

**Rapporto esplicativo del DFF**

**Revisione della legge federale sugli acquisti pubblici**

**del 1° aprile 2015**

## **Compendio**

***Il diritto in materia di appalti pubblici disciplina un settore importante dell'economia svizzera. Ne costituisce la base l'Accordo sugli appalti pubblici (GPA) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), attuato a livello di Confederazione tramite la legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub) e la relativa ordinanza (OAPub) e, a livello di Cantoni, tramite il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP). In seguito alla revisione del GPA del 2012 sono divenuti necessari adeguamenti del diritto nazionale. Nel contempo le legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni devono essere per quanto possibile armonizzate sotto il profilo materiale.***

### **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. I punti centrali della revisione dell'Accordo del 1994 (GPA 1994) – al quale la Svizzera ha aderito con effetto dal 1° gennaio 1996 – sono in particolare la semplificazione e l'ammodernamento dei testi, l'adeguamento all'evoluzione tecnica nonché l'estensione del campo d'applicazione. Tutti gli Stati partecipanti 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 4 luglio 2014 il Consiglio federale ha incaricato il Dipartimento federale delle finanze di sottoporre a revisione, unitamente al Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca, il diritto federale in materia di acquisti pubblici e di armonizzare in tale contesto le legislazioni in materia di Confederazione e Cantoni.*

*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 di adeguare il diritto alle sfide del futuro, ad esempio nell'ambito dell'aggiudicazione elettronica. Permette inoltre di migliorare l'accesso delle imprese svizzere ai mercati degli Stati membri del GPA.*

*La revisione del GPA esige adeguamenti del diritto federale e cantonale. La Confederazione e i Cantoni desiderano attuare in parallelo le prescrizioni internazionali. Le legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni devono quindi essere per quanto possibile armonizzate nell'interesse dei loro destinatari. Le procedure legislative della Confederazione e dei Cantoni seguono percorsi separati, ma si basano sulle proposte normative di un gruppo paritetico di lavoro composto da rappresentanti della Confederazione e dei Cantoni. Al termine delle trattative sul GPA questo gruppo di lavoro, sotto la responsabilità della Conferenza degli acquisti della Confederazione e diretto da un giurista specializzato, ha analizzato durante un anno diverse tematiche e adottato il presente avamprogetto di legge.*

### **Obiettivi e contenuto dell'avamprogetto**

*A livello di Confederazione la revisione del GPA 1994 tocca sia la legge federale sugli acquisti pubblici sia la pertinente ordinanza. Questi due atti legislativi sono stati oggetto di diverse revisioni parziali dopo la loro entrata in vigore, tuttavia i contenuti non sono sempre stati inseriti in coerenza con il livello normativo. Essi sono divenuti relativamente confusi e talvolta difficilmente leggibili.*

*L'avamprogetto di legge si prefigge di attuare il GPA 2012 a livello di Confederazione e nel contempo di contribuire all'armonizzazione del diritto in materia di appalti pubblici in Svizzera. A tale scopo, la legge federale sugli acquisti pubblici è stata rielaborata sotto il profilo linguistico e la sua struttura è stata modernizzata. Si tratta di introdurre nella legge nuove definizioni e diverse disposizioni finora disciplinate a livello di ordinanza, come quelle relative agli «Altri acquisti». Le modifiche materiali riguardano essenzialmente le questioni di assoggettamento, i nuovi strumenti per gli appalti e le commesse successive, ma anche le tematiche delle negoziazioni e della protezione giuridica. Quest'ultima deve essere estesa, ma ciò non avrà ripercussioni sui valori soglia determinanti per i bandi pubblici. Tali valori vengono mantenuti.*

*Sul modello della regolamentazione cantonale la legge fa d'ora in poi una distinzione tra le commesse pubbliche nel settore dei trattati internazionali, ossia quelle sottoposte agli accordi internazionali, e le commesse pubbliche all'infuori del settore dei trattati internazionali, ovvero quelle che non sottostanno al diritto internazionale (cosiddetto mercato 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 40 miliardi di franchi all'anno. La sola Amministrazione federale centrale ha acquistato nel 2013 beni e prestazioni di servizio per 5,3 miliardi di franchi.*

*Secondo le stime dell'OMC la revisione del GPA ha ampliato l'accesso al mercato per un valore di 80 miliardi di dollari americani all'anno. Anche in Svizzera l'applicazione delle regole del GPA determina una maggiore concorrenza fra gli offerenti. I committenti pubblici hanno a disposizione un numero più grande di offerte e possono scegliere l'offerta con il migliore rapporto qualità/prezzo. Questo permette di ridurre i costi a carico degli enti pubblici. Una maggiore certezza giuridica consente altresì agli offerenti un certo potenziale di risparmio. Nel contempo l'estensione del campo d'applicazione del GPA e l'attuazione delle sue regole nel diritto nazionale facilitano l'accesso delle imprese svizzere ai mercati degli Stati membri.*

## Indice

<b>Rapporto esplicativo del DFF</b>	<b>5</b>
<b>1 Punti essenziali del progetto</b>	<b>4</b>
1.1 Situazione iniziale	4
1.1.1 Revisione dell'Accordo OMC sugli appalti pubblici	4
1.1.2 Necessità di adeguamento del diritto nazionale	4
1.1.3 Basi del diritto svizzero in materia di appalti pubblici	6
1.1.4 Evoluzione	6
1.1.5 Differenze tra il diritto federale e il diritto cantonale	7
1.1.6 Motivi della revisione	7
1.2 La normativa proposta	8
1.2.1 Lavori preliminari	8
1.2.2 Obiettivi dell'avamprogetto di una nuova legge sugli appalti pubblici	8
1.2.3 Principali novità	9
1.3 Stralcio di interventi parlamentari	9
<b>2 Commento ai singoli articoli</b>	<b>11</b>
<b>3 Ripercussioni</b>	<b>46</b>
3.1 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale della Confederazione	46
3.1.1 Ripercussioni per l'economia	46
3.1.2 Ripercussioni sull'ambiente	46
<b>4 Rapporto con il programma di legislatura</b>	<b>46</b>
<b>5 Aspetti giuridici</b>	<b>46</b>
5.1 Costituzionalità	46
5.2 Diritto comparato	46
5.3 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	47
5.4 Forma dell'atto	47
<b>6 Delega di competenze legislative</b>	<b>47</b>
<b>7 Attuazione</b>	<b>47</b>
<b>Allegato I: Panoramica degli atti legislativi direttamente o indirettamente rilevanti ai fini degli appalti pubblici</b>	<b>48</b>

# Rapporto esplicativo

## 1 Punti essenziali del progetto

### 1.1 Situazione iniziale

#### 1.1.1 Revisione dell'Accordo OMC sugli appalti pubblici

L'Accordo del 15 aprile 1994<sup>1</sup> sugli appalti pubblici (qui di seguito GPA 1994 [*Agreement on Government Procurement, GPA*]) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) è entrato in vigore il 1° gennaio 1996. A questo accordo plurilaterale hanno finora aderito 43 Stati membri, tra i quali l'UE con i suoi attuali 28 Stati membri. 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 legale per gli accordi di libero scambio di seconda generazione rilevanti ai fini degli appalti pubblici (oltre a Cile e Messico anche Colombia, Perù, Stati del Golfo, Ucraina, Panama, Costa Rica ecc.), l'Accordo bilaterale tra l'UE e la Svizzera (qui di seguito Accordo bilaterale)<sup>2</sup> e la Convenzione dell'AELS<sup>3</sup> 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 (procedura di aggiudicazione, qualificazione degli offerenti, bando, termine di presentazione delle offerte, negoziazioni, aggiudicazione, composizione delle controversie ecc.) e sui valori soglia.

Fondandosi sull'articolo XXIV:7 lettere a, b e c GPA 1994 gli Stati membri hanno avviato nel 1997 negoziati di revisione, durati fino al mese di dicembre del 2011, e formalmente conclusi il 30 marzo 2012<sup>4</sup>. Elemento centrale della revisione era il miglioramento delle condizioni quadro in ambito di concorrenza. Per raggiungere questo obiettivo, si è deciso di aumentare la trasparenza (supporto dell'aggiudicazione elettronica) e di condurre una lotta sistematica contro la corruzione, che falsa in maniera massiccia la concorrenza. Altri elementi rilevanti della revisione erano la semplificazione e la chiarificazione del testo, l'adeguamento all'evoluzione tecnica, segnatamente nel settore degli strumenti elettronici, nonché l'estensione del campo d'applicazione sia a livello di persone sia a livello materiale. 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, e ciò 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 di 80 miliardi di dollari americani all'anno. L'Accordo riveduto consente quindi agli offerenti svizzeri l'accesso a nuovi mercati degli appalti pubblici, in particolare quelli delle province canadesi e di determinate regioni urbane del Giappone, ma anche ai mercati dei trasporti pubblici in Israele e Corea. In futuro la Svizzera assoggetterà all'Accordo in particolare gli appalti pubblici dei tribunali federali. In considerazione delle richieste di accesso al mercato formulate da altri Stati membri, il nostro Paese ha dato inoltre, sulla base della reciprocità, il proprio consenso a un'estensione dell'obbligo di indire il bando a determinate commesse di prestazioni di servizio, ad esempio nel settore delle telecomunicazioni satellitari. Nel contempo la Svizzera ha soppresso le riserve concernenti l'accesso al mercato nei confronti degli Stati membri del GPA che le garantiscono una 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: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 avevano depositato i loro strumenti di ratifica presso l'OMC a Ginevra. Il protocollo per ogni Parte del GPA 1994 è poi entrato in vigore 30 giorni dopo il deposito dei singoli strumenti di ratifica. È nell'interesse dell'economia svizzera che il nostro Paese attui al più presto l'Accordo riveduto sugli appalti pubblici dell'OMC e sfrutti il grande potenziale di mercato. Finché non lo avrà ratificato, alla Svizzera si applicherà ulteriormente il GPA 1994 e gli offerenti svizzeri non avranno alcun 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 1994<sup>5</sup>. Se invece è di natura programmatica (*non self-executing*), la norma di diritto internazionale deve anzitutto essere concretizzata nel diritto interno prima di poter essere applicata dai tribunali e dalle autorità.

<sup>1</sup> RS 0.632.231.422

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Convenzione istitutiva dell'Associazione europea di libero scambio, RS 0.632.31.

<sup>4</sup> Cfr. messaggio del Consiglio federale concernente la revisione del GPA, (...).

<sup>5</sup> Ad es. sentenza 2P.151/1999 del 30 maggio 2000.

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 carattere 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.

La tabella qui appresso fornisce una panoramica delle disposizioni determinanti del GPA 2012.

<b>Articolo</b>	<b>Tematiche</b>	<b>Destinatari</b>
Art. I	Definizioni	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. II	Campo di applicazione (servizi di aggiudicazione: cfr. in particolare § 4–8).	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. III	Eccezioni in materia di sicurezza ed eccezioni generali (cfr. in particolare § 2).	Parti dell'Accordo
Art. IV	Principi generali (§ 1–7). L'art. IV:4 coniene anche un elemento di flessibilizzazione non vincolante che in combinato disposto con l'art. XII consente di svolgere appalti secondo procedure diverse dal pubblico concorso dalla procedura selettiva e dall'incarico diretto.	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. V	Paesi in via in sviluppo (riguarda le condizioni di adesione di nuove Parti all'Accordo).	Parti dell'Accordo, entità aggiudicatrici e Comitato
Art. VI	Informazioni sul sistema degli appalti (cfr. in particolare § 1–3).	Parti dell'Accordo, e Comitato (VI:3)
Art. VI, VII	Nuovi requisiti di trasparenza per la trasmissione in forma elettronica. Le entità aggiudicatrici dei Governi centrali devono soddisfare requisiti più stringenti di quelli imposti alle entità aggiudicatrici dei Governi subnazionali.	Entità aggiudicatrici
Art. VII	Avvisi (cfr. in particolare § 1–3).	Entità aggiudicatrici
Art. VIII	Condizioni di partecipazione (cfr. in particolare § 1–3).	Entità aggiudicatrici e Parti dell'Accordo
Art. IX	Qualificazione degli offerenti (cfr. in particolare § 2–6 e § 8, 10, 11, 14 e 15).	Entità aggiudicatrici e Parti dell'Accordo
Art. X	Specifiche tecniche e documentazione di aggiudicazione (cfr. in particolare § 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10 e 11).	Entità aggiudicatrici
Art. XI	Termini (cfr. in particolare § 1–3, 6 e 8). Le entità aggiudicatrici possono ridurre i termini in maniera corrispondente al dispendio necessario per l'elaborazione elettronica dell'appalto.	Entità aggiudicatrici
Art. XII	Negoziazioni (cfr. in particolare § 2). Allentamento dei requisiti in materia di negoziazioni (da valutare in combinato disposto con l'art. IV:4).	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. XIII	Incarico diretto (cfr. in particolare le condizioni per ricorrere alla procedura per incarico diretto secondo § 1 e le prescrizioni di trasparenza secondo § 2).	Entità aggiudicatrici
Art. XIV	Aste elettroniche (se l'entità aggiudicatrice decide di ricorrere all'asta elettronica, si applicano imperativamente le disposizioni dell'art. XIV). Nuova base legale internazionale per il disciplinamento delle aste elettroniche.	Entità aggiudicatrici
Art. XV	Trattamento delle offerte e aggiudicazione (cfr. in particolare § 1–5 nonché § 7).	Entità aggiudicatrici

Articolo	Tematiche	Destinatari
Art. XVI	Trasparenza delle informazioni sugli appalti (cfr. in particolare § 1–4). Nuove condizioni per la conservazione, l'accessibilità e la tracciabilità delle pubblicazioni elettroniche; i Cantoni (allegato 1) e le imprese pubbliche (allegato 3) dispongono di una certa flessibilità in ambito di statistiche.	Entità aggiudicatrici e Parti dell'Accordo / Comitato (statistiche XVI: 4, 5 e 6)
Art. XVII	Diffusione delle informazioni (cfr. in particolare § 1–3).	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. XVIII	Procedure di ricorso interne (cfr. in particolare § 1–7).	Parti dell'Accordo ed entità aggiudicatrici
Art. XIX	Modifiche e rettifiche del campo d'applicazione (cfr. in particolare § 1–8).	Parti dell'Accordo e Comitato
Art. XX	Consultazioni e risoluzione delle controversie (cfr. in particolare § 1–3).	Parti dell'Accordo
Art. XXI	Istituzioni (cfr. in particolare § 1 e 3 concernenti l'esame dell'attuazione del GPA 2012, nonché § 4 [Osservatori]).	Comitato
Art. XXII	Disposizioni finali (cfr. in particolare § 1 e 2 nonché § 4–18).	Parti dell'Accordo e Comitato

### 1.1.3 Basi del diritto svizzero in materia di appalti pubblici

Il GPA 1994 costituisce la base del diritto svizzero in materia di appalti pubblici. Nel quadro della sua attuazione sono state dapprima emanate la legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub)<sup>6</sup> e la relativa ordinanza (OAPub)<sup>7</sup>. L'OAPub è anzitutto un atto legislativo di esecuzione della LAPub, ma anche un atto legislativo di base dato che disciplina nel capitolo 3 tutti gli appalti che non sottostanno alla LAPub e nel capitolo 4 i concorsi in ambito di progettazione e di prestazione globale.

La LAPub, l'OAPub, l'ordinanza sull'esenzione dall'assoggettamento al diritto sugli acquisti pubblici<sup>8</sup> e l'ordinanza concernente l'organizzazione degli acquisti pubblici dell'Amministrazione federale (OOAPub)<sup>9</sup> disciplinano le prescrizioni applicabili ai servizi di aggiudicazione della Confederazione. I valori soglia determinanti ai sensi del GPA sono stabiliti 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 (DFE). Questi valori soglia, espressi in diritti speciali di prelievo (DSP) ed euro, sono convertiti in franchi svizzeri in base alle corrispondenti decisioni del Comitato degli appalti pubblici dell'OMC.

I Cantoni attuano autonomamente il GPA tramite il Concordato intercantonale del 25 novembre 1994/15 marzo 2001<sup>10</sup> sugli appalti pubblici (CIAP), le direttive d'aggiudicazione relative al CIAP (DAAP), nonché tramite atti legislativi cantonali di esecuzione, nel senso che hanno trasferito integralmente o parzialmente le DAAP nel loro ambito di competenza.

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. In vigore dal 1° giugno 2002 l'Accordo bilaterale ha in particolare comportato una revisione parziale del diritto federale, segnatamente dell'OAPub, ma anche del CIAP. L'Accordo bilaterale, da un canto, estende il campo d'applicazione del GPA all'interno della Svizzera ai distretti e ai Comuni. D'altro canto, 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 bilaterale a livello di ordinanza (OAPub) ha provocato un'ulteriore frammentazione del diritto in materia di appalti pubblici.

La Convenzione dell'AELS, anch'essa ratificata dalla Svizzera, con la sua versione riveduta del 21 giugno 2001, ha esteso agli altri Stati dell'AELS l'apertura dei mercati degli appalti pubblici tra il nostro Paese e l'UE auspicata nell'Accordo bilaterale. Finora la Svizzera ha concluso un numero considerevole di accordi bilaterali di libero scambio, ad esempio con il Cile o il Perù. Dato che certi accordi in materia di appalti pubblici 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 pubblici.

Il diritto in materia di appalti pubblici viene tra l'altro completato con la legge federale sul mercato interno (LMI)<sup>11</sup> e la legge sui cartelli (LCart)<sup>12</sup>. L'attuale LMI, applicata ai Cantoni e ai Comuni, 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 è ad esempio importante per quanto riguarda i cartelli nell'ambito dei bandi e gli accordi tra offerenti.

### 1.1.4 Evoluzione

Il diritto svizzero in materia di appalti pubblici è regolato nel rispetto del sistema federalista: la Confederazione e i Cantoni attuano autonomamente le prescrizioni internazionali e questo spiega la ragione per cui fino alla fine del ventesimo secolo sono state emanate diverse legislazioni in materia. I problemi che ne sono sorti per i servizi di aggiudicazione e gli offerenti sono stati ben presto motivo

<sup>6</sup> Legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici, RS 172.056.1.

<sup>7</sup> Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici, RS 172.056.11.

<sup>8</sup> Ordinanza del DATEC del 18 luglio 2002 sull'esenzione dall'assoggettamento al diritto sugli acquisti pubblici, RS 172.056.111.

<sup>9</sup> Ordinanza del 24 ottobre 2012 concernente l'organizzazione degli acquisti pubblici dell'Amministrazione federale, RS 172.056.15.

