943.02

COMCO nell'ambito degli appalti pubblici cantonali e comunali. Una modifica materiale riguarda esclusivamente la garanzia della via giudiziaria nell'ottica di un'unificazione delle disposizioni vigenti a livello di Confederazione e Cantoni.

Art. 5 cpv. 1, primo e terzo periodo LMI

Per uniformare la terminologia della LMI si è proceduto a sostituire l'espressione «mercati pubblici» con «appalti pubblici».

Sulla scorta dei lavori preliminari sul presente disegno di legge si può ipotizzare che i Cantoni stipuleranno un nuovo Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (progetto CIAP) che sia il più possibile armonizzato con la LAPub riveduta. È dunque presumibile anche che le decisioni dei Cantoni o dei Comuni, fondate sul progetto CIAP, rispettino le prescrizioni della LMI. Di ciò si tiene conto integrando una presunzione legale all'articolo 5 capoverso 1 LMI.

La presunzione non si riferisce a fatti (come la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace di cui all'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart), bensì alla conseguenza giuridica. La presunzione non ha alcun effetto sull'applicabilità immediata dell'articolo 5 LMI. La COMCO continua a sorvegliare il rispetto degli articoli 5 e 2 capoverso 7 LMI da parte dei Cantoni, dei Comuni e di altri enti preposti a compiti cantonali e comunali (art. 8 cpv. 1 LMI) e può tra l'altro interporre ricorso (art. 9 cpv. 2^{bis} LMI) per far applicare queste disposizioni. Tale prassi d'esecuzione si è rivelata valida e non viene toccata dalla presente revisione (DTF 141 II 113; DTF 141 II 307). D'ora in poi in caso di ricorso il tribunale chiarirà tuttavia in via pregiudiziale se la base per la presunzione di cui all'articolo 5 capoverso 1 LMI sussiste o no.

La presunzione si applica solo se un appalto o il trasferimento di un'attività rientrante in un monopolio si basa sul progetto CIAP; ciò presuppone che il progetto CIAP sia stato applicato correttamente. In caso affermativo, in considerazione della conformità generale e astratta alla LMI del progetto CIAP si può presupporre che siano soddisfatti i requisiti della LMI.

Tuttavia, se un appalto o il trasferimento di un'attività rientrante in un monopolio viola il progetto CIAP, non si può presumere che i requisiti della LMI siano soddisfatti e la procedura di aggiudicazione sarà esaminata direttamente secondo tali requisiti. Nella prassi della COMCO l'attenzione sarà rivolta alla corretta applicazione del CIAP, ma soltanto nell'ottica di chiarire una questione pregiudiziale. Se ad esempio un'aggiudicazione per incarico diretto si basa formalmente sul progetto CIAP, ma senza soddisfare i requisiti del progetto CIAP relativi all'aggiudicazione per incarico diretto, manca la base della presunzione e l'aggiudicazione può quindi essere esaminata ai sensi della LMI. In questo esame la COMCO deve giustificare come sinora nei confronti dell'autorità di ricorso che l'aggiudicazione viola la LMI. Si garantisce così che la COMCO possa continuare a procedere contro aggiudicazioni pregiudizievoli al mercato interno.

È inoltre importante che si tratti di una presunzione confutabile. La presunzione può essere confutata se emerge che un'aggiudicazione conforme al progetto CIAP viola la LMI, ad esempio poiché una modifica del CIAP ha comportato un'incompatibilità con la LMI. In tal caso sarebbe prima di tutto da verificare la conformità alla LMI di una disposizione del progetto CIAP.

Art. 9 cpv. 1 LMI

Secondo la versione vigente, le restrizioni del libero accesso al mercato, in particolare nel settore degli appalti pubblici, devono rivestire la forma di decisioni impugnabili. Questa disposizione viene modificata solo marginalmente. Il principio secondo cui le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni viene mantenuto. Non è però necessario ribadire questo concetto in relazione agli appalti pubblici, tanto più che in simili casi la protezione giuridica viene precisata dall'aggiunta al capoverso 2. Inoltre, l'impugnabilità delle decisioni risulta anche dal diritto cantonale sulla giurisdizione amministrativa.