<sup>10</sup> RS 172.056.5

<sup>11</sup> Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno, RS 943.02.

<sup>12</sup> Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza, RS 251.

di numerosi interventi parlamentari. A tale proposito, va menzionata in particolare la mozione Jenny<sup>13</sup>, nel frattempo tolta di ruolo. Nel suo parere del 21 novembre 2001 il Consiglio federale ha ammesso per la prima volta la necessità di intervenire tramite una revisione del diritto in materia di appalti. Anche il rapporto del 14 marzo 2002<sup>14</sup> del Controllo parlamentare dell'amministrazione sul settore svizzero degli appalti 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 mese di maggio del 2008 il Consiglio federale ha quindi indetto una procedura di consultazione relativa a un avamprogetto di revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici (qui di seguito AP-LAPub 2008). La proposta di uniformare parzialmente il diritto svizzero in materia di acquisti pubblici che vi era contenuta è stata accolta favorevolmente dalla maggioranza delle associazioni economiche, ma respinta da tutti i Cantoni. Il 17 giugno 2009, dopo aver analizzato i pareri pervenuti<sup>15</sup> e in considerazione dei ritardi subiti dalla revisione del GPA, il Consiglio federale ha deciso di seguire una procedura a tappe:

- i lavori di revisione totale della LAPub sono stati sospesi fino a quando ci fosse chiarezza sul GPA riveduto;
- 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'OAPub 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 per il tramite di 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 preimplicazione); queste disposizioni non hanno in genere suscitato opposizioni nella procedura di consultazione sull'AP-LAPub 2008;
- nel quadro del messaggio del 19 maggio 2010<sup>16</sup> concernente la modifica della legge federale sugli acquisti pubblici (Effetto sospensivo dei ricorsi) è stata 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 un impiego economico dei fondi pubblici e continuare a garantire sufficienti possibilità di 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 attuali legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni presentano differenze, soprattutto nei seguenti settori<sup>17</sup>: campo d'applicazione a livello materiale e di persone, valori soglia, esigenze relative ai bandi, criteri di selezione (distinzione tra criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione e loro ponderazione), trattative sui prezzi (ammesse dalla Confederazione, ma non dai Cantoni; importanza del criterio del prezzo), esclusione da procedure in corso e da procedure future, presa in considerazione di criteri estranei all'aggiudicazione, ad esempio di criteri motivati dalla politica sociale, e in generale motivazioni dell'aggiudicazione.

Attualmente il valore soglia per i beni e le prestazioni di servizio a partire dal quale deve essere indetto un bando di concorso è di 350 000 franchi nei Cantoni e di 230 000 franchi presso la Confederazione. Se il diritto cantonale prevede l'impugnazione delle aggiudicazioni al di sotto del valore soglia (cfr. l'art. 9 cpv. 2 LMI), a livello di Confederazione non esistono rimedi giuridici per quanto concerne gli «altri acquisti». Diversamente dalla Confederazione i Cantoni fanno inoltre una distinzione tra ramo principale e ramo secondario della costruzione e seguono la tradizione dell'apertura pubblica delle offerte, ma non conoscono il dialogo.

Simili differenze aumentano la complessità del sistema degli appalti e generano quindi incertezze nei partecipanti alla procedura. Da anni le piccole e medie imprese (PMI), ma non soltanto esse, rammentano reiteratamente, 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 amministrativo. Un'ulteriore conseguenza di questa diversità di regolamentazioni è l'assenza di una giurisprudenza uniforme dei tribunali competenti. Dall'entrata in vigore della legge sul Tribunale federale (LTF)<sup>18</sup> sussiste nondimeno la via del Tribunale federale come ultima istanza 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 Consiglio federale ha adottato il GPA 2012 con la riserva della sua approvazione da parte del Parlamento. 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. il n. 1.1.1).

Nel corso degli ultimi anni si è diffusa l'idea di armonizzare, per quanto possibile e sensato e nell'interesse dell'economia svizzera, le basi legali della Confederazione e dei Cantoni relative agli appalti pubblici. Da parte del Parlamento sono pervenute diverse richieste di revisione del pertinente diritto (cfr. il n. 1.1.4). Ne è un esempio attuale la mozione Bourgeois<sup>19</sup>, che incarica il Consiglio federale di provvedere, in collaborazione con i Cantoni, ad armonizzare per quanto possibile la legislazione federale e cantonale sugli acquisti pubblici nell'ambito della prossima revisione.

La LAPub e l'OAPub sono peraltro state oggetto di diverse revisioni parziali, tuttavia i contenuti non sono sempre stati inseriti in coerenza con il livello normativo. Essi sono divenuti relativamente confusi e talvolta difficilmente leggibili. L'armonizzazione delle

<sup>13</sup> Mozione 01.3515, Abuso e arbitrio nell'aggiudicazione di commesse pubbliche di costruzioni (S 3.10.01, Jenny).

<sup>14</sup> Controllo parlamentare dell'amministrazione: Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Berna 2002.

<sup>15</sup> Cfr. il rapporto del DFF sui risultati della procedura di consultazione relativa alla revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici, consultabile all'indirizzo <http://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/1606/Ergebnis.pdf>.

<sup>16</sup> FF 2010 3569

<sup>17</sup> Cfr. Zufferey Jean-Baptiste, Étude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Friburgo 2003.

<sup>18</sup> Legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale, RS 173.110.

<sup>19</sup> Mozione 12.3577, Programmi volti a incrementare l'efficienza energetica. Prendere in considerazione i posti di lavoro creati in Svizzera (N 14.06.12, Bourgeois).

legislazioni sugli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni deve permettere agli offerenti, in particolare a quelli del settore delle PMI, di districarsi nei testi di legge.

Il 2 luglio 2014 il Consiglio federale ha 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. il n. 1.2.1).

## **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 (raccomandazioni; DAAP) competono alla Conferenza svizzera dei direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e dell'ambiente (DCPA).

Nel mese di giugno del 2012 la CA e la DCPA hanno conferito a un gruppo paritetico denominato AURORA l'incarico di presentare proposte di revisione dei pertinenti atti legislativi della Confederazione e dei Cantoni. 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. Dal mese di ottobre del 2012 al mese di settembre del 2013, sotto la direzione del professor Hans Rudolf Trüeb, sono stati elaborati in base al GPA 2012 i progetti di adeguamento della legislazione federale e del CIAP. Nell'ambito di un'indagine conoscitiva i diversi gruppi di interessati e specialisti hanno avuto la possibilità di presentare le loro richieste. Queste sono state prese in considerazione nella misura del possibile.

In seno al gruppo di lavoro e unitamente ad altri specialisti sono anche stati oggetto di discussione i vantaggi e gli svantaggi di una protezione giuridica nel caso di valori soglia inferiori a quelli stabiliti dall'Accordo, come pure la possibilità di negoziazione. Il 20 dicembre 2013 il gruppo di lavoro AURORA ha adottato un primo testo di atto legislativo e un rapporto, successivamente completato puntualmente nel quadro di un comitato redazionale congiunto.

Questi lavori preliminari costituiscono la base del presente avamprogetto (AP). Le procedure legislative a livello federale e cantonale seguono percorsi separati. La procedura di consultazione relativa al progetto di revisione del CIAP è stata svolta nel quarto trimestre del 2014. Dato che si attribuisce grande priorità agli sforzi volti all'armonizzazione parallela delle legislazioni nazionali sugli appalti pubblici e al fine di poter analizzare e paragonare i risultati delle relative procedure di consultazione, nei settori da armonizzare l'avamprogetto di LAPub e il progetto di revisione del CIAP sono ampiamente identici sotto il profilo materiale. Sussistono differenze riguardo ai temi che per la Confederazione e i Cantoni sono già diversamente disciplinati nel GPA 2012 (come il campo d'applicazione soggettivo) o alle disposizioni che sono rilevanti unicamente per la Confederazione (ad es. la regolamentazione d'eccezione relativa all'aiuto allo sviluppo secondo l'art. 12 cpv. 1 lett. h AP-LAPub). Un'altra differenza concerne il diritto di ricorso delle autorità, segnatamente della Commissione della concorrenza (COMCO), retto dalla LMI, che il Consiglio federale intende mantenere. Nella consultazione effettuata all'interno dell'Amministrazione federale prima dell'indizione della procedura di consultazione sono state presentate dalle unità amministrative diverse richieste che nell'avamprogetto non sono state prese in considerazione al fine di ottenere dalle consultazioni svoltesi a livello di Confederazione e Cantoni risultati per quanto possibile comparabili. Non appena i risultati delle procedure di consultazione sul CIAP e sull'avamprogetto di LAPub saranno disponibili e analizzati, i predetti risultati e le richieste presentate nella consultazione all'interno dell'Amministrazione federale saranno valutati congiuntamente nell'ambito di un ulteriore ciclo di trattative fra Confederazione e Cantoni. Su questa base i testi normativi da armonizzare saranno rivisti dal punto di vista materiale e redazionale e saranno elaborate soluzioni adeguate per il disegno da sottoporre al Parlamento. Nel quadro di questi lavori si presterà grande attenzione all'armonizzazione materiale delle norme sugli appalti pubblici. Si prevede pure di discutere di una nuova clausola d'eccezione concernente gli aspetti di sicurezza: si tratta concretamente di completare l'attuale 3 capoverso 1 lettera e LAPub aggiungendo l'elemento della sicurezza civile.

### **1.2.2 Obiettivi dell'avamprogetto di una nuova legge sugli appalti pubblici**

#### **Attuare il GPA 2012**

Con la presente proposta di revisione si intende attuare in misura possibilmente tempestiva 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 della procedura – sono mantenuti. L'avamprogetto accorda particolare attenzione alle misure contro la collusione e la corruzione. Viene inoltre estesa notevolmente la protezione giuridica per quanto riguarda l'aggiudicazione.

#### **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 del diritto è infatti emersa la necessità di chiarire determinati elementi e definizioni.

La LAPub è stata completata con definizioni e la sua terminologia adeguata in base al GPA 2012. L'avamprogetto contiene un catalogo esaustivo di definizioni (art. 2 lett. a–o AP-LAPub), che si fonda sull'articolo I GPA 2012. In particolare la nuova regolamentazione del campo d'applicazione soggettivo (art. 4 seg. AP-LAPub) e la definizione di «commessa pubblica» (art. 8 AP-LAPub) servono a chiarire talune questioni di assoggettamento (ad es. in relazione alle concessioni e alle indennità).

Rispetto al GPA 1994 il GPA 2012 prevede un'altra struttura: definizioni, campo d'applicazione, eccezioni, principi, procedura, aggiudicazione, protezione giuridica ecc. L'avamprogetto riprende la nuova struttura del GPA 2012, corrispondente allo svolgimento di una procedura di aggiudicazione. L'avamprogetto consta di 65 articoli, ripartiti su nove capitoli. Le sue maggiori dimensioni rispetto alla LAPub in vigore (circa 30 articoli in più) sono riconducibili al fatto che importanti contenuti finora 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 dell'OAPub, come pure il diritto d'esame degli atti di cui all'articolo 5 OAPub. Ove necessario anche in futuro la legge riveduta sarà precisata 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 nell'ambito degli appalti di strumenti flessibili che consentano a loro volta la creazione di soluzioni innovative. In questo senso gli strumenti che l'OAPub prevede fin dal 2010 – come le aste elettroniche, le commesse successive, ma anche il dialogo tra committenti e offerenti e la possibilità di concludere contratti quadro (con procedura per l'aggiudicazione di singole commesse) – sono disciplinati formalmente nella legge. In futuro, in presenza di una concorrenza efficace, tutti i committenti settoriali – e non soltanto come finora quelli assoggettati in virtù dell'Accordo bilaterale – dovranno fruire della possibilità di essere esentati dall'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici. 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 o al CIAP, possano scegliere il diritto applicabile. In maniera analoga e per garantire un impiego ottimale delle risorse, anche nel caso dell'acquisto di infrastrutture nazionali sarà possibile stabilire il diritto in materia di appalti pubblici applicabile. Le norme proposte promuovono anche una gestione moderna degli appalti da parte degli enti pubblici (ad es. mediante snellimento dei processi interni e concentrazione ottimale del volume).

#### **Adeguare il diritto nazionale in materia di 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 e del Consiglio federale. L'attuazione del GPA 2012 nel diritto nazionale deve pertanto contribuire a un'armonizzazione del regime degli appalti pubblici di Confederazione e Cantoni e ciò corrisponde a una necessità espressa dall'economia nel quadro della procedura di consultazione del 2008 (cfr. il n. 1.1.4).

Diverse regolamentazioni che si sono dimostrate valide per la Confederazione, per i Cantoni o per entrambi sono state riprese nel presente avamprogetto di legge. Contribuisce all'armonizzazione delle fonti del diritto nazionale in materia di appalti pubblici l'introduzione nella legge federale del concetto di «settore dei trattati internazionali», finora usuale soprattutto a livello cantonale (art. 2 lett. 1 AP-LAPub).

Sono inoltre state proposte diverse novità relative alla protezione giuridica (art. 53 segg. AP-LAPub). La protezione giuridica deve essere unificata nel settore degli appalti pubblici mediante l'uniformazione delle norme relative alla motivazione e alla notificazione delle decisioni, dei motivi e dell'oggetto di ricorso, del termine di ricorso (20 giorni) e della regolamentazione dell'effetto sospensivo dei ricorsi. Dovranno inoltre essere armonizzati i valori soglia rilevanti ai fini della protezione giuridica, il che comporterà a livello di Confederazione una riduzione del «valore della controversia» nella procedura di aggiudicazione. In futuro la protezione giuridica sarà quindi garantita già a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi. In contropartita i Cantoni intendono ampliare la possibilità sancita nel CIAP di svolgere negoziazioni. Occorre evidenziare che l'estensione della protezione giuridica nel diritto federale non ha ripercussioni sui valori soglia determinanti per i bandi di concorso. Questi vengono mantenuti.

Il successo degli sforzi di armonizzazione dipenderà in misura significativa dal grado di attuazione tanto a livello di Confederazione quanto a livello di Cantoni delle proposte elaborate in comune a questi due livelli.

### **1.2.3 Principali novità**

L'avamprogetto di legge traspone in particolare nel diritto svizzero le disposizioni vincolanti del GPA 2012 e quindi anche degli accordi con Stati terzi rilevanti ai fini degli appalti pubblici. Vengono inoltre proposti principi e normative volti a uniformare a livello nazionale il diritto in materia di appalti pubblici in modo da garantire il funzionamento del mercato interno.

Oltre alle definizioni vanno menzionati tra le principali novità la chiarificazione delle questioni di assoggettamento (campo d'applicazione soggettivo), le commesse successive, l'inasprimento della regolamentazione concernente la conclusione dei contratti e il catalogo delle sanzioni, ad esempio nel caso di gravi violazioni delle disposizioni in materia di lotta contro la corruzione. A livello di legge vengono introdotti strumenti flessibili (quali il dialogo, il contratto quadro, l'aggiudicazione elettronica e la riduzione dei termini) e vi vengono integrate parti dell'OAPub in vigore. In caso di interruzione della procedura di aggiudicazione viene d'ora in poi sancito un obbligo di pubblicazione; in considerazione delle peculiarità di tale procedura la regolamentazione concernente la ricusa è inoltre adeguata rispetto a quella prevista nel diritto amministrativo generale per la procedura decisionale.

Per armonizzare le legislazioni federale e cantonali sugli appalti pubblici, la Confederazione intende estendere la protezione giuridica e garantirla in futuro già a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi. Per le commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali – sia perché i valori soglia determinanti non vengono raggiunti, sia perché si tratta di prestazioni di servizio non elencate nell'allegato 2 del presente avamprogetto – si propone una procedura semplice e rapida.

La revisione proposta contribuisce a chiarire, rendere flessibile e ad ammodernare il diritto in materia di appalti pubblici e a facilitarne l'attuazione. È inoltre pregevole il fatto che la prassi e la giurisprudenza affermate della Confederazione e dei Cantoni siano confluite nel nuovo avamprogetto. Tutte queste novità agevoleranno d'altra parte l'accesso al mercato da parte degli offerenti, rafforzando in tal modo la concorrenza e l'economicità. La revisione si prefigge del resto di mantenere ciò che si è dimostrato valido.

### **1.3 Stralcio di interventi parlamentari**

I seguenti interventi parlamentari sono tuttora pendenti e possono essere stralciati nell'ambito del presente avamprogetto di legge:

2014 P	14.3208	Lotta alla corruzione negli acquisti pubblici (S 20.03.14, 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 05.03.14, Graf)
2013 M	13.4278	Acquisto di apparecchi elettronici sostenibili a livello ecologico e sociale nei bandi pubblici (N 13.12.13, Rytz)
2012 M	12.3577	Programmi volti a incrementare l'efficienza energetica. Prendere in considerazione i posti di lavoro creati in Svizzera (lett. a) (N 14.06.12, Bourgeois)
2012 M	12.3914	Appalti pubblici nelle tre lingue ufficiali della Confederazione (N 28.09.12, de Buman)
2012 P	12.3910	Legge sugli acquisti pubblici. Per combattere le distorsioni (N 28.09.12, Darbellay)

2012 M 12.3739 Bandi della Confederazione. Equità tra le regioni linguistiche  
(N 19.09.12, Hodgers)

2004 M 04.3061 Formazione degli apprendisti quale criterio di aggiudicazione di commesse pubbliche  
(N 10.03.04, Galladé)

Le mozioni 14.3045, 12.3914, 12.3739 e il postulato 12.3910 sono attuati a livello di ordinanza.

**Capitolo 1: Scopo e definizioni****Art. 1 Scopo**

Il presente articolo dà un assetto sistematico sia agli scopi della legge che ai principi generali che devono essere osservati nell'ambito degli appalti pubblici. Questi principi sono: economicità – tenendo conto dello sviluppo sostenibile (lett. a), trasparenza (lett. b), parità di trattamento e non discriminazione degli offerenti (lett. c) e promovimento della concorrenza efficace tra gli offerenti (lett. d). La concorrenza efficace viene anzitutto promossa dal tipo e dalle modalità del bando. Si tratta in particolare di prevedere misure contro i patti di non concorrenza e la corruzione. A prescindere dai cartelli creati nell'ambito dei bandi, la corruzione è considerata un elemento importante di distorsione e di ostacolo alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici. La lettera d non modifica le leggi speciali, è piuttosto un complemento specifico del diritto in materia di appalti pubblici. Le delimitazioni risultano dalla prassi. Il GPA 2012 prevede segnatamente nel preambolo e nell'articolo IV:4 una base legale internazionale più incisiva per la lotta contro la corruzione.

Prendendo in considerazione lo sviluppo sostenibile nell'impiego economico dei fondi pubblici l'avamprogetto è in linea con la Costituzione federale<sup>20</sup> (art. 2 cpv. 2 Cost.) come pure con le direttive del Parlamento e del Consiglio federale. Anche il GPA 2012 menziona esplicitamente nell'articolo X:6 (in stretta correlazione con il principio di non discriminazione dell'art. X:1) la realizzazione di obiettivi di politica ambientale. Oltre a quello economico esso menziona unicamente l'aspetto ecologico dello sviluppo sostenibile, perché durante i lavori di revisione gli Stati membri non hanno raggiunto un consenso in merito al campo d'applicazione dell'aspetto sociale dello sviluppo sostenibile. Tenuto conto di questa assenza di consenso gli Stati membri del GPA hanno comunque concordato conformemente al mandato dell'articolo XXII:8 GPA 2012 l'avvio di un programma di lavoro sugli aspetti del concetto di sviluppo sostenibile rilevanti ai fini degli appalti pubblici. Nel quadro di questo programma di lavoro gli Stati membri dovranno verificare sulla base degli obblighi di non discriminazione dell'articolo IV GPA 2012 in quale misura lo sviluppo sostenibile – in relazioni ai suoi tre aspetti economico, ecologico e sociale – possa essere preso in considerazione nell'aggiudicazione di commesse pubbliche.

Il GPA 2012 si limita pertanto all'aspetto ecologico e a quello economico dello sviluppo sostenibile. Lo sviluppo sostenibile ai sensi dell'avamprogetto di legge va inteso in modo più ampio. Esso è delineato nella Strategia per uno sviluppo sostenibile 2012–2015 del Consiglio federale. L'Esecutivo si è espresso in merito l'ultima volta nel 2012 affermando che la Confederazione deve dare il buon esempio nel comportamento di consumo «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»<sup>21</sup>. Già oggi i criteri ambientali figurano regolarmente nei bandi degli enti pubblici. Si tiene in particolare conto della «sostenibilità sociale» richiedendo nel caso delle prestazioni acquisite all'estero almeno il rispetto degli otto Accordi di base dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Affinché i criteri ambientali e sociali possano essere impiegati nei bandi, occorre sempre un riferimento concreto al pertinente appalto. Il fatto di tenere conto dello sviluppo sostenibile non deve determinare una discriminazione tra gli offerenti.

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 adeguato<sup>22</sup>. Il prezzo deve essere ogni volta integrato nella valutazione come criterio di aggiudicazione.

Il principio di trasparenza impone tra l'altro che il committente precisi e renda nota anticipatamente la ponderazione dei criteri di aggiudicazione<sup>23</sup>. L'avamprogetto contiene diverse disposizioni sulla trasparenza (ad es. art. 13 lett. d, art. 25 cpv. 5 AP-LAPub). Queste disposizioni riguardano quasi esclusivamente l'informazione attiva, ossia l'attività di informazione che l'autorità svolge spontaneamente o d'ufficio, e non hanno di norma alcuna influenza sull'informazione passiva (informazione su domanda). Sempreché non sia espressamente escluso nell'avamprogetto o nel commento, il diritto di accesso ai documenti ufficiali del settore degli appalti pubblici in virtù della legge sulla trasparenza (LTras)<sup>24</sup> si applica parallelamente alle diverse disposizioni concernenti l'informazione dell'autorità.

Il principio della parità di trattamento significa, da un canto, che non si possono imporre a un offerente svantaggi che non si applicano agli altri offerenti e, d'altro canto, che non gli possono essere accordati vantaggi che sono 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.

Le disposizioni sullo scopo servono all'interpretazione delle seguenti disposizioni materiali. L'ordine di elencazione dell'articolo 1 non significa che il primo principio enunciato abbia la priorità su quelli successivi. Tutti i principi meritano la medesima considerazione. I conflitti di obiettivi vanno risolti attraverso un confronto di tutti gli interessi e una ponderazione secondo l'ottimo paretiano. Si ha una ponderazione secondo l'ottimo paretiano qualora ogni sua modifica comportasse una riduzione complessiva dei vantaggi globali. Gli obiettivi della legge sono realizzati da altre disposizioni dell'avamprogetto (ad es. quelle sui requisiti relativi al bando, sulla pubblicazione e sulla protezione giuridica).

**Art. 2 Definizioni**

Il catalogo di definizioni legali, più ampio rispetto alla legge in vigore, è destinato 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, l'avamprogetto persegue un uso rigoroso di queste definizioni centrali del diritto in materia di appalti pubblici. Le definizioni sono state riprese in ampia misura dall'articolo I GPA 2012 e sono per quanto possibile precisate.

Si è rinunciato a inserirvi una definizione della commessa pubblica (cfr. in merito l'art. II GPA 2012); il campo d'applicazione oggettivo della legge è direttamente disciplinato dagli articoli 8 seguenti AP-LAPub.

*Let. e:* «documentazione del bando» è un termine generico. Esso non concerne unicamente la documentazione dei bandi pubblici (ossia gli acquisti nella procedura di pubblico concorso o nella procedura selettiva), ma anche i documenti relativi all'offerta nella procedura su invito.

<sup>20</sup> RS 101

<sup>21</sup> Strategia per uno sviluppo sostenibile 2012–2015, pag. 32.

<sup>22</sup> Cfr. DTAF B-822/2010 del 10 marzo 2010, consid. 4.2.

<sup>23</sup> Cfr. decisione 2003–032 della CA del 15 giugno 2014, consid. 3a; decisione della CA del 1° settembre 2000, pubblicata in GAAC 65.11, consid. 2a.

<sup>24</sup> Legge federale del 17 dicembre 2004 sul principio di trasparenza dell'amministrazione, RS 152.3.

*Let. f:* l'articolo I lettera f GPA 2012 descrive le aste elettroniche come processi iterativi in cui gli offerenti possono offrire prezzi più elevati o più bassi, mentre l'avamprogetto le designa come strumento (lett. f). Per *iterazione* si intende l'utilizzo reiterato della medesima funzione. Oltre al prezzo, altri criteri possono essere oggetto delle 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. termine più breve per la fornitura di beni). L'asta elettronica può facilitare la valutazione delle offerte (ad es. nel caso di beni standard). Le modalità, in particolare quali indicazioni minime devono essere rese note e quando come pure quando inizia e finisce l'asta, sono disciplinate dall'articolo 25 AP-LAPub. Le disposizioni relative all'autenticazione figurano nell'ordinanza.

*Let. g:* la definizione di «beni o prestazioni di servizio commerciali» (lett. g) corrisponde a quella dell'articolo I lett. a GPA 2012 e lascia spazio a una valutazione caso per caso. I beni o le prestazioni di servizio commerciali permettono di norma di realizzare un reddito (da attività lucrativa) oppure di generare una cifra d'affari. Se ad esempio acquista sistemi IT che servono a commercializzare dati in concorrenza con offerenti terzi, MeteoSvizzera esercita un'attività commerciale. Per gli acquisti che effettua nel quadro del mandato di prestazioni della Confederazione esso sottostà invece al diritto in materia di appalti pubblici.

*Let. h:* sono ad esempio imprese pubbliche la Posta svizzera SA, le Ferrovie federali svizzere (FFS) e la Alp Transit San Gottardo SA<sup>25</sup>.

*Let. k:* rientrano nelle autorità dello Stato ai sensi del presente avamprogetto di legge anche le «istituzioni di diritto pubblico». Nel diritto federale questa definizione è determinante ai fini dell'assoggettamento dei committenti settoriali. Conformemente alla definizione legale dell'Allegato 3 dell'Appendice I (Svizzera) del GPA 2012 essa comprende enti (i) creati per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale e che non hanno carattere industriale o commerciale, (ii) dotati di personalità giuridica e (iii) la cui attività è finanziata principalmente dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta a un controllo da parte di questi ultimi, o ancora il cui organo di amministrazione, di direzione o di sorveglianza è composto per più di metà da membri nominati dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico.

*Let. j:* la definizione di contratto quadro è basata sulla prassi e sulla dottrina attuali relative a una questione finora non disciplinata dalla legge ed è destinata a garantire una maggiore certezza del diritto. Le condizioni (prezzo ed eventualmente quantitativi) devono essere oggetto del contratto quadro. Se un committente aggiudica una commessa a più partner di un contratto quadro, sotto il profilo contrattuale si tratta di volta in volta di rapporti contrattuali bilaterali.

*Let. o:* questa definizione si estende a tutti i generi di commesse, ossia alle commesse di fornitura, alle commesse edili e alle commesse di prestazioni di servizio. Per motivi di chiarezza è opportuno rilevare che le definizioni di commessa e di committente qui utilizzate non sono identiche a quelle fornite negli articoli 394 seguenti del Codice delle obbligazioni (CO)<sup>26</sup>. In particolare i tipi di contratto possibili sono non soltanto le commesse ai sensi degli articoli 394 seguenti CO, ma anche i contratti di vendita, i contratti d'opera e 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, 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 bilaterale. Gli accordi fanno distinzione tra assoggettamento di unità amministrative centrali e subnazionali da un lato e committenti settoriali dall'altro.

L'Accordo bilaterale 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 per gli 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 settoriali. Il rapporto tra l'assoggettamento dei mercati settoriali secondo il GPA e quello secondo l'Accordo bilaterale è complesso e non è trasparente in tutti i suoi punti.

### **Art. 3 Principio**

Il campo d'applicazione della legge va oltre gli impegni internazionale derivanti dal GPA 2012, dagli accordi di libero scambio con Stati terzi e dall'Accordo bilaterale (settore dei trattati internazionali di cui all'art. 2 lett. 1 AP-LAPub). Sono estesi sia il campo d'applicazione soggettivo sia quello oggettivo. In questo senso sono assoggettati alla legge anche i beneficiari di aiuti finanziari della Confederazione se le prestazioni che acquistano sono finanziate con fondi pubblici in misura superiore al 50 per cento. Rientrano altresì nel campo d'applicazione della legge le commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali: sono quindi assoggettati ad esempio le prestazioni di servizio e le prestazioni edili che non sono enumerate negli Allegati 2 e 3 dell'avamprogetto, come pure tutti gli acquisti (beni, prestazioni di servizio, prestazioni edili) con un valore della commessa inferiore ai valori soglia stabiliti a livello internazionale. A queste commesse si applica tutta una serie di disposizioni particolari: è prevista la procedura su invito, ossia un tipo supplementare di procedura, e i requisiti relativi alla lingua e 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, nonostante l'introduzione del diritto di ricorso per le commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali, non è prevista un'ampia tutela giuridica contro le decisioni del committente.

L'introduzione di queste commesse nel regime di aggiudicazione del mercato interno è imposta dal diritto costituzionale. La libertà economica in particolare e l'obbligo della neutralità concorrenziale (art. 94 cpv. 1 e 4 Cost.) esigono una procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche trasparente e non discriminatoria. E questa la ragione per cui le commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali sono soggette già nel diritto in vigore a una regolamentazione dettagliata in materia di aggiudicazione (capitolo 3 OAPub). Questo regime viene mantenuto ma figura d'ora in poi nella legge, ossia a un livello normativo più consono.

### **Art. 4 Committenti**

<sup>25</sup> Cfr. DTAf B-4902/2013 del 14 marzo 2014, consid. 1.1.

<sup>26</sup> RS 220

L'assoggettamento soggettivo è determinato dalla definizione legale di «committente». Il GPA 2012 disciplina in maniera differenziata l'assoggettamento della Confederazione e dei Cantoni. Le autorità di aggiudicazione cantonali come pure le autorità a livello di distretti e di Comuni sono oggetto di un assoggettamento generale e astratto.

#### *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 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (OLOGA)<sup>27</sup>. L'enumerazione delle unità amministrative assoggettate al GPA 1994 era esaustiva<sup>28</sup>, 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 (PUBLICA), l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA), la Regia federale degli alcool (RFA), ma anche le scuole politecniche federali di Losanna (EPFL) e di Zurigo (EPFZ), l'Istituto Paul Scherrer (PSI), Svizzera Turismo (ST), l'Assicurazione svizzera contro i rischi delle esportazioni (SERV) e lo Swiss Investment Fund for Emerging Markets (SIFEM SA). I rinvii al diritto interno, ossia i rinvii da un atto legislativo interno a un altro – come nella fattispecie alla legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA)<sup>29</sup> – 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 legge e che non erano ancora elencate negli allegati dell'OLOGA.

Fatte salve le norme di leggi speciali, la legge si applica non soltanto alle unità amministrative centrali e decentralizzate, ma a tutte le autorità che emanano o applicano il diritto (lett. b–d). L'eccezione riguardante i tribunali militari (lett. b) è dovuta al fatto che questi tribunali sono formazioni militari facenti parti dell'esercito e al fatto che rispetto ai tribunali civili non dispongono di sedi fisse né di servizi d'acquisto, ma ottengono le loro prestazioni per il tramite di diverse unità amministrative della Confederazione. Di conseguenza, gli appalti dei tribunali militari competono ad altre autorità di aggiudicazione già assoggettate alla legge (ad es. i servizi centrali d'acquisto).

Sebbene non esista un corrispondente obbligo di diritto internazionale, d'ora in poi anche i beneficiari di aiuti finanziari della Confederazione saranno assoggettati alla legislazione sugli appalti (lett. e). Essi divengono tuttavia committenti ai sensi dell'AP-LAPub soltanto se acquistano merci, prestazioni di servizio o prestazioni edili finanziate per oltre la metà con fondi pubblici. Il CIAP conosce una normativa analoga, ragione per cui a oggetti e prestazioni sovvenzionati con fondi pubblici per oltre il 50 per cento dei costi complessivi si applica il diritto cantonale in materia di appalti pubblici (art. 4 cpv. 3 lett. b progetto CIAP). Per facilitare l'applicazione e in particolare la delimitazione di queste disposizioni, l'assoggettamento secondo l'AP-LAPub avviene a titolo sussidiario, ossia soltanto se il CIAP non è applicabile.

#### *Cpv. 2*

L'assoggettamento dei mercati settoriali è disciplinato in modo uniforme per la Confederazione e i Cantoni a livello sia di GPA sia di Accordo bilaterale. 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.

I servizi postali occupano una posizione particolare. Questo settore concerne unicamente il livello Confederazione (GPA); l'Accordo bilaterale 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 (art. 2 cpv. 1 lett. d LAPub). Nella prassi questa regolamentazione pone in parte difficili questioni di delimitazione, in particolare per quanto riguarda gli 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, conformemente alla sistematica il presente avamprogetto colloca il loro assoggettamento nell'ambito dei committenti settoriali (lett. e). 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 sulle poste (LPO)<sup>30</sup> 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 AP-LAPub se intende acquistare ad esempio 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 le commesse di fornitura, di prestazioni di servizio e le commesse edili sono immediatamente destinate 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.

La lettera f riguarda i trasporti ferroviari: in questo settore saranno assoggettati alla legge in particolare le FFS, le imprese detenute in maggioranza dalle FFS (come la Alp Transit San Gottardo SA) e altri operatori ferroviari sotto l'influenza predominante della Confederazione (ad es. la Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG). L'elemento fattuale determinante sarà la costruzione e l'esercizio di strade ferrate. Le attività delle imprese assoggettate non direttamente correlate a questi settori saranno escluse dal campo di applicazione della legge. Occorrerà verificare di volta in volta se l'appalto è in relazione diretta o indiretta con i trasporti ferroviari. Anche gli offerenti di prestazioni relative ai trasporti ferroviari sottostanno al diritto in materia di appalti pubblici se le attività in questione sono direttamente legate al settore dei trasporti<sup>31</sup>. È data segnatamente relazione diretta con il settore dei trasporti in caso di costruzione e di esercizio dell'infrastruttura ferroviaria, di acquisto e manutenzione di rotaie e di materiale rotabile come pure di acquisti concernenti il settore classico delle stazioni ferroviarie (atrio della stazione, sala d'aspetto, biglietteria, distributori automatici di biglietti ecc.). Non vi è invece relazione diretta nel caso ad esempio dell'utilizzazione commerciale da parte di terzi di parti della stazione ferroviaria oppure se le FFS acquistano beni e prestazioni di servizio per la loro agenzia di viaggi RailAway.

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

L'assoggettamento dei mercati settoriali è previsto con la riserva che non vi sia concorrenza nel settore di attività interessato. Mentre il GPA 2012 utilizza l'espressione «libera concorrenza» e l'Accordo bilaterale esclude l'assoggettamento sempre che altre imprese

<sup>27</sup> RS 172.010.1

<sup>28</sup> Cfr. DTAF B-6177/2008 del 20 ottobre 2008, consid. 3.

<sup>29</sup> Legge del 21 marzo 1997 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione, RS 172.010.

<sup>30</sup> Legge del 17 dicembre 2010 sulle poste, RS 783.0.

<sup>31</sup> Cfr. decisione della CA 2003–021 del 5 novembre 2003, consid. 1 seg.

siano libere di offrire le medesime attività «nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente identiche», l'avamprogetto si fonda sul concetto di «concorrenza efficace» in linea con la terminologia della legislazione sui cartelli. Se le loro attività sono esposte a una concorrenza efficace, i committenti settoriali non sottostanno al diritto in materia di appalti pubblici. In caso di concorrenza efficace il Consiglio federale può esentare integralmente o parzialmente gli appalti su questi mercati dall'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici (procedura di esenzione secondo l'art.7 AP-LAPub).

La presenza o no di concorrenza deve essere stabilita in base ai criteri indicativi che il Comitato degli appalti pubblici dovrà definire in applicazione dell'articolo XIX:8 lettera b GPA 2012. Sarebbe pregiudizievole alla certezza del diritto se in futuro ogni committente dovesse decidere autonomamente se è data concorrenza efficace nel proprio settore di attività. 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. È ovvio che i futuri criteri indicativi – attualmente oggetto di trattativa sotto la direzione dell'UE – saranno messi a disposizione della COMCO a titolo di guida. Nell'avamprogetto viene quindi mantenuta una procedura formale di esenzione. I committenti settoriali e le attività già esentate dall'assoggettamento in virtù della legislazione in vigore rimarranno esentati anche in futuro. Non è necessaria una nuova procedura di esenzione.

Il *capoverso 3* corrisponde all'articolo 2d OAPub e ha un fine di chiarificazione. Le prescrizioni del diritto in materia di appalti pubblici si applicano anche ai terzi che effettuano acquisti in rappresentanza o su mandato di un committente. La legge non può essere elusa né attraverso l'impiego di un servizio (centrale) d'acquisto né con lo scorporo di questi lavori a terzi.