Art. 9 cpv. 2, secondo periodo LMI

Secondo l'articolo 9 capoverso 2 LMI il diritto cantonale deve prevedere almeno un rimedio giuridico presso un'autorità indipendente dall'amministrazione per le restrizioni del libero accesso al mercato. In un caso concreto si è posta la domanda se per gli appalti pubblici ciò valesse indipendentemente dal valore dell'oggetto dell'appalto (quindi anche per gli appalti di modesta entità). Nella sua sentenza 131 I 137 («Sigriswil») il Tribunale federale è giunto alla conclusione che la prescrizione in questione non deve essere intesa in tal senso. Il diritto cantonale potrebbe far dipendere la protezione giuridica ad esempio dal raggiungimento di determinati valori soglia, ma in determinati casi la protezione giuridica dovrebbe sussistere anche indipendentemente dal raggiungimento dei valori soglia. Ai fini della certezza del diritto e della trasparenza questa giurisprudenza deve essere concretizzata all'articolo 9 capoverso 2 LMI. In primo luogo la protezione giuridica deve quindi essere garantita se sono superati i valori soglia determinanti per la procedura mediante invito (lett. a). La protezione giuridica deve poi essere garantita contro le decisioni concernenti l'iscrizione di un offerente in un elenco o la sua cancellazione, nonché contro le decisioni relative all'inflizione di una sanzione (lett. b). Infine deve essere possibile far valere mediante ricorso che una commessa debba essere messa a pubblico concorso secondo le pertinenti prescrizioni (lett. c); ciò consente di impugnare casi nei quali non sia certo che una commessa sia stata giustamente aggiudicata mediante procedura per incarico diretto.

Art. 63 Disposizione transitoria

Una procedura di aggiudicazione si protrae normalmente per un periodo piuttosto lungo. Per motivi pratici, nel caso degli appalti avviati prima dell'entrata in vigore della legge il diritto applicabile non deve essere modificato. La nuova legislazione è quindi applicabile soltanto alle procedure di aggiudicazione per le quali il bando pubblico, l'invito o l'aggiudicazione per incarico diretto ha luogo successivamente alla sua entrata in vigore. È determinante il momento della pubblicazione o della notifica individuale.

La legge riveduta è quindi applicabile alle commesse supplementari e alle commesse successive aggiudicate dopo la sua entrata in vigore. Questo vale anche se l'aggiudicazione della commessa iniziale è stata effettuata secondo il diritto precedente.

Anche nel caso della conclusione di contratti quadro (art. 25 D-LAPub) è determinante il momento dell'avvio della procedura. La procedura di appalto si considera conclusa con l'aggiudicazione relativa al contratto quadro; le singole prestazioni sono acquistate conformemente alle prescrizioni del CO.

Se nel corso di una procedura pendente dovesse essere presa una decisione di esclusione o di interruzione dopo l'entrata in vigore della nuova legge, tale decisione andrebbe impugnata secondo il diritto previgente.

Art. 64 Referendum e entrata in vigore

Cpv. 1 e 2

Contro la legge si può lanciare il referendum facoltativo (cpv. 1). I negoziati di revisione del GPA si sono conclusi nel marzo del 2012. Di regola i trattati internazionali sono attuati nel diritto nazionale entro un anno, al più tardi entro 24 mesi. Tuttavia, anche l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sugli appalti pubblici perseguita parallelamente all'attuazione del GPA 2012 richiede tempo. Il Consiglio federale deciderà la data di entrata in vigore dell'atto legislativo (cpv. 2). Qualora il CIAP, atto con il quale i Cantoni attuano il GPA 2012, non possa entrare in vigore contestualmente alla presente legge, il Consiglio federale differirà l'entrata in vigore delle modifiche della LMI.

Allegati

Il presente disegno di legge contiene 7 allegati.

Ai numeri 1 degli *allegati 1-3* sono elencate le prestazioni edili (all. 1), le forniture (all. 2) e le prestazioni di servizio (all. 3) che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

Allegato 1: le prestazioni edili che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali non sono state modificate.

Allegato 2: anche alle forniture che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, acquistate dai committenti di cui all'articolo 4 capoverso 1 e dai committenti operanti sui mercati settoriali di cui all'articolo 4 capoverso 2 D-LAPub, non sono state apportate modifiche poiché già secondo il diritto vigente sono presenti nell'elenco positivo tutte le merci e tutti i beni.

Tra i «committenti responsabili della difesa e della sicurezza» si annoverano, oltre ai committenti militari, in particolare le unità e le istituzioni operanti nell'ambito della polizia, della sorveglianza delle frontiere e della protezione civile (ad esempio fedpol, Corpo delle guardie di confine, Ufficio federale della protezione della popolazione). Rispetto al diritto vigente è stato esteso l'elenco dei materiali civili acquistati dai suddetti committenti per la difesa e la sicurezza. Anche gli appalti per la protezione civile rilevanti ai fini della sicurezza e della difesa sono contemplati.

Allegato 3: è stato esteso anche il catalogo delle prestazioni di servizio. Sono ora assoggettati alla legge i seguenti servizi:

- servizi alberghieri e altri servizi di alloggio analoghi;
- servizi di ristorazione e di mescolta di bevande;

- servizi delle agenzie di viaggio e degli operatori turistici;
- servizi immobiliari forniti su base forfettaria o contrattuale;
- servizi di leasing o di noleggio di macchinari e attrezzature, senza operatore;
- servizi di consulenza in materia di diritto del Paese di origine e di diritto internazionale pubblico;
- servizi di consulenza fiscale;
- servizi di imballaggio;
- servizi di consulenza relativi alla silvicoltura.