## **Art. 5 Diritto applicabile**

Nell'ambito del diritto applicabile si pone tra l'altro la questione dei bandi di concorso concernenti la ricerca e la scelta di investitori privati, ad esempio in caso di «Public Private Partnership» (PPP). PPP designa di norma la collaborazione partenariale tra enti pubblici e attori economici privati con l'obiettivo di adempiere compiti pubblici<sup>32</sup>. L'applicabilità della legislazione sugli appalti pubblici ai progetti PPP non è determinata ad esempio dalla procedura di finanziamento degli appalti, ma va valutata di caso in caso, in particolare sulla base dei contratti da concludere<sup>33</sup>. 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.

### *Cpv. 1 e 2*

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 dal punto di vista della sistematica. Di norma si applica il diritto del luogo in cui ha sede il committente principale. Il committente principale è stabilito in funzione di criteri monetari. 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. 3 e 4*

La scelta del diritto applicabile prevista dai capoversi 3 e 4 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 AG o Kernkraftwerk Leibstadt AG. Al fine di garantire la certezza giuridica la scelta del diritto applicabile deve essere fatta non caso per caso, ma 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.

### *Cpv. 5*

Diversi atti legislativi settoriali della Confederazione contengono prescrizioni specifiche sul diritto in materia di aggiudicazioni applicabile, ad esempio l'articolo 8 della legge federale sullo sviluppo futuro dell'infrastruttura ferroviaria (LSIF)<sup>34</sup>, l'articolo 38 seguente dell'ordinanza sulle strade nazionali (OSN)<sup>35</sup>, l'articolo 15 capoverso 2 dell'ordinanza sui miglioramenti strutturali (OMSt)<sup>36</sup> o l'articolo 3a della legge sull'approvvigionamento elettrico (LAEI)<sup>37</sup> per l'aggiudicazione di concessioni in relazione alla rete di trasporto e di distribuzione. Queste norme di conflitto fondate su leggi speciali prevalgono sulle disposizioni generali dell'articolo 5 AP-LAPub.

## **Art. 6 Offerenti**

### *Cpv. 1*

Nel quadro degli impegni di diritto internazionale, segnatamente dell'apertura al mercato prevista dal GPA 2012, dall'Accordo bilaterale e dagli accordi con Stati terzi rilevanti ai fini degli appalti, questo capoverso concede agli offerenti esteri un accesso equivalente al mercato svizzero.

### *Cpv. 2*

La riserva della reciprocità del capoverso 2 corrisponde alla regolamentazione attuale dell'articolo 4 LAPub. L'accesso al mercato si estende nella sola misura degli impegni reciproci assunti. Come nella legislazione in vigore è fatta salva la contro-eccezione della legge sul transito alpino (LTAIp)<sup>38</sup>.

### *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, la Confederazione (SECO) è incaricata di tenere un elenco indicativo degli Stati che accordano la reciprocità. L'elenco sarà aggiornato regolarmente e pubblicato. Esso enumera in particolare i Paesi con i quali la Svizzera ha concluso accordi in materia di appalti pubblici. Queste informazioni sono poi collegate da un link elettronico ai pertinenti accordi e allegati. L'ordinanza ne disciplina i dettagli.

<sup>32</sup> Cfr. Associazione PPP Svizzera, Allgemeine Fragen zum PPP-Modell. Consultabile all'indirizzo [www.ppp-schweiz.ch/faq/](http://www.ppp-schweiz.ch/faq/).

<sup>33</sup> Cfr. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>a</sup> ediz., Zurigo, 2013. N. marg. 270 segg.

<sup>34</sup> RS 742.140.2

<sup>35</sup> RS 725.111

<sup>36</sup> RS 913.1

<sup>37</sup> RS 734.7

<sup>38</sup> RS 742.104

## Art. 7 Esenzione dei committenti settoriali

### Cpv. 1

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). Essa era finora a disposizione soltanto dei committenti ai sensi degli articoli 2a OAPub e 4 capoverso 2 lettera c<sup>bis</sup> CIAP, ossia dei committenti assoggettati all'Accordo bilaterale. 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 viga una concorrenza efficace. L'Organo intercantonale per gli appalti pubblici (Oiap) dispone di un diritto di richiesta e di consultazione. I mercati settoriali e i committenti che vi operano sono già esentati dall'assoggettamento in virtù del diritto in vigore e 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 che operano su 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 bilaterale, dall'altra. Se un settore di attività è esentato dall'assoggettamento su richiesta di un committente, tale esenzione deve valere pure per gli altri committenti che operano nel medesimo settore, anche se essi non partecipavano alla procedura (efficacia *erga omnes*).

L'esenzione dall'assoggettamento ha effetto soltanto alla fine della procedura ai sensi dell'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 e 3

Il significato di «concorrenza efficace» va desunto dalla prassi della COMCO. Oltre ai Cantoni e alle cerchie economiche interessate, il Consiglio federale deve pertanto consultare la COMCO nell'ambito della procedura di esenzione. Al riguardo si devono prendere in considerazione i criteri indicativi che il Comitato degli appalti pubblici dell'OMC sta elaborando in base all'articolo XIX:8 lettera b GPA 2012.

Ai fini della regolamentazione della procedura di esenzione il Consiglio federale deve consultare l'Oiap.

## Sezione 2: Campo d'applicazione oggettivo

L'espressione «commessa pubblica» 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: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 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 non sia superiore al valore soglia secondo le appendici dei Paesi.

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.

L'articolo 2 capoverso 1 numero 5 della Direttiva 2014/24/UE<sup>39</sup> reca la seguente definizione: «Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: ... «appalti pubblici»: contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi». Questa definizione confonde i diversi generi di commesse con la questione fondamentale di capire quando si tratta di una commessa pubblica. Per motivi legati alla sistematica questi due temi devono essere mantenuti distinti.

## Art. 8 Commessa pubblica

### Cpv. 1

Una commessa pubblica è un'operazione mediante la quale gli enti pubblici si procurano contro pagamento i beni e i servizi come pure le prestazioni di cui necessitano per adempiere i loro compiti. La prestazione acquistata deve consentire al committente pubblico di adempiere o di facilitare l'adempimento di un compito pubblico che gli è stato assegnato. I committenti pubblici ai sensi della presente legge sono le unità amministrative, le autorità e le imprese che acquistano una prestazione, trasferiscono un compito pubblico o rilasciano una concessione (cfr. l'art. 4 AP-LAPub). Nell'ambito del commento, servizio di aggiudicazione e servizio d'acquisto sono talvolta utilizzati come sinonimi.

Al posto dell'espressione «acquisto pubblico» o «operazione di acquisto» si usa perlopiù l'espressione «commessa pubblica» in linea con il diritto europeo. Essa non coincide tuttavia con l'espressione di commessa ai sensi del Codice delle obbligazioni.

Il primo elemento della definizione è l'«*adempimento di un compito dello Stato*». Sono compiti dello Stato tutti i compiti che quest'ultimo deve adempiere in virtù di 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 pubblici<sup>40</sup>. Una particolarità talvolta apparentata con la Public Private Partnership è costituita dai cosiddetti contratti di sponsoring. Se e in quale misura i contratti di sponsoring debbano essere qualificati come commesse pubbliche va valutato in funzione del contenuto concreto del contratto, come nel caso delle Public Private Partnership. Oltre a valutare se l'obiettivo è una commessa pubblica, occorre verificare se con questa transazione intenzionale si interferisce nella concorrenza fra offerenti e quali altre disposizioni (di leggi speciali) limitano l'apprezzamento delle autorità nella loro scelta.

Sottostanno alla legge soltanto i *contratti caratterizzati dalla remuneratività*. Questa circostanza va precisata sotto due aspetti: da un canto, 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. D'altro canto, la controprestazione (valutabile in denaro) non deve necessariamente essere fornita dal committente. Anche l'indennità ricevuta da un terzo e in relazione diretta con la commessa pubblica adempie i requisiti della remunerazione.

Deve comunque sempre esistere un *rapporto di scambio* (sinallagma) in cui il committente pubblico è l'acquirente della prestazione. I contratti unilaterali come le donazioni o i contratti bilaterali incompleti come il comodato non costituiscono commesse pubbliche.

<sup>39</sup> 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, GU L 94 del 28.3.2014, pag. 65.

<sup>40</sup> Cfr. in particolare sentenza del TF 2C\_198/2012 del 16 ottobre 2012.

Si può infine parlare di commessa pubblica soltanto se il committente *acquista la prestazione caratteristica*, non però quando la mette a disposizione. È sempre caratteristica la prestazione che viene remunerata (con denaro o vantaggi valutabili in denaro). Non è invece necessario che il committente pubblico utilizzi personalmente la prestazione caratteristica così acquistata. L'utilizzazione da parte di terzi (beneficiari del compito statale) non modifica la qualifica di commessa pubblica. Detto in parole semplici nel caso degli appalti pubblici si tratta di «acquisti dello Stato».

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

#### *Cpv. 2*

La questione se l'aggiudicazione di concessioni debba essere sottoposta al diritto in materia di appalti pubblici è complessa e oggetto di controversie. Diversamente dalle «concessioni edili» – segnatamente assoggettate nell'UE e negli Stati dell'AELS (tranne in Svizzera e Corea) – le cosiddette «concessioni di prestazioni di servizio» non sono assoggettate né dal GPA 1994, né dal GPA 2012. Nell'ottica degli impegni internazionali della Svizzera non esiste alcun obbligo di assoggettamento dell'aggiudicazione di concessioni. Nell'ipotesi che la Svizzera intenda introdurre un giorno una concessione edilizia, la sua aggiudicazione nei confronti degli Stati menzionati qui sopra dovrebbe essere oggetto di un bando pubblico (conformemente al pertinente Allegato 6 del GPA la Svizzera fruisce già esplicitamente della reciprocità).

Le concessioni hanno molteplici aspetti, poiché non esiste un unico tipo di concessione. Se concernono un compito dello Stato, esse sono assoggettate al diritto in materia di appalti pubblici. Poco importa al riguardo se vengono trasferiti monopoli legali o anche semplicemente compiti riservati allo Stato e se questi sono ad esempio finanziati tramite indennità o in altro modo (ma non con aiuti finanziari ai sensi della legge sui sussidi<sup>41</sup>). In questa disposizione non ci si riferisce a qualsivoglia interesse pubblico diffuso, bensì a 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, la politica sociale o la sanità. Se ad esempio lo Stato è tenuto per legge a favorire il reinserimento dei disoccupati nella vita attiva (ad es. mediante provvedimenti inerenti al mercato del lavoro) e incarica terzi dell'adempimento di questo compito finanziandolo con le risorse dell'assicurazione contro la disoccupazione, per il trasferimento di questo compito dello Stato deve essere indetto un bando pubblico secondo le norme del diritto in materia di appalti pubblici. Ciò consente la concorrenza fra gli offerenti di siffatte prestazioni e garantisce una gestione economica delle risorse dell'assicurazione contro la disoccupazione.

Le concessioni che non sono in relazione con l'adempimento di un compito dello Stato (ad es. le concessioni di utilizzazione speciale) non sono assoggettate. A tale proposito, per i Cantoni e i Comuni l'obbligo di svolgere un concorso secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI sarà valido anche in futuro. Neppure per quanto riguarda le concessioni di monopoli e le concessioni di 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. Di conseguenza le norme fondate su leggi speciali prevalgono e sono fatte salve (cfr. ad es. l'art. 3a LAEI<sup>42</sup> e gli art. 38 segg. LUF<sup>43</sup>). Ad esempio l'articolo 6 della legge sulle ferrovie<sup>44</sup> non prevede l'obbligo di indire un bando per le concessioni d'infrastruttura. Anche la legge sul trasporto di viaggiatori<sup>45</sup> 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). Nei casi in cui si svolge 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 telecomunicazioni e riguardano il rilascio di una concessione di radiocomunicazione secondo l'articolo 24 LTC<sup>46</sup> come pure la delega a terzi della gestione e l'attribuzione di determinati elementi di indirizzo secondo l'articolo 28 capoverso 2 LTC. Con la presente revisione del diritto in materia di appalti pubblici vengono, per quanto possibile, disciplinate esplicitamente anche le eccezioni previste da leggi speciali (cfr. l'art. 63 AP-LAPub).

## **Art. 9 Generi di commesse**

### *Cpv. 1*

Le commesse pubbliche ai sensi della presente legge sono le commesse edili, le commesse di fornitura e le commesse di prestazioni di servizio. Questa suddivisione è già presente nella LAPub, nel CIAP e nelle DAAP. La LAPub in vigore menziona l'aggiudicazione di commesse di fornitura, di servizi e di costruzioni già nell'articolo relativo allo scopo. Le prestazioni concrete oggetto delle commesse di forniture, delle commesse edili e delle commesse di prestazioni di servizio nel settore dei trattati internazionali sono definite negli allegati 1, 2 e 3 della legge (cpv. 3). Se la commessa combina prestazioni edili e prestazioni di servizio – come nel caso dei contratti di appalto globale o generale – l'intera commessa pubblica va qualificata come prestazione edile.

### *Cpv. 2*

Per prestazioni miste si intendono le commesse pubbliche che constano di generi diversi di commesse di cui all'articolo 9 AP-LAPub. I contratti relativi a progetti IT ne sono un esempio. La qualifica di prestazioni miste è rilevante per la determinazione del valore soglia (cfr. l'art. 10 AP-LAPub). Conformemente alla teoria dell'elemento prevalente sviluppata dalla giurisprudenza, anche nel caso di una prestazione mista occorre definire la natura dell'appalto globale in funzione della prestazione parziale prevalente dal punto di vista finanziario<sup>47</sup>. Al divieto di suddivisione di cui all'articolo 17 capoverso 2 AP-LAPub corrisponde simmetricamente il divieto di mescolare e raggruppare le commesse. In questo senso non è ammesso acquistare beni e prestazioni di servizio assoggettati al diritto in materia di appalti pubblici invocando le eccezioni di cui all'articolo 12 AP-LAPub se l'intento è eludere la legge. L'esistenza di un fine illecito da parte del committente non è un presupposto necessario.

### *Cpv. 3*

<sup>41</sup> Legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità, RS 616.1.

<sup>42</sup> Legge del 23 marzo 2007 sull'approvvigionamento elettrico, RS 734.7.

<sup>43</sup> Legge federale del 22 dicembre 1916 sull'utilizzazione delle forze idriche, RS 721.80.

<sup>44</sup> Legge federale del 20 dicembre 1957 sulle ferrovie, RS 742.101.

<sup>45</sup> Legge federale del 20 marzo 2009 sul trasporto di viaggiatori, RS 745.1.

<sup>46</sup> Legge del 30 aprile 1997 sulle telecomunicazioni, RS 784.10.

<sup>47</sup> Cfr. decisione della CRM 1997-015 (GAAC 63.15), consid. 1d; decisione della CRM 2001-007 (GAAC 66.5), consid. 2a; decisione della CRM 2003-025 del 16 dicembre 2003, consid. 1; decisione della CRM 2005-004 dell'11 agosto 2005, consid. 2a/bb; DTAF B-5084/2007 del 28 ottobre 2008, consid. 1.2; DTAF B-1773/2008 del 25 settembre 2008, consid. 4.3; DTAF B-1470/2010 del 29 settembre 2010, consid. 1.3.

Nel settore dei trattati internazionali sottostanno alla presente legge le commesse secondo gli Allegati 1–3, fermo restando che l'Allegato 1 contiene l'elenco positivo dei materiali per la difesa e la sicurezza. L'Allegato 1 lettera a non riguarda soltanto i committenti militari, ma anche i committenti incaricati della sicurezza (ad es. le guardie di confine, le autorità doganali) e assoggetta alla legge tutti i beni che non vengono acquistati da simili committenti. L'Allegato 2 contiene l'elenco positivo delle prestazioni di servizio e l'Allegato 3 l'elenco positivo delle prestazioni edili. Questi allegati corrispondono agli Allegati 4, 5 e 6 dell'Appendice I (Svizzera) del GPA 2012.

Rientrano nel settore dei trattati internazionali esclusivamente le prestazioni di servizio menzionate nell'elenco positivo. Ad esempio le prestazioni informatiche sono assoggettate alla legge (classificazione CPC 84), mentre le prestazioni concernenti il personale a prestito (classificazione CPC 872) non lo sono anche se sono effettuate nel settore informatico<sup>48</sup>. Le prestazioni di servizio non elencate devono pertanto essere oggetto di un bando conformemente alle norme applicabili alle aggiudicazioni all'infuori del settore dei trattati internazionali. Se per questi appalti il diritto in vigore<sup>49</sup> non prevede rimedi giuridici, questi saranno garantiti in futuro dal presente avamprogetto. La condizione per ricorrere a tali rimedi giuridici (procedura semplice e rapida) è un valore della commessa a partire da 150 000 franchi

## **Art. 10 Valori soglia**

### *Cpv. 1*

I valori soglia nel settore dei trattati internazionali sono indicati negli Allegati 1, 2 e 3 (settori) dell'Appendice I (Svizzera) del GPA 2012 e nell'articolo 3 capoverso 4 dell'Accordo bilaterale, come pure negli allegati agli accordi concernenti l'accesso al mercato conclusi con Stati terzi. In futuro i valori soglia saranno pubblicati in una nuova ordinanza sui valori soglia nel settore degli appalti pubblici (ordinanza sui valori soglia, OVS). Essa sostituirà l'attuale ordinanza del DEFR sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici<sup>50</sup> e fornirà in maniera analoga all'allegato del CIAP una panoramica dei valori soglia rilevanti per la scelta della procedura di aggiudicazione.

Gli Stati contraenti possono prevedere valori soglia inferiori, ma non possono stabilire valori soglia superiori a quelli fissati negli accordi internazionali. La legge (con le limitazioni contenute nelle pertinenti disposizioni) si applica anche agli appalti al di sotto dei valori soglia, per i quali sono disponibili ulteriori procedure (art. 22 AP-LAPub Procedura sue invito) che però non garantiscono un'ampia tutela giuridica.

### *Cpv. 2*

Dato che i valori soglia del GPA e degli accordi di libero scambio con Stati terzi sono espressi in diritti speciali di prelievo (DSP) e quelli dell'Accordo bilaterale in euro, i valori in franchi svizzeri devono essere adeguati periodicamente. Per la conversione è determinante la decisione del Comitato degli acquisti pubblici dell'OMC. I valori soglia non sono pertanto fissati a livello di legge. Il DEFR li adegua periodicamente, ovvero ogni due anni, alle variazioni dei corsi del cambio. L'adeguamento dei valori soglia è effettuato d'intesa con il DFF, previa consultazione dei Cantoni.

### *Cpv. 3 e 4*

Questa disposizione corrisponde materialmente all'attuale articolo 14 OAPub. Nel settore dei trattati internazionali per stabilire il valore di una commessa relativa a 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 quanto riguarda le forniture e le prestazioni di servizio nel settore dei trattati internazionali e tutte le commesse all'infuori del settore di tali trattati è invece determinante il valore della pertinente commessa. La cosiddetta clausola bagatella, una norma speciale concernente le opere edili nel settore dei trattati internazionali, si è affermata nella prassi. Essa semplifica l'aggiudicazione di commesse edili che non superano singolarmente il valore di due milioni di franchi e complessivamente il 20 per cento del valore dell'intera opera edile.

## **Art. 11 Appalti all'infuori del settore dei trattati internazionali**

L'articolo 6 capoverso 3 dell'Accordo bilaterale estende indirettamente i principi del trattamento nazionale e della non discriminazione alle commesse al di sotto dei valori soglia determinanti fissati nei trattati internazionali. Diversamente dagli appalti pubblici dei committenti subnazionali (Cantoni, Comuni e altri enti incaricati di adempiere compiti cantonali o comunali) l'assoggettamento soggettivo a livello di Confederazione resta invariato per quanto riguarda sia il settore dei trattati internazionali sia il settore non contemplato dai trattati internazionali (con l'eccezione dei beneficiari di sussidi federali, art. 4 cpv. 1 lett. e AP-LAPub). La legge estende invece il concetto di commesse assoggettate (cosiddetto assoggettamento oggettivo) nei seguenti tre modi.

*Let. a:* sono anzitutto assoggettate a livello di legge anche le commesse al di sotto dei valori soglia determinanti fissati nei trattati internazionali (che figuravano finora nel capitolo 3 dell'OAPub). Le commesse pubbliche devono essere aggiudicate nell'ambito di una procedura su invito già a partire da un valore di 150 000 franchi. L'articolo 11 lettera a AP-LAPub non comporta né l'apertura né l'estensione del campo d'applicazione soggettivo secondo l'articolo 4 AP-LAPub. Secondariamente la disposizione estende l'assoggettamento ai generi di commesse non assoggettate al settore dei trattati internazionali: il diritto in materia di trattati internazionali prevede elenchi positivi per i beni militari, le prestazioni di servizio e le prestazioni edili, mentre il diritto interno assoggetta tutte le commesse pubbliche a prescindere dalla loro classificazione.

*Let. b e c:* in terzo luogo anche le commesse nei settori della difesa nazionale e della sicurezza (lett. b), escluse dal campo d'applicazione del GA 2012, devono essere assoggettate alle norme del diritto in materia di appalti pubblici. Il concetto di armamento definito ampiamente dalla lettera b va considerato in relazione diretta con l'Allegato 1 della legge. Per la definizione di materiale bellico si può fare capo<sup>51</sup> alla legge federale sul materiale bellico (LMB)<sup>52</sup>.

Sono altresì assoggettate le commesse nell'ambito della cooperazione internazionale allo sviluppo e della cooperazione con i Paesi dell'Est, del promovimento della pace o della sicurezza umana (lett. c), a condizione che non siano escluse secondo l'articolo 12 dal campo d'applicazione della legge.

*Let. d:* sono acquisti all'infuori del settore dei trattati internazionali anche gli acquisti di merci, di prestazioni di servizio e di prestazioni edili da parte di beneficiari di aiuti finanziari della Confederazione se sono effettuati prevalentemente con fondi pubblici.

<sup>48</sup> DTAF B–1687/2010 del 21 giugno 2011, consid. 5.2 segg.

<sup>49</sup> DTAF B–3060/2010 del 27 agosto 2010, consid. 3.7.

<sup>50</sup> RS 172.056.12

<sup>51</sup> CRM 2003–004 del 27 marzo 2003, consid. 3 seg.

<sup>52</sup> RS 514.51

## Art. 12 Eccezioni

La presente disposizione prevede un catalogo di prestazioni che sono escluse dal campo d'applicazione della legge (anche se nel caso almeno di alcune prestazioni è ipotizzabile un assoggettamento volontario). 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. L'enumerazione si fonda sul catalogo di eccezioni dell'articolo II:3 GPA 2012, tuttavia vengono mantenute per quanto possibile le formulazioni degli articoli 3 LAPub e 10 CIAP vigenti.

### *Cpv. 1 lett. a-h*

L'elenco traspone nel diritto nazionale l'enumerazione dell'articolo II:2 GPA 2012 e le eccezioni dell'articolo II:3 GPA 2012.

Gli elementi derogatori della lettera c si riferiscono primariamente alla concessione di aiuti finanziari (cfr. l'art. 3 cpv. 1 della legge sui sussidi). Questi vantaggi valutabili in denaro sono unicamente destinati a garantire e a promuovere l'adempimento di un compito scelto dal destinatario<sup>53</sup> e sono esclusi dal campo d'applicazione della legge.

*Let. f:* 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 di prestazioni di servizio elencate nell'Allegato 2, il prestito di personale non rientra nel settore dei trattati internazionali e va trattato secondo le disposizioni sull'aggiudicazione di commesse all'interno del settore dei trattati internazionali. La protezione giuridica è prevista a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi (art. 54 AP-LAPub).

*Let. g:* 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 (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 ogni persona o ogni studio legale con cui è già stato stretto un particolare rapporto di fiducia. Ciò non sarebbe nell'interesse della parte convenuta.

Anche l'articolo 10 lettere d) i) e ii) della Direttiva 2014/24/UE prevede un'analogia clausola d'eccezione. Tale clausola 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 traduzione e i mandati peritali.

*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 (prima fattispecie). 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 (seconda fattispecie). Quanto precede vale anche per la cooperazione con le organizzazioni internazionali quando la Svizzera aggiudica commesse nell'ambito di attività coordinate a livello internazionale (terza fattispecie). Le misure della cooperazione internazionale si prefiggono tra l'altro il promovimento di capacità locali, comprese quelle del settore privato (cfr. ad es. gli art. 5 e 6 della legge federale del 19 marzo 1976 su la cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario internazionali<sup>54</sup>). Per raggiungere questo obiettivo, gli Uffici 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. seconda fattispecie). Una procedura è considerata equivalente nel senso della quarta fattispecie se garantisce un impiego economico dei fondi pubblici e l'osservanza dei principi del diritto in materia di appalti pubblici. In virtù del principio di trasparenza deve essere redatto un rapporto interno per gli appalti esclusi dal campo d'applicazione della legge conformemente alla lettera h. Per «interno» si intende un rapporto che non deve essere pubblicato; il committente è libero di decidere se pubblicarlo o meno.

### *Cpv. 2*

Questa regolamentazione corrisponde al diritto attuale (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. Oltre alla protezione da parte della polizia, la disposizione menziona anche gli interessi legali privati che prevalgono sul diritto in materia di appalti pubblici. Diversamente dal capoverso 1, la pubblicazione del bando concernente questi appalti rientra nel potere discrezionale del committente.

### *Cpv. 3*

La presente disposizione tratta quattro casi di acquisti non assoggettati: i monopoli e gli acquisti *instare, 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 bilaterale.

*Let. a:* secondo il numero 1 b dell'Allegato 7 dell'Appendice I (Svizzera) del GPA 2012 l'acquisto di beni 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. In simili casi si dovrebbe normalmente ammettere anche l'aggiudicazione mediante incarico diretto ai sensi dell'articolo XIII:1 lettera b GPA 2012.

<sup>53</sup> Cfr. CRM 1999-010 del 26 febbraio 2000, consid. 1b.

<sup>54</sup> RS 974.0

*Let. b:* l'eccezione «instate» significa che l'acquisto tra committenti (assoggettati) non deve essere oggetto di un bando pubblico. Esiste una certa vicinanza al principio del «bando unico». Questa eccezione è già prevista al numero 1 b dell'Allegato 7 dell'Appendice I (Svizzera) del GPA 2012. La legislazione dell'UE è più severa su questo punto<sup>55</sup>.

Poco importa se il committente giuridicamente autonomo 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, i committenti non possono ad esempio attribuire in maniera generale e senza bando mandati relativi a perizie o a prove di prodotti a un istituto del settore dei PF o a università cantonali, se queste prestazioni sono fornite in concorrenza con offerenti privati. Occorre valutare caso per caso se una prestazione è fornita in concorrenza con un offerente privato.

*Let. 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», ovvero di produrre internamente). Simili commesse non devono essere oggetto di un bando.

*Let. d:* in passato era più difficile valutare le prestazioni fornite da offerenti scorporati, ma sottoposti a un controllo pubblico. A titolo di esempio si possono menzionare la RUAG SA o gli offerenti IT Abraxas SA e Bedag SA, sotto il controllo cantonale. In simili situazioni la dottrina ha raccomandato di adottare i criteri sviluppati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). La sentenza «Teckal»<sup>56</sup> è il punto di partenza di questa giurisprudenza. La lettera d codifica i considerandi essenziali di questa prassi. La prassi Teckal è nondimeno oggetto di una codificazione autonoma, conforme al GPA e non necessariamente dinamica.

Per quanto riguarda i requisiti di controllo la prassi si baserà sull'elenco indicativo di criteri che il Comitato degli appalti pubblici dell'OMC adotterà in applicazione dell'articolo XIX:8 lettera b GPA 2012. In conformità con la nota 2 relativa all'Allegato 4 del GPA 1994 un offerente è essenzialmente attivo per conto di un committente (settoriale) se fornisce a tale committente l'80 per cento od oltre delle sue prestazioni su un mercato determinato (cfr. anche la nota 2 relativa all'Allegato VI dell'Accordo bilaterale).

### **Capitolo 3: Principi generali**

#### **Art. 13 Principi di procedura**

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, 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. Il divieto di operazioni di compensazione sancito dall'articolo IV:6 GPA 2012 è direttamente applicabile alle prestazioni relative al settore dei trattati internazionali.

Ogni appalto può comportare requisiti diversi per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione. La legge offre sufficiente spazio di manovra (entro i limiti del *numerus clausus* dei tipi di procedura) per adeguare la struttura della procedura al pertinente appalto. Questa libertà di strutturazione è limitata dai principi di procedura. Questo sono considerati equivalenti tra loro. L'ordine di enumerazione non riflette un ordine di priorità: i principi devono essere osservati nel loro complesso.

*Let. a:* i principi della procedura devono essere distinti dai principi generali dell'articolo relativo allo scopo. L'articolo 1 AP-LAPub stabilisce in maniera generale gli obiettivi e lo scopo del diritto in materia di appalti pubblici, mentre l'articolo 13 definisce i requisiti concernenti la procedura di aggiudicazione. Questi principi – trasparenza, oggettività e imparzialità – sono al servizio dei principi sovraordinati.

*Let. b:* la corruzione non è soltanto in contrasto con i principi fondamentali del diritto in materia di appalti pubblici ma provoca anche ingenti costi per l'economia. Secondo un comunicato stampa del 6 giugno 2011 della Commissione europea<sup>57</sup>, nei soli Paesi dell'UE i costi provocati dalla corruzione ammontano a circa 120 miliardi di euro all'anno. Evitare la corruzione e i conflitti di interesse costituisce uno degli obiettivi centrali della revisione del GPA. Questo obiettivo è tematizzato già nel preambolo del GPA 2012 ed è disciplinato in maniera approfondita al suo articolo IV: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 di corruzione.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione<sup>58</sup>, entrata in vigore per la Svizzera il 24 ottobre 2009, costituisce la base degli sforzi compiuti a livello internazionale per lottare contro la corruzione. 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 degli 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.

Dal 30 luglio 2000 è in vigore per la Svizzera la Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione<sup>59</sup>, che statuisce l'obbligo di perseguire penalmente gli atti di corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. L'OCSE ha inoltre elaborato una raccomandazione 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 si propone segnatamente che il committente escluda dalla procedura di appalto l'offerente che ha commesso un reato di corruzione o che gli revochi l'aggiudicazione (cfr. l'art. 46 lett. h AP-LAPub).

*Let. c:* il principio della parità di trattamento degli offerenti nazionali ed esteri (fatto salvo l'art. 6 cpv. 3 dell'Accordo bilaterale) si applica soltanto al settore 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. In questo senso non è ad esempio ammesso tenere conto, in un appalto della Confederazione, della provenienza di un determinato prodotto oppure del fatto che la sede dell'offerente si trovi in prossimità o che l'offerente sia economicamente e fiscalmente importante per una regione<sup>60</sup>. Il principio della parità di trattamento è altresì violato quando il committente offre a un *unico* offerente la possibilità di adeguare la propria offerta<sup>61</sup>. In linea di massima occorre evidenziare che il principio della parità di trattamento va ben oltre l'uguaglianza tra offerenti nazionali ed esteri e la prevenzione del

<sup>55</sup> Cfr. sentenza della CGUE C-159/11 del 19 dicembre 2012.

<sup>56</sup> Cfr. sentenza della CGUE C-107/98 del 18 novembre 1999.

<sup>57</sup> Consultabile all'indirizzo [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-678\\_de.htm?locale=en#footnote-1](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_de.htm?locale=en#footnote-1).

<sup>58</sup> Convenzione del 31 ottobre 2003 delle Nazioni Unite contro la corruzione, RS **0.311.56**.

<sup>59</sup> Convenzione 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, RS **0.311.21**.

<sup>60</sup> CRM 11/97 del 4 dicembre 1997, consid. 2.

<sup>61</sup> CRM 2005-002 del 30 maggio 2005, consid. 4c.

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.

*Let. d:* 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.

## **Art. 14 Osservanza delle disposizioni in materia di tutela del lavoro e delle condizioni di lavoro**

### *Cpv. 1 e 2*

Mentre le norme sociali e i principi di trattamento nazionale e di non discriminazione talvolta si contrappongono, si è affermato il parere che il rispetto delle disposizioni minime in materia di tutela del lavoro e delle condizioni di lavoro nonché della parità di trattamento fra uomo e donna è imprescindibile per garantire il buon funzionamento della concorrenza. In Svizzera bisogna in particolare prendere in considerazione le disposizioni del Codice delle obbligazioni, della legge sul lavoro (LL)<sup>62</sup> e delle pertinenti ordinanze di esecuzione. Vanno inoltre osservate le disposizioni dei contratti collettivi e normali di lavoro come pure, in assenza di simili strumenti, le condizioni di lavoro usuali per il luogo e il ramo. Il dumping abusivo in ambito di condizioni di lavoro, la violazione delle disposizioni in materia di tutela del lavoro e la disparità di trattamento fra uomo e donna non possono essere premiati con l'aggiudicazione di commesse pubbliche.

Ai fini di un'armonizzazione tra il diritto federale e quello cantonale si propone di derogare in parte al principio del luogo della prestazione che l'articolo 8 capoverso 1 lettera b LAPub sancisce attualmente per gli acquisti della Confederazione e di adeguare il diritto ai principi della LMI applicabili ai Cantoni: se per gli offerenti esteri che forniscono una prestazione in Svizzera continuano ad essere sufficienti le disposizioni in materia di tutela del lavoro e le condizioni di lavoro vigenti nel luogo della prestazione, gli offerenti con sede o succursale in Svizzera devono d'ora in poi osservare almeno le disposizioni in materia di tutela del lavoro e le condizioni di lavoro applicabili nel luogo della loro sede o succursale. In tal modo, gli offerenti esteri non dovrebbero nel complesso essere discriminati rispetto agli offerenti svizzeri. A seconda infatti delle condizioni minime vigenti nel luogo (ad es. salari minimi stabiliti da contratti collettivi di lavoro non dichiarati di obbligatorietà generale), gli offerenti esteri fruiranno una volta di un vantaggio rispetto agli offerenti svizzeri (se ad es. gli offerenti svizzeri provengono da un luogo con salari minimi superiori a quelli del luogo della prestazione) e saranno svantaggiati un'altra volta (nel caso opposto).

L'osservanza di norme minime sulla tutela del lavoro e di norme sociali è stata al centro dell'attenzione negli ultimi anni a causa di alcuni abusi verificatisi nelle aziende di produzione. Il GPA 2012 non disciplina esplicitamente questa questione, ma le norme minime sulla tutela del lavoro 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'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Tali accordi di base sono:

- la convenzione n. 29 del 28 giugno 1930<sup>63</sup> concernente il lavoro forzato od obbligatorio;
- la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948<sup>64</sup> concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale;
- la convenzione n. 98 del 1° luglio 1949<sup>65</sup> concernente l'applicazione dei principi del diritto sindacale e di negoziazione collettiva;
- la convenzione n. 100 del 29 giugno 1951<sup>66</sup> sulla parità di remunerazione, per lavoro uguale, tra manodopera maschile e femminile;
- la convenzione n. 105 del 25 giugno 1957<sup>67</sup> concernente la soppressione del lavoro forzato;
- la convenzione n. 111 del 25 giugno 1958<sup>68</sup> concernente la discriminazione nell'impiego e nella professione;
- la convenzione n. 138 del 26 giugno 1973<sup>69</sup> concernente l'età minima di ammissione all'impiego; e
- la convenzione n. 182 del 17 giugno 1999<sup>70</sup> concernente il divieto delle forme più manifeste di sfruttamento del fanciullo sul lavoro e l'azione immediata volta alla loro abolizione.

Gli otto accordi di base sono elencati nell'Allegato 4 dell'AP-LAPub. Una grande maggioranza dei 185 Stati membri dell'OIL, compresa la Svizzera, hanno ratificato tutti gli accordi di base dell'OIL. Inoltre secondo la Dichiarazione dell'OIL del 1998 inerenti ai principi e diritti fondamentali del lavoro tutti gli Stati membri sono tenuti in virtù della loro sola appartenenza all'OIL a rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione, i diritti fondamentali che sono oggetto di tali accordi.

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<sup>71</sup>, il cui all'Allegato I all'articolo 22 capoverso 2 fa riferimento alla Direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi<sup>72</sup>. 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 dell'Accordo).

### *Cpv. 3*

Gli offerenti devono comprovare su richiesta che osservano le disposizioni in materia di tutela del lavoro e le condizioni di lavoro, nonché il principio della parità di trattamento fra uomo e donna. Il committente può controllare esso stesso l'osservanza delle norme o

<sup>62</sup> Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio, RS **822.11**.