L'*allegato 4* riporta i valori soglia determinanti per gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e per quelli che non rientrano in tale ambito di applicazione nonché le rispettive procedure applicabili. Rientra nel potere di apprezzamento del committente pubblico decidere se applicare una procedura di livello superiore e, ad esempio nell'ottica di una concorrenza più ampia, optare per una procedura mediante invito piuttosto che per una procedura per incarico diretto in caso di appalti inferiori ai valori soglia fissati nei trattati internazionali.

L'*allegato 5* fornisce una panoramica delle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali e delle disposizioni speciali ad esse applicabili.

L'*allegato 6* enumera le Convenzioni fondamentali dell'OIL, la cui osservanza costituisce un requisito minimo per le prestazioni fornite all'estero (art. 12 cpv. 2 D-LAPub). Rispetto all'ordinanza in vigore dal 2010 non sono state apportate modifiche materiali. Diversi partecipanti alla consultazione avevano proposto di completare l'*allegato* con ulteriori Convenzioni fondamentali dell'OIL e (analogamente alla regolamentazione adottata nelle direttive UE) con i pertinenti accordi in materia di tutela ambientale. Per il momento vi si rinuncia in considerazione del programma di lavoro previsto dai Paesi aderenti al GPA sugli acquisti pubblici sostenibili.

L'*allegato 7* contiene le modifiche di altri atti normativi derivanti dalla revisione totale proposta della LAPub (cfr. commento all'art. 62).

3 Ripercussioni

3.1 Ripercussioni per la Confederazione

3.1.1 Ripercussioni finanziarie

a) Onere supplementare sostanziale

Le ripercussioni della revisione sull'Amministrazione e sull'economia sono state stimate mediante lo studio sull'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR)²⁰⁵. L'AIR giunge alla conclusione che la revisione comporterà un (lieve) aumento dell'onere amministrativo per i *servizi federali*. Soprattutto nella fase iniziale, dopo

²⁰⁵ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Regulierungsfolgenabschätzung: Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen», Basilea, 18 gennaio 2016.

l'entrata in vigore della legge riveduta, è ipotizzabile un onere maggiore per i servizi di aggiudicazione (formazioni, consulenze, attuazione unitaria ecc.). Si prevede inoltre che anche la moderata estensione della protezione giuridica implicherà un onere supplementare. Infatti il numero di ricorsi e di casi giuridici sarà leggermente più elevato a seguito della misurata estensione della protezione giuridica alle commesse pubbliche che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali, dell'estensione del campo d'applicazione della legge, del tendenziale incremento dei bandi pubblici e del numero conseguentemente crescente di decisioni impugnabili. Grazie al modello scelto (ovvero alla cosiddetta protezione giuridica in via subordinata) non si verificheranno però ritardi nel processo di aggiudicazione di commesse che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali. Anche la flessibilità del processo di aggiudicazione, ottenuta ad esempio grazie all'introduzione nell'ambito degli appalti di nuovi strumenti come le aste elettroniche, comporterà dei costi. I costi derivanti dalla revisione dipendono notevolmente dalle modalità di esecuzione e non possono essere quantificati in modo definitivo. La maggior parte di questi oneri supplementari è a carico del bilancio complessivo della Confederazione.

L'aumento dell'onere amministrativo per i servizi di aggiudicazione della Confederazione è dovuto anche all'attuazione dell'intervento parlamentare 14.3045²⁰⁶, che chiede che tutti gli appalti con un valore contrattuale a partire da 50 000 franchi siano pubblicati almeno una volta all'anno in formato leggibile da una macchina. Nel quadro di un sondaggio basato su stime di massima i servizi di aggiudicazione prevedono che l'estensione dell'obbligo di pubblicazione comporterà costi supplementari annui di circa 900 000 franchi²⁰⁷. Il numero degli appalti e di conseguenza anche i costi supplementari si distribuiscono equamente tra l'Amministrazione federale e le unità rese autonome (FFS, Posta, settore dei PF). Occorre osservare che solo pochi servizi si sono espressi in merito alla stima dei costi e che le risposte sono state molto eterogenee. Mentre un servizio di aggiudicazione presuppone un aumento irrisorio dei costi, altri si attendono fino a 900 franchi in più per appalto. Un altro servizio di aggiudicazione prevede che l'onere una tantum per programmare l'elenco necessario per il rapporto annuale ammonti a 6000 franchi, poiché le informazioni occorrenti sono in gran parte disponibili già oggi.

Costi supplementari dovuti all'estensione dell'obbligo di pubblicazione, in CHF

	Numero di appalti	Costi supplementari per appalto	Totale
Tutti	5703	150 (0-900)	855 450
Amministrazione	2957	150	443 550

²⁰⁶ Mozione Graf-Litscher 14.3045 Trasparenza negli acquisti pubblici. Pubblicazione delle informazioni di base per tutti gli acquisti della Confederazione a partire da 50 000 franchi.

²⁰⁷ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Beschaffungskostenschätzung bezüglich Erhöhung der Sprachanforderungen und Erweiterung der Publikationspflicht», Basilea, 23 dicembre 2015.

federale

FFS/Posta/PF 2746 150 411 900

Nota: i dati si basano sui valori mediani delle stime dei costi. Il valore minimo e massimo dei costi supplementari stimati per appalto sono indicati in caratteri piccoli.

b) Onere supplementare dovuto ai requisiti concernenti le lingue

Per quanto riguarda le richieste contenute negli interventi parlamentari trasmessi riguardo al tema del plurilinguismo nel settore degli appalti pubblici²⁰⁸ erano attesi costi supplementari considerevoli. Per valutare tali costi, la CA ha incaricato una società esterna di effettuare una stima presso 15 servizi di aggiudicazione (servizi centrali e altri servizi di aggiudicazione della Confederazione nonché Posta, FFS e Consiglio dei PF)²⁰⁹. Da questo studio basato su stime di massima è emerso che i costi amministrativi della Confederazione e delle istituzioni pubbliche come la Posta, le FFS e il Consiglio dei PF aumenterebbero nettamente se i requisiti concernenti le lingue fossero estesi a tutte le pubblicazioni e alla documentazione dei bandi. Si dovrebbero pertanto prevedere costi supplementari annui fino a 841 milioni di franchi.

L'esempio seguente tratto dal settore competente della filiale F2 dell'Ufficio federale delle strade (USTRA) a Thun (una delle più piccole filiali dell'USTRA) indica la quantità di pagine e di piani, suddivisi per tipo di procedura, che avrebbero dovuto essere tradotti nel 2014 nell'ipotesi in cui fosse stato obbligatorio tradurre la documentazione del bando soltanto in *un'altra* lingua ufficiale della Confederazione. Dal momento che per ogni ulteriore piano occorre prevedere costi di stampa pari a 2000 franchi (valore medio; i costi dipendono dalle dimensioni del piano), solo nel settore Gestione dei progetti Nord della filiale di Thun i costi supplementari per la traduzione e la stampa sarebbero stati di 8 410 600 franchi. Questo valore dovrebbe essere moltiplicato per 15 al fine di calcolare tutti i costi sostenuti dall'USTRA per la traduzione in *un'altra* lingua ufficiale. L'USTRA stima costi supplementari pari a circa 250 milioni di franchi se fosse previsto l'obbligo di tradurre integralmente i piani in *due* lingue ufficiali della Confederazione.

USTRA Thun, settore Gestione dei progetti Nord

Statistica: Traduzioni per i bandi del 2014

Oggetto dell'appalto	Tipo di procedura	Valore soglia (CHF)	Numero di pagine	Numero di piani	Numero di appalti	Costi complessivi
Prestazioni di	Invito				1	1 848 000

²⁰⁸ Cfr. al riguardo anche il n. 1.2.5.

²⁰⁹ Beschaffungskostenschätzung bezüglich Erhöhung der Sprachanforderungen und Erweiterung der Publikationspflicht, B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung Basel (23.12.2015).

progettazione/di servizio nell'ambito della costruzione	Incarico diretto	< 150 000	7 - 15	0 - 4	154	
Prestazioni di progettazione/di servizio nell'ambito degli equipaggiamenti di esercizio e sicurezza (BSA)	Incarico diretto		48	6	13	
Prestazioni di progettazione/di servizio nell'ambito della costruzione	Invito	150 000 - 230 000	85	14	1	30 800
Prestazioni di progettazione/di servizio nell'ambito BSA			67	10	0	
Prestazioni di progettazione/di servizio nell'ambito della costruzione	Pubblico concorso	>230 000	500 -2317	15 - 235	12	528 000
Prestazioni di progettazione/di servizio nell'ambito BSA			300 -350	15 - 20	5	
Acquisti/forniture nell'ambito della costruzione	Incarico diretto	< 50 000	30	2	10	48 400

Acquisti/forniture nell'ambito BSA					1	
Acquisti/forniture nell'ambito della costruzione	Invito	50 000-230 000	96	15	1	33 000
Acquisti /forniture	Incarico diretto in condizioni di concorrenza	>230 000			0	0
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito della costruzione	Incarico diretto	< 150 000	5 - 250	1 - 14	89	2 750 000
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito BSA			450-640	20 - 40	12	
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito della costruzione	Invito	150 000 – 2 000 000	135 - 300	10 - 20	31	1 683 000
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito BSA			450	30	10	
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito della costruzione	Pubblico concorso secondo OAPub	2 000 000 - 8 700 000	169 - 600	10 - 62	5	415 800
			120			