<sup>63</sup> RS **0.822.713.9**

<sup>64</sup> RS **0.822.719.7**

<sup>65</sup> RS **0.822.719.9**

<sup>66</sup> RS **0.822.720.0**

<sup>67</sup> RS **0.822.720.5**

<sup>68</sup> RS **0.822.721.1**

<sup>69</sup> RS **0.822.723.8**

<sup>70</sup> RS **0.822.728.2**

<sup>71</sup> RS **0.142.112.681**

<sup>72</sup> 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.

trasferire tale compito a terzi. Le trasgressioni devono essere sanzionate da disposizioni nei contratti di appalto, in particolare da pene convenzionali. Il capoverso 3 sancisce anche l'osservanza degli obblighi di annuncio e di autorizzazione di cui all'articolo 6 della legge contro il lavoro nero (LLN)<sup>73</sup>, in particolare nell'ambito del diritto in materia di assicurazioni sociali, stranieri e imposte alla fonte. Ciò è necessario perché il lavoro nero costituisce d'ora in poi un criterio per l'esclusione o la revoca (art. 46 lett. i AP-LAPub). Il committente deve pertanto fare controllare l'osservanza di questi obblighi.

*Cpv. 4*

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 dal capoverso 4. Affinché possano applicare le sanzioni di cui all'articolo 47, il committente, gli organi e le autorità competenti devono poter scambiare le informazioni necessarie sull'esistenza ad esempio di una violazione delle condizioni minime di stipendio e di lavoro. Sono organi di controllo in particolare:

- 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 concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro<sup>74</sup>;
- le commissioni tripartite di cui all'articolo 360b CO;
- le autorità cantonali di esecuzione ai sensi dell'articolo 41 LL; e
- gli organi esecutivi ai sensi dell'articolo 85 della legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF)<sup>75</sup>, nonché gli uffici per l'uguaglianza fra donna e uomo.

## **Art. 15 Ricusa**

*Cpv. 1*

Gli offerenti hanno diritto alla valutazione delle loro offerte da parte di un'autorità indipendente. *Le norme di ricusa del diritto generale di procedura* si applicano in linea di massima 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 PA<sup>76</sup>). La concomitanza di diversi elementi che, considerati singolarmente, non presentano un grado di intensità sufficiente a giustificare un obbligo di ricusa può suscitare anch'essa una preoccupazione motivata di prevenzione. La parvenza di prevenzione può poi essere destata in particolare 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 ricusa sono tanto più valide quanto più intensa e attuale è la stretta relazione<sup>77</sup>. Di regola i contatti tra il committente e i fornitori nel quadro di una relazione contrattuale esistente non raggiungono questo grado di intensità.

Si tratta comunque di impedire che i requisiti relativi alla ricusa siano resi più restrittivi, ad esempio in considerazione del 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 pubblici. L'Amministrazione federale occupa ad esempio nel settore IT collaboratori dei quali si può presumere che abbiano lavorato presso un potenziale offerente. 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. In altri termini, a differenza dell'articolo 10 PA, la mera parvenza di prevenzione non basta. La prevenzione deve avere ripercussioni concrete.

La lettera e costituisce una fattispecie completa. Per considerazioni di praticabilità e per evitare doppioni è fatta salva la prova che le circostanze che mettono in dubbio l'indipendenza (ad es. la vicinanza personale a livello di committente e di offerente) non siano state rilevanti ai fini della procedura.

*Cpv. 2 e 3*

Non si può aspettare fino al momento dell'aggiudicazione per invocare la ricusa. La richiesta di ricusa va presentata non appena si è a conoscenza di fatti che rendono probabile una prevenzione. Il committente decide in merito alla richiesta 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 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. 16 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 trattamento<sup>78</sup> e su quello del promovimento della concorrenza e dell'impiego economico dei fondi pubblici. Secondo la prassi del Tribunale federale, 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 committente informazioni su determinate specifiche tecniche dei beni da acquistare<sup>79</sup>. Solo una cosiddetta *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 o se la partecipazione alla preparazione della procedura di appalto da parte dell'offerente preimplicato è soltanto di natura subalterna come pure se la prestazione messa a concorso può unicamente essere fornita

<sup>73</sup> Legge federale del 17 giugno 2005 concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero (LLN), RS 822.41.

<sup>74</sup> Legge federale del 28 settembre 1956 concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro, RS 221.215.311.

<sup>75</sup> Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assicurazione contro gli infortuni, RS 832.20.

<sup>76</sup> Legge federale 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa, RS 172.021.

<sup>77</sup> Cfr. DTAF B-4852/2012 del 15 novembre 2012, consid. 4 segg.

<sup>78</sup> Cfr. CRM 2006-004 del 26 giugno 2006, consid. 2.

<sup>79</sup> Cfr. sentenza del TF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005, consid. 3.1.

da pochi offerenti oppure se la partecipazione dell'offerente preimplicato e il suo vantaggio in termini di conoscenze è reso noto agli altri offerenti in un intento di trasparenza<sup>80</sup>. 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. Solo in casi eccezionali, ossia se l'esclusione comportasse l'assenza di concorrenza efficace (ad es. se rimanesse un unico potenziale offerente per l'acquisto previsto), il committente può ammettere l'offerente preimplicato alla procedura ulteriore nonostante il suo vantaggio concorrenziale.

#### *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 concorrenti le speciali conoscenze dell'offerente preimplicato, per garantire in tal modo pari opportunità. Ciò che capita regolarmente, anche se non si tratta di preimplicazione ai sensi della legislazione sugli appalti pubblici, sono ad esempio le commesse permanenti che vengono regolarmente messe a concorso. In questo caso la loro stessa natura comporta un vantaggio in termini di informazioni agli offerenti che hanno già fornito una prestazione. Sarebbe contrario al principio della parità di trattamento escludere in generale gli attuali fornitori di prestazioni dalle prestazioni che devono periodicamente essere messe a concorso<sup>81</sup>. Si raccomanda comunque di compensare nella misura del possibile il vantaggio in termini di informazioni.

La compensazione delle asimmetrie informative è altrettanto importante quanto il fatto di evitarle. Il capoverso 2 corrisponde in ampia misura al vigente articolo 21a capoverso 2 OAPub ed elenca a titolo esemplare le possibilità offerte ai committenti per 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). Secondo la prassi del Tribunale federale la misura di compensazione «comunicazione dei partecipanti alla preparazione» (lett. b) non costituisce ancora di per sé una misura finalizzata alla compensazione di un vantaggio concorrenziale<sup>82</sup>. Per contro, la proroga dei termini minimi (lett. c) rappresenta in linea di principio un mezzo adeguato per compensare le lacune informative e quindi il vantaggio concorrenziale<sup>83</sup>.

#### *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 pubblico. A tale scopo può rendersi necessario incaricare un terzo indipendente a effettuare un'analisi di mercato. Nella misura in cui i risultati di tali indagini si rispecchiano nella documentazione del bando queste analisi di mercato non determinano una preimplicazione degli offerenti eventualmente contattati prima del bando pubblico.

### **Art. 17 Determinazione del valore della commessa**

La presente disposizione corrisponde in ampia misura a quella attuale contemplata dagli articoli 14a, 15 e 15a OAPub. Per ogni tipo di commessa sono stabiliti valori soglia diversi, sanciti negli elenchi degli impegni degli accordi internazionali sugli appalti pubblici. I corsi di conversione applicabili ai diritti speciali di prelievo del GPA<sup>84</sup> e agli accordi di libero scambio con Stati terzi nonché agli importi in euro dei valori soglia contenuti nell'Accordo bilaterale figurano nell'ordinanza del DEFR sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici.

#### *Cpv. 1*

Il primo capoverso concerne la determinazione del valore della commessa. Per stabilire se il valore soglia è raggiunto, il committente è tenuto a fare una stima, fondata sulle proprie conoscenze e su analisi specifiche del mercato. Si raccomanda di effettuare un calcolo generoso. La procedura va interrotta 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 su invito o quella per incarico diretto).

#### *Cpv. 2*

Nel caso di più commesse di fornitura e di prestazioni di servizio di medesimo genere e in particolare di suddivisione in lotti, il valore delle stesse è determinato in base al valore complessivo cumulato<sup>85</sup> poiché una commessa pubblica non può essere spartita nell'intento di eludere l'applicazione della presente legge. 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: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'aggravamento dei valori soglia.

#### *Cpv. 3 e 4*

È determinante la totalità delle prestazioni e delle remunerazioni da bandire, a condizione che esista tra di loro una stretta relazione materiale o legale. Si è ad esempio in presenza di una simile relazione se 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 ripartizione delle responsabilità<sup>86</sup>. Nella determinazione del valore della commessa occorre tenere conto delle opzioni quantitative oltre che delle opzioni di proroga.

#### *Cpv. 5*

Nel caso dei contratti di lunga durata bisogna distinguere preliminarmente se sono stati conclusi per una durata determinata o indeterminata. Il valore della commessa dei contratti di durata fissa corrisponde alle remunerazioni 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 di oltre quattro anni e deve motivare questa eccezione. Si tratta nella fattispecie di una mera direttiva amministrativa interna che non è giustiziabile. I contratti di lunga durata sono in particolare giustificati da motivi di redditività, come la necessità di tutelare gli investimenti o di tenere conto del ciclo di vita del prodotto, che comportano quindi una moderata

<sup>80</sup> Cfr. CRM B-4621/2008 del 6 ottobre 2006, consid. 5.2 seg.

<sup>81</sup> Cfr. CRM B-4621/2008 del 6 ottobre 2006, consid. 5.5.

<sup>82</sup> DTAF B-1172/2011 del 31 marzo 2011, consid. 5.

<sup>83</sup> DTAF B-1358/2013 del 23 luglio 2013.

<sup>84</sup> Consultabile all'indirizzo [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/thresh\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/thresh_e.htm)

<sup>85</sup> Cfr. CRM 2003-021 del 5 novembre 2003, consid. 1.

<sup>86</sup> Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010, pag. 9, consultabile all'indirizzo <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17829.pdf>.

restrizione dell'accesso al mercato. In questo senso ad esempio la manutenzione o l'esercizio di sistemi IT, sovente ammortati su un lungo periodo per motivi di redditività, esigono contratti di lunga durata. L'opportunità di una durata superiore a quattro anni e delle restrizioni della concorrenza che ne conseguono va verificata nel singolo caso. Le medesime condizioni si applicano alla proroga dei contratti esistenti, sebbene tale proroga vada valutata in maniera più severa della conclusione di un nuovo contratto.

*Cpv. 6*

Nel caso dei contratti di durata indeterminata la remunerazione mensile stimata va moltiplicata per 48. In linea di massima i contratti di durata indeterminata non devono essere strutturati in modo da escludere dal mercato altri offerenti per un tempo eccessivamente lungo.

## **Art. 18 Diritto d'esame degli atti**

*Cpv. 1*

La presente disposizione riprende la regolamentazione dell'articolo 5 capoverso 1 OAPub, secondo la quale in assenza 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 base alla legge. Esso è destinato a garantire la possibilità di acquistare le prestazioni a condizioni economiche in un regime di non concorrenza. Se dalla verifica risulta che il prezzo convenuto è troppo alto, l'obbligo di rimborso o di futura riduzione del prezzo viene imposto mediante una decisione impugnabile autonomamente (art. 55 cpv. 1 lett. h AP-LAPub). Non è invece possibile aumentare il prezzo a seguito del risultato della verifica. I dettagli sono disciplinati nella pertinente direttiva del DFF<sup>87</sup>. Se viola i propri obblighi relativi all'esame degli atti delle autorità, l'offerente può essere escluso da future commesse per un periodo massimo di cinque anni (art. 47 cpv. 1 AP-LAPub).

Il *capoverso 2* corrisponde alla prassi attuale. Si tratta di un atto di assistenza amministrativa.

Il *capoverso 3* 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 (art. 17 e 18 AP-LAPub).

## **Capitolo 4: Procedura di aggiudicazione**

### **Art. 19 Tipi di procedura**

*Cpv. 1 e 2*

Anche in futuro esisterà come finora un numero fisso di procedure ammesse: la procedura di pubblico concorso e la procedura selettiva (cpv. 1) nonché la procedura su invito e la procedura per incarico diretto (cpv. 2). Non sono ammessi nuovi tipi o tipi misti di procedura. Ciò non significa tuttavia che i tipi di procedura previsti non possano essere completati con elementi specifici al bando. La condizione è dettata dal principio secondo cui in ogni momento deve essere riconoscibile la procedura prevista dalla legge che viene applicata. Gli elementi della procedura che ne determinano il tipo devono sempre essere riconoscibili. Gli elementi specifici devono inoltre rispettare i principi generali del diritto in materia di appalti pubblici, ossia l'economicità, la parità di trattamento e la trasparenza.

Sempre che non sia prescritto dalla legge, la scelta della procedura compete al committente. Esso può optare per una procedura di livello superiore (ovvero la procedura di pubblico concorso o la procedura selettiva anziché la procedura su invito; la procedura su invito anziché la procedura per incarico diretto), seppure la legge richieda soltanto una forma di procedura più semplice. Il committente decide a favore della procedura di pubblico concorso o della procedura selettiva in funzione di aspetti pratici, tenendo conto in particolare della complessità delle prestazioni da acquistare e del numero di offerte attese. La procedura per incarico diretto, nell'ambito della quale l'aggiudicazione è effettuata direttamente e senza bando, è applicabile soltanto in determinate situazioni eccezionali e in caso di commesse il cui valore è inferiore a 150 000 franchi.

### **Art. 20 Pubblico concorso**

*Cpv. 1 e 2*

La procedura di pubblico concorso è la madre di tutte le procedure di aggiudicazione. Nel suo contesto le prestazioni sono messe direttamente a concorso. 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. 55 cpv. 1 lett. f AP-LAPub) oppure non prenderli in considerazione nella decisione di aggiudicazione.

Sia la procedura di pubblico concorso che la procedura selettiva descritta di seguito garantiscono pieno accesso al mercato. Il committente può scegliere liberamente tra i due tipi di procedura. In entrambe le procedure è possibile ridurre il termine per la presentazione delle offerte, ma non il termine per le domande di partecipazione (art. 49 AP-LAPub).

### **Art. 21 Procedura selettiva**

*Cpv. 1 e 2*

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

*Cpv. 3 e 4*

Il committente esamina l'idoneità degli offerenti che hanno presentato una domanda di partecipazione alla procedura. Mentre la scelta degli offerenti ammessi alla procedura su 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. La decisione relativa all'idoneità (prequalificazione) è impugnabile singolarmente (art. 55 cpv. 1 lett. b AP-LAPub). Soltanto gli offerenti prequalificati sono invitati a presentare un'offerta.

Se resta garantita una concorrenza efficace, in aggiunta all'esame preliminare dell'idoneità, nella procedura selettiva esiste inoltre la possibilità di limitare, per motivi di efficienza, il numero degli offerenti che possono presentare un'offerta. Al riguardo la giurisprudenza impone un doppio obbligo al committente: da un lato, la necessità di limitare il numero di offerenti deve essere oggettivamente motivata. D'altro lato, l'intento di limitare il numero degli offerenti e il numero massimo di offerenti ammessi devono già essere resi noti nel bando<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Direttiva del DFF del 28 dicembre 2009 concernente la convenzione su un diritto d'esame nell'ambito degli acquisti della Confederazione.

<sup>88</sup> Cfr. CRM 003/98 dell'8 ottobre 1998 (GAAC 65.41), consid. 4 seg.

## **Art. 22 Procedura su invito**

### *Cpv. 1 e 2*

La procedura su invito non è prevista nel diritto internazionale; essa si applica alle commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali, nel rispetto dei valori soglia applicabili. Il diritto in vigore prescrive la procedura su invito in caso di acquisto di beni se la commessa ha un valore pari o superiore a 50 000 franchi. Nella nuova ordinanza sui valori soglia questo valore soglia è adeguato a quello previsto per le prestazioni di servizio e le prestazioni edili, per cui la procedura per incarico diretto è ammessa fino a una commessa del valore di 150 000 franchi. La procedura su invito è quindi applicabile agli acquisti di tutti i beni, le prestazioni di servizio e le prestazioni edili a partire da 150 000 franchi fino all'importo dei valori soglia fissati a livello internazionale. Il capoverso 2 corrisponde alla legislazione in vigore (art. 35 cpv. 3 lett. g e h OAPub).

### *Cpv. 3*

Nella procedura su invito l'acquisto di armi, munizioni e materiale bellico ai sensi dell'articolo 11 AP-LAPub può essere effettuato senza limiti di importo dato che non rientra nel settore dei trattati internazionali.

### *Cpv. 4 e 5*

La scelta o la limitazione degli offerenti ammessi alla procedura su invito rientra nell'apprezzamento del committente. Questa disposizione corrisponde al vigente articolo 35 capoverso 1 OAPub. Per garantire un minimo di concorrenza il committente dovrebbe procurarsi almeno tre offerte. Nella prassi questa condizione è adempita se vengono invitati almeno tre offerenti, ma non devono essere presentate altrettante offerte. L'ordinanza disciplina i dettagli.

In considerazione degli sforzi volti ad accelerare la procedura di aggiudicazione, non sono previsti termini minimi nella procedura su invito. Inoltre, nella prassi è spesso concesso un termine di pochi giorni per la presentazione delle offerte nel caso di prodotti standard (ad es. materiale di cancelleria) per i quali gli offerenti possono ricorrere ai loro listini prezzi (eventualmente ribassati). Questa possibilità non deve essere inutilmente limitata. L'ulteriore modo di procedere corrisponde a quello della procedura di pubblico concorso e della procedura selettiva.

## **Art. 23 Incarico diretto**

La procedura per incarico diretto era già prevista all'articolo XV del GPA 1994 e lo è anche nella legislazione europea (art. 32 della Direttiva 2014/24/UE e art. 50 della Direttiva 2014/25/UE) e 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 di discriminare gli offerenti di altre Parti.

### *Cpv. 1*

Nella procedura per incarico diretto il committente aggiudica la commessa direttamente all'offerente e senza bando. Il committente entra quindi direttamente in trattativa con un offerente, senza indire preliminarmente un bando. Questa procedura non è uno strumento equivalente alla procedura di pubblico concorso o alla procedura selettiva poiché, per definizione, non è data concorrenza tra gli offerenti. I principi del diritto in materia di aggiudicazioni – economicità, trasparenza, concorrenza – sono presi in considerazione solo in misura ridotta.

### *Cpv. 2*

Il capoverso 2 recepisce nel diritto nazionale l'elenco dei casi eccezionali dell'articolo XIII:1 lett. a–h GPA 2012, che consentono l'aggiudicazione mediante incarico diretto. Salvo poche eccezioni l'elenco corrisponde alla legislazione attuale (art. 13 cpv. 1 OAPub). Secondo la prassi costante dei tribunali questi casi vanno interpretati in maniera restrittiva in considerazione del loro carattere eccezionale<sup>89</sup>. Normalmente sono casi in cui la procedura di pubblico concorso e la procedura selettiva non potrebbero essere effettuate o non sarebbero opportune, ad esempio perché l'obbligo di protezione dei diritti della proprietà intellettuale impedisce ogni concorrenza, perché si tratta di appalti successivi o di appalti urgenti dovuti a motivi imprevedibili.