Prestazioni edili/d'opera nell'ambito BSA				14	1		
Prestazioni edili/d'opera della costruzione	Pubblico concorso secondo LAPub	>8 700 000	365 - 1350	68 - 177	4	1 073 600	
Prestazioni edili/d'opera nell'ambito BSA			0	0	0		
Ipotesi: realizzazione/rielaborazione del piano: 2000 CHF						Totale settore Nord	8 410 600

Traduzione del piano: 200 CHF

Numero di piani: valore medio (ad es.: 20-40: 30)

Inoltre, i corposi lavori di traduzione potrebbero causare ritardi nel processo di aggiudicazione e costituire ulteriori fonti di errore. Soprattutto nel settore dell'edilizia ciò potrebbe avere conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della sicurezza. Tra le possibili conseguenze di divergenze e inesattezze nelle traduzioni vi è altresì un rischio maggiore di ricorsi e di aggiunte. L'incremento del numero dei ricorsi e i suddetti ritardi potrebbero determinare un ulteriore aumento dei costi. Segnatamente sarebbero prevedibili considerevoli costi supplementari indiretti a seguito delle aggiunte causate da traduzioni imprecise e incomprensioni nelle comunicazioni orali dovute alla scarsa competenza linguistica di entrambe le parti nelle fasi di aggiudicazione, conferimento del mandato e realizzazione

Le finanze pubbliche, considerato il deficit strutturale, non consentono l'attuazione di simili misure, costose e rischiose. Inoltre, queste ultime sono in contrasto con le misure di risparmio delle Camere federali e con il forte inasprimento delle condizioni quadro di politica finanziaria intervenuto dal deposito degli interventi parlamentari menzionati. Per i motivi suesposti il nostro Collegio intende rinunciare a traduzioni supplementari per i bandi o la documentazione del bando.

L'Amministrazione federale si adopera tuttavia per trovare una soluzione adeguata e praticabile in merito alla questione linguistica. Il principio secondo cui si tiene adeguatamente conto delle diverse situazioni linguistiche presenti in Svizzera (cfr. art. 48 cpv. 5 D-LAPub) deve quindi essere concretizzato a livello di ordinanza per quanto possibile in modo pragmatico e con un onere ragionevole. È probabile comunque che alcune misure, ad esempio quella secondo cui nella procedura mediante

invito il committente deve procurarsi nella misura del possibile almeno un'offerta di un offerente proveniente da un'altra regione linguistica, comportino oneri supplementari per il committente legati a eventuali spese di traduzione.

c) Vantaggi

Al suddetto onere si contrappongono però i considerevoli vantaggi della revisione. L'accresciuta certezza del diritto ottenuta con l'armonizzazione tra Confederazione e Cantoni, i nuovi strumenti di aggiudicazione e la maggiore concorrenza tra gli offerenti possono contribuire a migliorare la qualità degli appalti della Confederazione e avere ripercussioni positive sul rapporto qualità/prezzo a favore dei committenti. Ciò può comportare risparmi per gli enti pubblici. Le novità come l'introduzione delle aste elettroniche possono inoltre rendere più flessibile la procedura di aggiudicazione e aumentare l'efficienza negli appalti di prestazioni standardizzate. Gli altri costi e vantaggi dipendono fortemente dall'attuazione concreta delle misure previste.

Occorre inoltre menzionare il potenziale di risparmio per gli enti pubblici derivante dallo svolgimento di appalti pubblici sostenibili: in uno studio svolto nel 2015 su incarico della città di Berlino è stato analizzato l'impatto finanziario dell'acquisto di prodotti ecologici. In due terzi dei casi è emerso che le varianti ecologicamente compatibili sono più convenienti per quanto concerne i costi del ciclo di vita rispetto alle varianti convenzionali²¹⁰. Sono giunti a risultati analoghi anche gli studi relativi a programmi di appalto sostenibili, in particolare dal punto di vista ambientale, realizzati ad esempio nella città di Vienna²¹¹ e in Cina²¹².

3.1.2 Ripercussioni sull'effettivo del personale

Per nuovi compiti od oneri supplementari nell'ambito di compiti esistenti, quali lo svolgimento di un numero maggiore di consulenze e formazioni e l'attuazione unitaria degli atti normativi riveduti, ma anche a seguito dell'estensione dell'obbligo di pubblicazione e del previsto aumento delle controversie giuridiche (estensione della protezione giuridica), nel medio e lungo termine si prevede un maggior fabbisogno di personale.

²¹⁰ Öko-Institut e.V., Studie: Umwelt- und Kostenentlastung durch eine umweltverträgliche Beschaffung, Berlino, 2015. Consultabile all'indirizzo: www.stadtentwicklung.berlin.de > Service > Rechtsvorschriften > Umweltverträgliche Beschaffung > Studien zur VwVBU > Umwelt- und Kostenentlastung.