*Let. b:* di regola il committente non può constatare autonomamente l'esistenza di un accordo in materia di concorrenza. Tuttavia, se sussistono indizi di un accordo si può contattare la COMCO e ottenere una prima valutazione. Se ha motivi sufficienti per presumere un accordo in materia di concorrenza, il committente dovrebbe avere la possibilità di eseguire una procedura per incarico diretto nella misura in cui non vi sia una concorrenza residua al di là del cartello creato nell'ambito del bando di concorso.

*Let. c:* questa fattispecie corrisponde alla normativa attuale consolidata. Essa è adempita se una commessa può essere aggiudicata soltanto a un determinato offerente a causa delle peculiarità tecniche o artistiche di tale commessa o per motivi di protezione della proprietà intellettuale. Ciò si verifica ad esempio quando, in assenza di alternative adeguate, questo offerente 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 a illustrare i motivi tecnici, ma anche a spiegare in maniera credibile e (se possibile) a fornire la prova che questi motivi esigono necessariamente la procedura per incarico diretto<sup>90</sup>. Le clausole contrattuali che limitano la concorrenza nell'ambito di un appalto pubblico (ad es. una promessa di contrattare) non costituiscono né peculiarità tecniche né peculiarità artistiche e non rappresentano dunque motivi ammissibili con cui 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 a e in grado di fornire prestazioni intercambiabili incombe all'offerente che interpone ricorso<sup>91</sup>.

*Let. d:* per l'applicazione della clausola d'urgenza secondo la lettera d è necessario che siano adempite cumulativamente alcune condizioni, ovvero deve verificarsi un evento imprevedibile che è all'origine di una situazione di urgenza e questo evento non deve essere imputabile al committente (ad es. per negligenza) né essere il risultato della sua pianificazione. L'urgenza deve essere tale da non permettere al committente di adempiere i propri obblighi nel caso in cui esegua una procedura di pubblico concorso, selettiva o su invito.

La *lettera e* riguarda le commesse successive. Questa disposizione 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 è possibile per motivi economici o tecnici, comporta notevoli difficoltà o determina costi supplementari sostanziali. Simili motivi possono ad esempio risiedere nel fatto che i materiali, le prestazioni di servizio,

<sup>89</sup> Cfr. CRM 2000–007 del 3 novembre 2000, consid. 4a.

<sup>90</sup> Cfr. CRM 2000–007 del 3 novembre 2000, consid. 4b.

<sup>91</sup> Cfr. DTAF 3402/2009 del 6 luglio 2010, consid. 3.2.7 e 4.3.

gli impianti e le prestazioni (come programmi informatici, software) non siano intercambiabili a piacimento. Proprio quando deve essere garantita la compatibilità con i componenti esistenti non è opportuno eseguire una procedura di pubblico concorso o selettiva. Nella motivazione scritta il committente deve esporre in maniera verificabile le ragioni per cui presume la mancanza di intercambiabilità o di compatibilità con i materiali, i software, le prestazioni di servizio o gli impianti provenienti da una commessa precedente o le ragioni 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 sproporzionati, ovvero non deve sussistere un rapporto ragionevole con il prezzo dell'offerta. Rientrano nel calcolo dei costi prospettati anche i costi di conversione e di installazione, come pure quelli di formazione, ossia di acquisizione delle conoscenze specialistiche nonché delle conoscenze relative alle condizioni locali.

L'articolo XV GPA 1994 prevedeva tre ulteriori casi di commesse successive (lett. d «consegne supplementari», lett. f «servizi supplementari di costruzione», lett. g «nuovi servizi di costruzione»). Questi tre casi sono stati riuniti in un'unica disposizione all'articolo XIII:1 lett. c GPA 2012 su iniziativa di singoli Stati membri.

L'attuale regolamentazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera h OAPub (nuova commessa edile dello stesso tipo) decade. In futuro la lettera e sarà pertinente anche per queste commesse.

*Let. i:* in aggiunta ai casi enumerati nel GPA 2012 (cfr. in particolare l'art. XIII:1 lett. h GPA 2012) la lettera i consente la procedura per incarico diretto anche quando il committente ha fatto elaborare nel quadro di una «procedura precedente», ovvero in un concorso in ambito di progettazione o di prestazione globale, un compito di progettazione e successivamente intende aggiudicare per incarico diretto al vincitore determinate prestazioni successive in stretta relazione con tale compito. Si può trattare di ulteriori lavori di studio (ad es. progettazione di dettaglio) oppure del coordinamento della realizzazione di questa progettazione (ad es. direzione dei lavori), ma non della realizzazione della progettazione stessa (ad es. lavori di costruzione). Oltre ai concorsi, è sufficiente anche un mandato di studio strutturato in maniera corrispondente.

*Cpv. 3*

Come già previsto all'articolo XIII:2 GPA 2012 e all'articolo 13 cpv. 2 OAPub, il committente allestisce un rapporto per ogni commessa aggiudicata per incarico diretto. La pubblicazione del rapporto risulta superflua poiché le aggiudicazioni devono essere motivate sommariamente (art. 53 cpv. 3 AP-LAPub).

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 rinuncia a una procedura di concorso, in simili casi l'articolo 5 OAPub prevede già oggi la possibilità di concordare 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. D'ora in poi il diritto d'esame degli atti e di verifica del calcolo discende direttamente dalla legge (art. 18 AP-LAPub).

## **Art. 24                      Concorsi in ambito di progettazione e di prestazione globale**

*Cpv. 1*

I concorsi in ambito di progettazione e di prestazione globale rivestono un ruolo importante nel settore degli appalti pubblici. I *concorsi in ambito di progettazione* possono essere indetti per l'elaborazione di proposte di soluzione riguardo a compiti descritti e delimitati genericamente (concorsi di idee) o riguardo a compiti descritti in modo chiaro (concorsi di progettazione in senso stretto) nonché per l'aggiudicazione della realizzazione parziale o integrale della soluzione. I *concorsi in ambito di prestazione globale* sono intesi a raccogliere proposte di soluzione riguardanti compiti descritti in modo chiaro nonché ad aggiudicare la realizzazione della soluzione proposta.

I trattati internazionali non contengono norme concernenti l'esecuzione di concorsi. L'articolo XIII:1 lett. h GPA 2012 stabilisce nondimeno che l'aggiudicazione mediante incarico diretto al vincitore di un concorso è ammessa soltanto se il concorso è stato organizzato, in particolare per quanto riguarda la pubblicità, nel rispetto dei principi dell'Accordo e se i partecipanti o i loro progetti sono giudicati da una giuria indipendente per l'assegnazione dell'appalto al vincitore. Il diritto internazionale è applicabile quindi a un secondo livello, successivo alla conclusione del concorso, ma si ripercuote comunque sulla struttura del concorso. Se la commessa non è aggiudicata al vincitore del concorso o se la procedura di concorso non corrisponde ai principi del GPA 2012, è necessario effettuare una procedura di pubblico concorso o una procedura selettiva. I concorsi in ambito di progettazione e di prestazione globale non costituiscono pertanto un vero e proprio tipo di procedura del diritto in materia di appalti pubblici<sup>92</sup>. Se si vuole arrivare a un'aggiudicazione della commessa al vincitore mediante incarico diretto, il concorso va piuttosto indetto 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. Al riguardo occorre considerare che le norme SIA sono regolamentazioni private. Da un lato, esse si applicano soltanto se la documentazione del bando vi fa riferimento. D'altro lato, non possono derogare alle disposizioni (cogenti) della legislazione in materia di appalti pubblici applicabile. Possono tuttavia essere prese in considerazione a fini di interpretazione e per colmare le lacune<sup>93</sup>.

*Cpv. 2*

Queste disposizioni stabiliscono tutta una serie di norme speciali per l'appalto di prestazioni di progettazione e di prestazioni edili. I dettagli di questi concorsi (art. 40–57 OAPub) sono disciplinati come finora a livello di ordinanza.

## **Art. 25                      Aste elettroniche**

I progetti di appalto sono viepiù realizzati elettronicamente. Ciò non riduce soltanto i costi di transazione, ma accresce la trasparenza e promuove l'accesso al mercato da parte degli offerenti esteri. La legislazione comunitaria ha già creato una base per le aste elettroniche nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Anche l'articolo 35 della Direttiva 2014/24/UE e l'articolo 53 della Direttiva 2014/25/UE prevedono strumenti equivalenti.

L'introduzione delle aste elettroniche costituisce un'importante novità per quanto concerne la semplificazione e la modernizzazione della procedura di aggiudicazione. Mentre le aste elettroniche non erano ancora menzionate nel GPA 1994, il GPA 2012 le disciplina in maniera approfondita. 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:3 GPA 2012). Per motivi di trasparenza «ogni avviso di gara include il

<sup>92</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3ª ediz., Zurigo 2013, n. marg. 990.

<sup>93</sup> Cfr. CRM 1999–011 del 9 dicembre 1999, consid. 4d/bb, pubblicato in GAAC/2000 n. 63.

metodo di gara prescelto, indicando se sono previste negoziazioni o un'asta elettronica» (art. VII:2 lett. f GPA 2012). Il GPA 2012 non considera l'asta elettronica come una forma particolare di trattativa, bensì come uno strumento *sui generis*.

Se si escludono la gestione di piattaforme elettroniche e l'inoltro delle offerte per via elettronica, nella legislazione svizzera finora mancavano disposizioni legali al riguardo. Questo vuoto normativo sarà colmato dall'articolo 25 AP-LAPub.

#### *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 su invito oppure nel quadro della procedura per bandire singole commesse dopo l'aggiudicazione di contratti quadro. La peculiarità dell'asta 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 minor prezzo oppure ai prezzi e/o ai valori di componenti quantificabili se l'aggiudicazione è conferita al prezzo economicamente più favorevole. Attualmente 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 alla non riconoscibilità delle offerte). Si deve inoltre garantire che i documenti e le richieste dei partecipanti siano forniti in forma pseudonimizzata. Per l'elaborazione dei dati in forma pseudonimizzata (dati che possono essere ricondotti a una determinata persona con l'ausilio di una tabella di riferimento) si applica la legge federale sulla protezione dei dati (LPD)<sup>94</sup>.

#### *Cpv. 3-5*

L'asta elettronica interviene soltanto in una seconda fase della procedura e può prevedere più valutazioni. In una prima fase il committente verifica i criteri di idoneità e le specificazioni tecniche ed effettua una prima valutazione (manuale) delle offerte.

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 parità di trattamento degli offerenti. Prima dell'inizio di ogni asta il committente mette a disposizione di ogni offerente informazioni circa il metodo automatico di valutazione, compresa la formula matematica, il risultato della prima valutazione della sua offerta e tutte le altre informazioni rilevanti per lo svolgimento dell'asta. Se l'asta comprende più fasi successive, nel corso di ogni fase il committente informa tutti gli offerenti in merito alla loro graduatoria.

Tutti gli offerenti autorizzati 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 precedentemente comunicato.

### **Art. 26                      Negoziazioni**

Diversamente dagli strumenti del dialogo e delle aste elettroniche, le negoziazioni nell'ambito della procedura di aggiudicazione erano già oggetto del GPA 1994 e sono state nuovamente previste anche nel GPA 2012, seppure in una forma redazionale più concisa. Sono determinanti, da un lato, il principio di trasparenza e, dall'altro, la parità di trattamento degli offerenti.

A livello federale le negoziazioni, anche le mere negoziazioni sui prezzi, sono ammesse dall'entrata in vigore della LAPub (art. 20 LAPub, art. 26 OAPub). Esse non possono tuttavia essere effettuate nell'intento o con l'effetto di favorire alcuni offerenti o di penalizzarne altri, ad esempio concedendo a offerenti scelti casualmente di migliorare le loro offerte. Secondo la giurisprudenza, modifiche o riduzioni delle prestazioni possono essere oggetto di negoziazioni, ma queste non possono essere destinate a ristabilire successivamente la conformità di offerte che non hanno soddisfatto 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. Non è quindi consentito rettificare o completare nel quadro di negoziazioni un'offerta che non adempie le specificazioni tecniche ritenute imperative in modo da ristabilire in un momento successivo la conformità con quanto richiesto dal bando<sup>95</sup>.

Vi sono diversi motivi a favore dell'ammissibilità delle negoziazioni sui prezzi. Da un canto, è spesso difficile distinguere nella pratica le negoziazioni sui prezzi dalle altre negoziazioni, dato che queste pratiche si ripercuotono quasi sempre sul rapporto prezzo-prestazioni. D'altro canto, in una procedura in cui viene stabilito unicamente l'obiettivo dell'appalto sono imprescindibili le negoziazioni su tutti gli elementi della prestazione, compreso il prezzo. Le negoziazioni sui prezzi possono infine costituire un mezzo adeguato per impedire o abolire eventuali accordi sui prezzi. Senza la possibilità di avviare negoziazioni sui prezzi il committente dovrebbe, in questi casi, eventualmente interrompere e ripetere la procedura. Inoltre, può trascorrere parecchio tempo fino al passaggio in giudicato di una decisione riguardo all'esistenza di un accordo sui prezzi. La legalità di un'interruzione della procedura rimarrebbe incerta per un periodo altrettanto lungo.

Proprio nel caso di appalti complessi le negoziazioni costituiscono un elemento imprescindibile. Esse consentono ad esempio di conseguire risparmi nell'acquisto, circostanza che corrisponde al principio di economicità degli appalti. Offrono inoltre flessibilità al committente e gli permettono di acquisire esperienza durante un concorso in atto e di ottimizzare l'oggetto della prestazione (entro determinati limiti).

La legislazione cantonale non consente attualmente le negoziazioni né le mere rinegoziazioni dell'offerta, tranne nel caso della procedura per incarico diretto (art. 11 CIAP, art. 30 DAAP). Al riguardo vi è innanzitutto il timore che gli offerenti prevedano nelle loro offerte margini di negoziazione, che andrebbero eliminati in un secondo momento conducendo negoziazioni da annunciare preventivamente nel bando. D'altro canto, si sostiene che le negoziazioni sarebbero dispendiose, imporrebbero ai partecipanti esigenze elevate in fatto di competenze e potrebbero accrescere il rischio indesiderato di corruzione dovuta all'esistenza di una relazione tra committente e offerente. Gli offerenti richiamano peraltro l'attenzione sui pericoli della mancata trasparenza e dell'abuso di potere dei committenti. Il rischio eventualmente accresciuto di corruzione può anche essere affrontato con misure aziendali interne, come ad esempio una chiara regolamentazione delle competenze, il principio del doppio controllo, le rotazioni, il «reporting» e i sistemi di controllo, piuttosto che con un divieto generale di avviare negoziazioni. L'argomento secondo cui le negoziazioni sui prezzi aumenterebbero il rischio di abusi di potere dei committenti può essere infine contraddetto dal fatto che la legge sui cartelli offre una protezione sufficiente. Sono quindi indispensabili norme chiare sull'avvio di negoziazioni.

Per eliminare questa differenza fondamentale tra gli ordinamenti giuridici della Confederazione e dei Cantoni, la possibilità di avviare negoziazioni deve d'ora in poi essere sancita anche nel diritto cantonale. Il presente avamprogetto di legge sfrutta almeno in parte il

<sup>94</sup> Legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati, RS 235.1.

<sup>95</sup> Cfr. CRM 2006-016 del 5.12.2006, consid. 3.

marginale di manovra del GPA 2012 e consente le negoziazioni per motivi giustificati ed entro alcuni limiti formali. In tal modo permette di mantenere un compromesso tra le richieste del committente e gli interessi degni di protezione degli offerenti.

#### *Cpv. 1*

Le negoziazioni possono riguardare le prestazioni (ossia il volume), le modalità della loro fornitura (ossia la qualità) e il prezzo. La modifica di un parametro comporta la modifica di un altro o di altri parametri. Le negoziazioni sono nondimeno ammesse soltanto alle condizioni alternative dell'articolo XII:1 GPA 2012, ovvero il bando deve contenere una riserva espressa oppure dalla valutazione deve risultare che sulla base dei criteri di aggiudicazione comunicati nessuna offerta è inequivocabilmente la più economicamente favorevole. Sempre secondo l'articolo XII:2 GPA gli offerenti partecipanti alle negoziazioni possono essere eliminati soltanto secondo i criteri di valutazione enunciati nel bando o nella relativa documentazione. Una volta concluse le negoziazioni deve inoltre essere concesso a tutti gli offerenti un termine identico entro il quale presentare offerte nuove o modificate. Sono dunque escluse le negoziazioni «spontanee».

#### *Cpv. 2*

Oltre all'indicazione nel bando le negoziazioni presuppongono generalmente un motivo giustificato. L'elenco dei motivi alla base di una negoziazione di cui al capoverso 2 non va inteso in senso esaustivo. I seguenti motivi possono giustificare una negoziazione.

*Let. a:* sulla base delle offerte presentate risultano necessarie modifiche delle prestazioni. È ipotizzabile ad esempio che un offerente presenti una variante che successivamente viene sottoposta a tutti gli offerenti in vista di un'aggiunta all'offerta. La negoziazione si dimostra come la soluzione più opportuna al posto di un'interruzione e dell'indizione di un nuovo bando. Essa trova i propri limiti laddove l'oggetto della prestazione risulti così modificato da determinare una nuova cerchia di offerenti. In questo caso non rimane altra soluzione che indire un nuovo bando.

*Let. b:* se un solo offerente presenta un'offerta la commessa gli può essere aggiudicata mediante incarico diretto. Dato che le negoziazioni sono sempre state lecite nella procedura per incarico diretto (sia secondo il diritto cantonale che secondo quello federale) e lo dovranno essere anche in futuro, questa fattispecie rappresenta una mera chiarificazione della prassi attuale.

*Let. c:* nel caso di prestazioni complesse non è solitamente possibile comprendere pienamente e dare seguito alle aspettative del committente in occasione del primo ciclo di trattative. Se non viene avviato un dialogo, occorre procedere anche in questi casi a un altro ciclo di trattative per soddisfare il fabbisogno di acquisto.

#### *Cpv. 3*

Non sussiste un obbligo di avviare negoziazioni, né il committente è tenuto ad avviare negoziazioni con tutti gli offerenti. Sono invitati a partecipare alle avviare negoziazioni solamente gli offerenti che sono presi ragionevolmente in considerazione ai fini dell'aggiudicazione. In genere devono essere invitati non meno di tre offerenti.