²¹¹ Singh Jason/Culver Alicia/Melis Bitlis, Energy Sector Management Assistance Program/The World Bank, Public Procurement of Energy Efficient Products. Lessons from Around the World, Washington, 2012. Consultabile all'indirizzo: www.esmap.org > Publications.

²¹² The International Institute for Sustainable Development, How Green Public Procurement Contributes to Sustainable Development in China, Winipeg, 2015. Consultabile all'indirizzo: www.spcclearinghouse.org/upload/publication_and_tool/file/480.pdf (stato: 12.2.2016).

Dalle prime valutazioni di massima effettuate ad esempio dai servizi centrali degli acquisti UFCL e armasuisse emerge che in seguito all'estensione della protezione giuridica e all'aumento delle consulenze e delle formazioni occorre calcolare per ciascuno di essi un maggiore fabbisogno di 2 posti a tempo pieno. L'USTRA indica che le future spese per il personale dovute alla revisione non sono ancora quantificabili. Altri servizi richiedenti, come la Segreteria di Stato della migrazione, prevedono secondo una prima stima un maggior fabbisogno di personale di 1,5–2 posti a tempo pieno, mentre l'Amministrazione federale delle dogane di 0,5 posti a tempo pieno. Anche diverse unità amministrative della Confederazione e organizzazioni parastatali come le FFS, la Posta e il Settore dei PF si aspettano un aumento del fabbisogno di personale.

Il dispendio iniziale che seguirà l'entrata in vigore della legge riveduta dovrà essere fronteggiato con le risorse disponibili. In particolare le ulteriori formazioni e consulenze nonché l'introduzione di nuovi strumenti per gli appalti (ad es. personale necessario per la creazione di un'infrastruttura IT per le aste elettroniche) comporteranno un aumento delle spese per il personale.

Dal momento che diverse tematiche saranno attuate a livello di ordinanza e potranno essere stabilite definitivamente soltanto dopo che il Parlamento avrà adottato la legge, attualmente non è possibile quantificare in maniera definitiva il maggior fabbisogno di personale.

Esso sarà valutato dopo che il Parlamento avrà adottato la LAPub e l'avrà sottoposta al nostro Collegio insieme alla proposta di emanazione dell'ordinanza (OAPub).

3.2 Ripercussioni per i Cantoni e i Comuni

L'armonizzazione delle legislazioni nazionali sugli appalti pubblici comporta vantaggi anche a livello cantonale e comunale: si prevede che l'auspicato avvicinamento del diritto avrà ripercussioni positive sui rapporti tra Confederazione e Cantoni, da un lato, e sui rapporti tra Cantoni e Comuni, dall'altro, dopo l'entrata in vigore del CIAP riveduto. I motivi sono da ricercare, tra l'altro, in una giurisprudenza più unitaria, nello scambio di esperienze, nei progetti comuni, nell'utilizzo di strumenti e mezzi didattici paragonabili come pure nello svolgimento di corsi di formazione e formazione continua analoghi. La revisione della legislazione sugli appalti pubblici garantirà una maggiore certezza del diritto anche a livello cantonale e comunale.

3.3 Ripercussioni per l'economia

Il diritto in materia di appalti pubblici disciplina un settore importante dell'economia svizzera. Si stima che in Svizzera la somma totale dei pagamenti effettuati nel contesto degli appalti pubblici ammonti attualmente a circa 41 miliardi di franchi all'anno²¹³.

²¹³ Cfr. prof. dr. Hubert Stöckli «Die Rechtsquellen im Wandel» in: Stöckli Hubert/Beyeler Martin, *Das Vergaberecht der Schweiz*, 9^a ed., Zurigo, 2014, nota 3, pag. 3.

La sola Amministrazione federale centrale ha acquistato nel 2015 beni e prestazioni di servizio per 5,65 miliardi di franchi²¹⁴. Da queste cifre è possibile desumere che la struttura della legislazione sugli appalti pubblici costituisce un importante fattore per la piazza economica svizzera.

Una netta maggioranza dei partecipanti alla procedura di consultazione prevede che il progetto di revisione non aumenterà, bensì manterrà costante o ridurrà l'onere amministrativo delle imprese. Secondo diversi pareri espressi, è ipotizzabile un'applicazione più semplice del diritto.

Dall'AIR emerge che gli offerenti considerano come principale vantaggio della revisione l'armonizzazione delle legislazioni sugli appalti pubblici, che consente una maggiore standardizzazione dei processi nella presentazione delle offerte e, nel complesso, richiede un periodo di adattamento più breve. Sono inoltre valutate positivamente la maggiore chiarezza delle basi legali e l'estensione degli strumenti elettronici di aggiudicazione. Infine sono attesi diversi vantaggi indiretti per l'economia, tra i quali si annoverano l'estensione della protezione giuridica a livello federale, nonché l'accresciuta trasparenza e certezza del diritto. La maggioranza delle imprese interpellate presuppone che il dispendio necessario per la presentazione dell'offerta rimarrà approssimativamente uguale. I costi deriveranno dagli inspriti obblighi di documentazione e dagli eventuali controlli, nonché da possibili ritardi nelle procedure di aggiudicazione. Quest'ultimo timore dovrebbe tuttavia essere dissipato grazie alle disposizioni introdotte dopo la consultazione per limitare l'onere amministrativo degli offerenti.

Nel complesso è ipotizzabile che per le imprese il dispendio nella procedura di aggiudicazione diminuirà o, eventualmente, rimarrà invariato.

Per l'economia nazionale deve inoltre essere valutato come positivo l'ampliamento del mercato internazionale degli appalti pubblici, al quale sarà possibile accedere soltanto dopo la ratifica del GPA 2012. Infine, si prevede che l'applicazione delle norme del GPA comporterà una maggiore concorrenza tra gli offerenti, con ripercussioni tendenzialmente positive sulla scelta delle offerte e sul rapporto qualità/prezzo.

Occorre inoltre menzionare il potenziale di risparmio per gli enti pubblici che lo svolgimento di appalti pubblici sostenibili porta con sé a lungo termine (cfr. n. 3.1.1).

3.4 Ripercussioni per la società e l'ambiente

Le ripercussioni per la società e l'ambiente (integrazione degli appalti sostenibili nella legge) sono considerate piuttosto limitate.

²¹⁴ Cfr. scheda informativa dell'UFCL «Pagamenti per acquisti 2015». Consultabile all'indirizzo: www.bkb.admin.ch > I committenti > Statistica dei pagamenti nel settore degli acquisti della Confederazione.

Tuttavia la coerente e costante considerazione degli aspetti ecologici nell'ambito degli appalti pubblici può contribuire, nel lungo periodo, a salvaguardare l'ambiente e a conservare le risorse. Questo è un importante presupposto che garantisce e lascia agire la concorrenza anche in futuro e che, in ultima istanza, va a vantaggio dell'intera società.

La lotta coerente contro la collusione e la corruzione rafforza la fiducia dei contribuenti nell'Amministrazione. Nell'ambito degli appalti pubblici, in futuro la Confederazione adotterà un maggior numero di misure volte a garantire l'osservanza della parità salariale tra donna e uomo. Si attendono quindi ripercussioni positive in riferimento alla parità di trattamento tra donna e uomo.

4 Rapporto con il programma di legislatura e le strategie nazionali del Consiglio federale

4.1 Rapporto con il programma di legislatura

L'adozione del messaggio sulla revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici è annunciata nel messaggio del 27 gennaio 2016²¹⁵ sul programma di legislatura 2015–2019.

Prenderemo atto dei risultati della consultazione e adotteremo eventualmente il messaggio nel quadro dell'obiettivo 2²¹⁶ fissato per il 2016.

4.2 Rapporto con le strategie nazionali del Consiglio federale

In linea con la nostra strategia per uno sviluppo sostenibile²¹⁷, gli aspetti concernenti la sostenibilità vengono sanciti nel disegno di legge. Le tre dimensioni della sostenibilità sono ora riportate nell'articolo concernente lo scopo (e non più a livello di ordinanza, come proposto dai partecipanti alla consultazione). Con la revisione totale della LAPub sono dunque create le basi giuridico-formali per una prassi sostenibile degli appalti pubblici.

Viene inoltre attuata una misura tuttora pendente della politica di crescita del nostro Consiglio e, quindi, una riforma di politica economica. Con un'esplicita politica di crescita perseguiamo da tre legislature una politica economica orientata al lungo periodo, intesa a creare e salvaguardare le basi di una prosperità duratura. Nei programmi di legislatura 2004–2007 e 2008–2011 la revisione dell'allora legge federale sugli acquisti pubblici era indicata come misura dei rispettivi pacchetti per la crescita.

²¹⁵ FF 2016 909, in particolare pag. 1023

²¹⁶ Parte I, pag. 11, 19 segg. Consultabile all'indirizzo: www.bk.admin.ch > Documentazione > Pubblicazioni > Pianificazione politica > Gli obiettivi.

²¹⁷ Cfr. nota 45.

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità

La competenza legislativa della Confederazione nel campo degli appalti pubblici a livello federale deriva da diverse disposizioni della Costituzione federale: la base costituzionale formale è l'articolo 173 capoverso 2 Cost. La competenza di emanare disposizioni vincolanti per le autorità federali e le imprese pubbliche discende dalla sua competenza organizzativa (art. 164 cpv. 1 lett. g Cost.). Su singole questioni esiste inoltre una competenza della Confederazione fondata su una normativa esplicita (art. 65 Cost. concernente la tenuta di una statistica a livello nazionale sugli appalti pubblici nonché art. 63 cpv. 1 Cost. concernente la formazione professionale).

La ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni non è toccata dal presente progetto.

5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

La trasposizione nella legislazione nazionale delle norme di diritto internazionale del GPA 2012 è stato lo spunto per la presente revisione, ma non avrebbe portato a una revisione totale. L'intento prioritario era piuttosto l'armonizzazione della legge federale con il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici. Inoltre, le prescrizioni sinora attuate a livello di ordinanza dell'Accordo bilaterale Svizzera-UE devono ora essere disciplinate nella legge, ovvero al livello normativo più consono. Quanto sia ampio nel singolo caso il margine di manovra per un diritto nazionale autonomo risulta dalle spiegazioni relative alle singole disposizioni di legge. La revisione è compatibile con gli impegni di diritto internazionale.

5.3 Forma dell'atto

Il presente progetto sottopone alle Camere federali la revisione totale di una legge federale. Conformemente all'articolo 141 capoverso 1 lettera a Cost., le leggi federali sottostanno a referendum facoltativo.

Dal momento che la legge concerne sia gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali sia quelli disciplinati esclusivamente dal diritto interno, si rinuncia a integrare la legge nel decreto federale concernente l'approvazione del GPA 2012 e ad adottare un unico progetto da sottoporre a referendum per il GPA 2012 e per la LAPub.

5.4 Subordinazione al freno alle spese

Conformemente all'articolo 159 capoverso 3 lettera b Cost., se una disposizione in materia di sussidi comporta una spesa unica di oltre 20 milioni di franchi oppure nuove spese ricorrenti di oltre 2 milioni di franchi è richiesto il consenso della

maggioranza dei membri di entrambe le Camere. Il disegno di legge non sottostà al freno alle spese poiché non contiene una simile disposizione.

5.5 Rispetto del principio di sussidiarietà e del principio dell'equivalenza fiscale

I contenuti sono stati inseriti perseguendo una maggiore coerenza con il livello normativo rispetto al diritto vigente; di conseguenza il D-LAPub è più voluminoso della LAPub vigente. Le maggiori dimensioni del disegno di legge sono inoltre dovute all'obiettivo dell'armonizzazione: diverse disposizioni sono proposte nella legge proprio per favorire un avvicinamento con le pertinenti norme intercantionali (progetto CIAP).

5.6 Delega di competenze legislative

Il disegno di legge prevede nuove competenze legislative da delegare al Consiglio federale in relazione con la tematica delle lingue nel settore degli appalti pubblici (art. 48 cpv. 5 D-LAPub) e con il diritto d'esame degli atti (art. 59 cpv. 4 D-LAPub).

Le deleghe di competenze previste dal diritto vigente sono ora sancite dagli articoli 16 capoverso 1 e 22 capoverso 2 D-LAPub (quest'ultimo viene esteso in riferimento ai mandati di studio). L'articolo 16 capoverso 1 D-LAPub contiene una norma di delega che consente un adeguamento rapido dei valori soglia riportati nell'allegato alla legge. Pertanto, anche dopo la revisione della LAPub il Consiglio federale sarà autorizzato a stabilire i valori soglia conformemente alle norme di diritto internazionale. Viene adeguata la delega che consente di emanare disposizioni concernenti l'esenzione di appalti su determinati mercati settoriali (art. 7 D-LAPub).

Queste deleghe si giustificano in considerazione del fatto che l'attuazione concreta deve essere armonizzata in maniera flessibile con le esperienze raccolte durante l'esecuzione.

5.7 Protezione dei dati e legge sulla trasparenza

Il disegno di legge tiene conto delle prescrizioni della legge federale sulla protezione dei dati. Le basi legali per l'elaborazione dei dati personali sono contenute nel presente disegno all'articolo 28 capoverso 2 D-LAPub (elenco degli offerenti idonei) e all'articolo 45 capoverso 3 D-LAPub (elenco degli offerenti e dei subappaltatori sanzionati). Queste disposizioni saranno precisate a livello di ordinanza.

La protezione dei dati deve essere osservata anche nell'elaborazione di dati pseudonimizzati nell'ambito delle aste elettroniche (art. 23 D-LAPub) e nell'allestimento della statistica degli appalti (art. 50 cpv. 4 D-LAPub).

Il diritto in materia di appalti pubblici è da sempre orientato alla trasparenza (bando pubblico, pubblicazione dell'aggiudicazione ecc.). Non tange i diritti dei cittadini che non partecipano a una procedura di appalto).

Tenuto conto degli interessi degli offerenti (ad es. contenuto dell'offerta e del contratto) il progetto di revisione contiene limitazioni della legge sulla trasparenza previste da disposizioni speciali. A tal proposito si vedano i commenti agli articoli 49 capoverso 3 e 59 capoverso 5.