Il *capoverso 4* sancisce esigenze comuni in fatto di trasparenza e di imparzialità delle negoziazioni in generale e dell'avvio delle stesse in particolare. La lettera b concretizza il principio di confidenzialità delle norme sull'aggiudicazione (art. 13 lett. d AP-LAPub). Il committente deve documentare sufficientemente tutti i passi intrapresi.

### **Art. 27                      Comunicazione e iscrizione a verbale**

La presente disposizione stabilisce le esigenze formali poste all'avvio di negoziazioni. Essa corrisponde all'attuale articolo 26 capoversi 2 e 3 OAPub (fermo restando che la disposizione relativa al numero minimo di offerenti da invitare alle negoziazioni è d'ora in poi disciplinata all'art. 26 cpv. 3 AP-LAPub).

Le negoziazioni non si svolgono in una situazione di vuoto normativo. Esse sottostanno ai requisiti legali come pure ai principi di proporzionalità e di imparzialità. Le indicazioni fornite all'articolo 26 AP-LAPub e l'iscrizione a verbale dei pareri sono destinate a garantire l'osservanza delle prescrizioni legali. I verbali devono essere firmati di volta in volta da entrambe le parti.

### **Art. 28                      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:4 lett. a GPA 2012 amplia il numero delle procedure possibili rispetto al *numerus clausus* dell'articolo VII:3 GPA 1994. Contrariamente all'articolo XIV:2 GPA 1994, l'articolo XII GPA 2012 non contiene più la limitazione secondo la quale l'oggetto delle trattative (che restano salve) 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:2 lett. f GPA 2012 rispetto all'art. IX:6 lett. b GPA 1994). L'articolo VII:2 lett. f GPA 2012 reca le condizioni che devono essere soddisfatte nel bando.

Nell'UE il cosiddetto dialogo competitivo, quale strumento per accrescere la flessibilità in caso di progetti particolarmente complessi, era già stato introdotto con l'articolo 29 della Direttiva 2004/18/CE e fin dall'inizio ha suscitato un grande interesse. L'articolo 48 della nuova Direttiva 2014/24/UE è volto a ottimizzare e semplificare la procedura di dialogo competitivo.

Una *variante elvetica* del dialogo competitivo 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 pubblici<sup>96</sup>. Questo strumento non è finora previsto dalle legislazioni cantonali.

#### *Cpv. 1*

Nel caso di progetti particolarmente complessi, di prestazioni intellettuali o di progetti innovativi il committente non è sovente in grado – o lo è soltanto a fronte di un dispendio sproporzionato – di stabilire, senza la collaborazione degli offerenti, l'oggetto dell'appalto in maniera tale da soddisfare le proprie necessità o da valutare quali siano le soluzioni offerte dal mercato. Se il committente privilegia unilateralmente una soluzione, vi è il rischio che le risorse e il potenziale di innovazione del mercato non siano pienamente sfruttati.

La complessità in relazione a peculiarità tecniche o giuridiche può motivare o essere la conseguenza della soluzione di finanziamento prescelta (in particolare nell'ambito del partenariato pubblico-privato)<sup>97</sup>. In simili casi la ricerca di soluzioni o di modi di procedere fa idealmente parte dell'appalto (e non dell'analisi di mercato preliminare), poiché in mancanza di conoscenze specifiche da parte del

<sup>96</sup> Rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010, pagg. 17 seg.

<sup>97</sup> Cfr. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), pagg. 1–4.

committente è necessario che quest'ultimo discuta e sviluppi ulteriormente con gli offerenti, nel quadro di una procedura strutturata, le soluzioni e i modi di procedere possibili.

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.

*Cpv. 2*

Il principio di trasparenza deve essere osservato anche nel caso del dialogo. Il committente indica nella documentazione del bando le proprie richieste ed esigenze nonché i criteri (di idoneità) sulla base dei quali sceglierà i partecipanti al dialogo. Egli fornisce con sufficiente anticipo agli offerenti scelti (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<sup>98</sup>. Sono ipotizzabili, ma difficilmente realizzabili nella pratica, dialoghi comuni, ovvero multilaterali, nel cui ambito le singole soluzioni e proposte possono essere combinate tra loro nonché discusse e sviluppate tra gli offerenti.

A seconda del volume dell'oggetto da appaltare o della 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 esattamente il meccanismo di remunerazione 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. 3*

L'obiettivo del dialogo è concretizzare le esigenze funzionali formulate dal committente oppure le soluzioni o i modi di procedere 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, non è necessario che il committente prosegua il dialogo con questo offerente. Una comunicazione all'offerente in questione sotto forma di decisione impugnabile può essere effettuata immediatamente o al momento dell'aggiudicazione.

*Cpv. 4*

Il presente capoverso ribadisce i principi della parità di trattamento, della confidenzialità e della trasparenza. In linea di massima la trasmissione di informazioni confidenziali esige il consenso degli offerenti interessati. Occorre in particolare garantire che vengano tutelati il diritto d'autore e il principio di lealtà<sup>99</sup>.

*Cpv. 5*

Per motivi 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 adeguatamente anche il loro dispendio.

*Cpv. 6*

Gli offerenti che arrivano alla fase finale del dialogo sono informati sulla sua conclusione e sui contenuti rilevanti e invitati a inoltrare entro il termine stabilito la loro offerta definitiva completa<sup>100</sup>. Il committente valuta le offerte inoltrate in funzione dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando o nella relativa documentazione e sceglie l'offerta più conveniente sotto il profilo economico. L'ordinanza disciplina i dettagli.

## **Art. 29 Contratti quadro**

L'istituto dei contratti quadro non è previsto né dal GPA 1994 né dal GPA 2012. L'articolo XV: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.

Negli Stati membri dell'UE si sono già affermate da lungo tempo le cosiddette centrali di committenza con il compito di acquistare prestazioni per un grande numero di committenti. Lo strumento scelto a tal fine è l'accordo quadro. In occasione dell'acquisto di grandi quantitativi queste procedure hanno contribuito (e contribuiscono) a migliorare la concorrenza e a razionalizzare il settore degli appalti pubblici. In particolare nell'ambito dei medicinali, attualmente sarebbe impensabile effettuare acquisti senza lo strumento dell'accordo quadro.

Il concetto di accordo quadro è stato introdotto nella legislazione comunitaria dalle Direttive 2004/17/CE (art. 14 e 29) e 2004/18/CE (art. 32). Questo strumento, ampiamente utilizzato e considerato una tecnica di aggiudicazione efficiente in tutta Europa, è ora previsto anche dalle nuove Direttive 2014/24/UE (art. 33) e 2014/25/UE (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 (cfr. art. 13 AP-LAPub), che sono rilevanti sia per la conclusione del contratto quadro sia (ad eccezione delle disposizioni sulla protezione giuridica) per l'aggiudicazione delle singole commesse.

Il contenuto e il volume della singola commessa come pure la procedura per la sua aggiudicazione dipendono direttamente dal contratto quadro e dalla sua densità normativa. Se sono già state tutte stabilite nel contratto quadro, le condizioni si applicano anche alle singole commesse che si basano su tale contratto. Le prestazioni devono essere descritte in maniera dettagliata nel contratto relativo alla commessa singola. Generalmente esso indica soltanto i quantitativi da fornire e le scadenze nonché, eventualmente, condizioni commerciali speciali (sconti).

Il rinvio alle ripercussioni dei contratti quadro sulla concorrenza si fonda sull'articolo XV:7 GPA 2012. In questo senso non sarebbe lecito mettere a concorso, ad esempio, un contratto quadro per il fabbisogno IT dell'Amministrazione federale negli anni 2013–2017. Ciò sottrarrebbe per diversi anni alla concorrenza un numero considerevole di mercati materialmente separati. I contratti quadro devono

<sup>98</sup> Cfr. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), pag. 7 seg.

<sup>99</sup> Cfr. la sentenza dell'Obergericht del Cantone di Zurigo del 24.05.2012, causa N. LK020010, confermata dal Tribunale federale con la sentenza 4A\_397/2012 dell'11.01.2013.

<sup>100</sup> Cfr. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), pagg. 9 seg.

sempre essere limitati a un mercato specifico. Le prestazioni devono essere sufficientemente descritte. Il contratto quadro non sostituisce una descrizione lacunosa delle prestazioni.

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 50 AP-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. Le prestazioni devono essere nuovamente messe a concorso al raggiungimento della durata prevista (compresa l'opzione), oppure tempestivamente prima della scadenza del contratto.

#### *Cpv. 2*

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 rilevato<sup>101</sup> 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 LAPub<sup>102</sup>. Una limitazione 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 formula di calcolo dell'articolo 17 capoverso 6 AP-LAPub e alla normativa dell'UE, la durata di un contratto quadro deve essere al massimo di quattro anni. Non è ammessa una proroga automatica. Un contratto quadro di durata indeterminata che non può essere disdetto per diversi anni conferisce al destinatario dell'aggiudicazione un vantaggio concorrenziale e può 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 quattro 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 e conservazione 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 più contratti quadro e se permane una concorrenza residua tra gli offerenti a seguito della procedura per l'aggiudicazione delle singole commesse.

Inoltre il contratto quadro viene prorogato per la durata dei singoli contratti che sono conclusi nel periodo di validità del contratto quadro. Tuttavia, per la conclusione di tali contratti occorre accertarsi che non venga superata la durata massima di quattro anni o che questa venga superata soltanto in casi eccezionali.

#### *Cpv. 3*

Se il contratto quadro è concluso con un solo offerente, all'aggiudicazione si applicano sempre le condizioni del contratto quadro. In vista dell'aggiudicazione di una singola commessa il committente – posto che le condizioni non siano state stabilite 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 contratto relativo alla singola commessa.

#### *Cpv. 4*

Se conclude contratti quadro con più offerenti (per motivi legati al fabbisogno di risorse, alla sicurezza dell'approvvigionamento, per evitare la dipendenza da un solo fornitore, per ridurre i costi di transazione o per altri motivi sufficienti), in vista dell'aggiudicazione della singola commessa il committente può riaprire nuovamente il concorso conformemente alla procedura prevista al capoverso 4. In questa procedura di aggiudicazione vengono poste condizioni concrete, ad esempio nel caso delle prestazioni definite nei contratti di appalto (lett. a). L'osservanza dei principi generali, in particolare del principio dell'acquisto economicamente conveniente, deve essere costantemente garantita.

In alternativa le prestazioni possono anche essere aggiudicate 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 aggiudicazioni dirette devono essere osservati i principi generali (parità di trattamento, trasparenza, economicità, concorrenza tra gli offerenti). I criteri di aggiudicazione devono essere resi noti di volta in volta e applicati secondo il principio della parità di trattamento.

Anche in occasione della conclusione di più contratti quadro si può ottemperare al principio dell'offerta economicamente più favorevole (art. 43 AP-LAPub) se, in base a tutte le circostanze, è possibile valutare cosa sia «economicamente più favorevole»: 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 aggiudicazione consente inoltre di garantire che la singola commessa sia aggiudicata all'offerta economicamente più favorevole.

Se non condividono le decisioni in materia di procedura di aggiudicazione, le parti dei contratti quadro possono adire i tribunali civili. Non possono invece avvalersi della possibilità del ricorso ai sensi degli articoli 54 seguenti AP-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 le esigenze che devono essere adempite sotto il profilo personale, formale e materiale in occasione di un bando pubblico («condizioni di partecipazione», «criteri di idoneità», «criteri di selezione», «specifiche tecniche», «requisiti formali», «qualificazione degli offerenti», «criteri di valutazione» e «criteri di aggiudicazione»). Il presente avamprogetto uniforma e chiarisce i concetti, fermo restando che funge da guida la nota triade del diritto vigente composta da «criteri di idoneità, specificazioni tecniche e criteri di aggiudicazione». Nella prassi si è inoltre affermata la formulazione di condizioni formalizzate di partecipazione. Le esigenze di forma e gli elenchi degli offerenti idonei sono disciplinati in una disposizione speciale.

<sup>101</sup> CRM 2000-007 del 3 novembre 2000, consid. 3 lett. c/ii.

<sup>102</sup> Cfr. il rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010, pag. 9 seg.

Le condizioni di partecipazione, i criteri di idoneità, gli elenchi, i sistemi di registrazione, le specificazioni 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.

Mentre i criteri di idoneità si riferiscono alle capacità e alle qualità degli offerenti, le specificazioni tecniche e i criteri di aggiudicazione sono sempre correlati alle offerte. Se l'offerente adempie i criteri di idoneità e la sua offerta è conforme alle specificazioni tecniche, il committente verifica se e in quale misura l'offerta soddisfa i criteri di aggiudicazione riferiti alle prestazioni.

Fin dal 2010 il Consiglio federale si è dichiarato a favore di acquisti sostenibili<sup>103</sup>; di conseguenza il concetto di sviluppo sostenibile è stato recepito nell'articolo 27 capoverso 2 OAPub. Analogamente anche i Cantoni hanno inserito 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»<sup>104</sup>.

All'articolo IX: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/CE e 64 della Direttiva 2014/24/UE sugli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti. Oltre alla Confederazione soltanto due Cantoni, quelli del Vallese e di Turgovia, prevedono attualmente una normativa analoga nella loro legislazione. Gli altri Cantoni vi hanno rinunciato per motivi di libero accesso al mercato.

### **Art. 30**                    **Condizioni di partecipazione**

#### *Cpv. 1 e 2*

Gli offerenti devono adempire indistintamente le condizioni di partecipazione a prescindere dall'oggetto della prestazione e fornire la prova della loro osservanza. Nella prassi si è affermata l'autodichiarazione sulla base di prove formalizzate. 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 esigibili 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 di trattamento tra uomo e donna o l'osservanza della parità salariale può essere accertata autonomamente o da parte di terzi, ad esempio con lo strumento LOGIB. Il committente è libero di decidere quali dichiarazioni o prove intende esigere riguardo all'obbligo di osservare la parità salariale, le disposizioni in materia di tutela del lavoro e le condizioni di lavoro (cfr. all. 1 n. 6 AP-OAPub).

### **Art. 31**                    **Criteri di idoneità**

Il capoverso 1 definisce i criteri di idoneità quali criteri oggettivamente necessari e verificabili per l'esecuzione della commessa. Sebbene siano sempre riferiti alla persona dell'offerente, questi criteri vanno definiti con riguardo all'oggetto della prestazione. I criteri prescelti non devono limitare la cerchia degli offerenti più di quanto giustificato dall'oggetto dell'appalto (art. VIII:1 GPA 2012).

Il capoverso 2 prevede una disposizione potestativa per la formulazione dei criteri di idoneità. Ne risulta un'enumerazione non esaustiva delle tematiche che i criteri di idoneità devono considerare. Si tratta esclusivamente di esigenze riferite agli offerenti, ovvero delle capacità professionali, finanziarie, economiche, tecniche e organizzative degli offerenti, come pure della loro esperienza.

#### *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 convalidare le prove chiedendo attivamente ulteriori informazioni. In caso di dubbi palesi sull'affidabilità di una prova se ne impone ovviamente una convalida.

#### *Cpv. 4*

Il capoverso 4 attua la regolamentazione dell'articolo VIII:2 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. Questa 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:2 lett. b GPA 2012). Commesse equivalenti di committenti pubblici o privati devono tuttavia essere sempre ammesse come referenze.

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 nell'ambito dei 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)<sup>105</sup>.

### **Art. 32**                    **Elenchi**

Il GPA prevede all'articolo IX:7-13 GPA 2012 una cosiddetta «multi-use list». Gli elenchi servono 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 privilegiare gli offerenti che vi figurano. Entrambi questi aspetti devono essere ponderati. Vantaggi analoghi in termini di efficienza si possono anche conseguire con l'introduzione di profili di offerenti sulla piattaforma elettronica simap.ch. 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*

<sup>103</sup> Cfr. il rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010, pagg. 19 seg.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> Cfr. DTF 139 II 489, consid. 3.2 seg.

Il capoverso 1 precisa l'articolo 19 AP-LAPub e offre ai committenti la possibilità di tenere un elenco degli offerenti idonei. Il principio di trasparenza si applica anche alla tenuta di simili 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:10 GPA 2012). La pubblicazione è effettuata periodicamente sulla piattaforma elettronica della Confederazione e dei Cantoni e – a scelta del committente – su altri organi di pubblicazione. Le indicazioni devono essere costantemente aggiornate. L'accessibilità dei contenuti registrati nell'elenco è retta dalla legge sulla trasparenza.

*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 radiazione 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.

*Cpv. 5*

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

### **Art. 33 Criteri di aggiudicazione**

*Cpv. 1*

Il capoverso 1 introduce d'ora in avanti anche il concetto della valutazione del ciclo di vita. «Costi di ciclo di vita» è un concetto generico che comprende i costi di produzione, di esercizio e di smaltimento. 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 presa in considerazione non deve provocare una discriminazione occulta di singoli offerenti.

Il criterio della «sostenibilità» comprende gli aspetti economici, ecologici e sociali. L'aspetto della compatibilità ambientale può includere ad esempio fattori come l'inquinamento dell'acqua e dell'aria e il deterioramento del suolo. L'aspetto della sostenibilità sociale consente tra l'altro di tenere conto dell'occupazione di persone affette da problemi di salute, a condizione però che questi posti di lavoro presentino un nesso con l'appalto concreto. Le Raccomandazioni per una prassi sostenibile degli acquisti pubblici<sup>106</sup> informano i servizi di aggiudicazione della Confederazione su come prendere in considerazione le esigenze ecologiche e sociali nel caso concreto.

Nell'ipotesi di aggiudicazioni riferite a persone (ad es. esperti, uffici di revisione) anche le presentazioni fatte dagli offerenti possono costituire possibili criteri di aggiudicazione, a condizione che aspetti come il prezzo e la qualità vengano presi adeguatamente in considerazione.

*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). Si tratta di un «criterio potestativo» introdotto a seguito di un'iniziativa parlamentare<sup>107</sup>. La sua presa in considerazione rientra nel potere discrezionale del committente e avviene nel rispetto del 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 assoluto<sup>108</sup>.

*Cpv. 3*

Ai fini della trasparenza i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione (relativa) devono essere comunicati nel bando o nella relativa documentazione (ivi compresa la documentazione relativa all'offerta per la procedura su invito). Nel caso dei cosiddetti bandi funzionali (in particolare se si ricorre al dialogo) si può eccezionalmente rinunciare alla comunicazione preliminare della ponderazione: se sono oggetto dell'appalto soluzioni, proposte di soluzione o modi di procedere 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 anticipatamente l'ordine di priorità dei criteri e stabilirne in maniera tracciabile la valutazione.

### **Art. 34 Specificazioni tecniche**

*Cpv. 1*

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:1 GPA 2012). Esso contiene inoltre un'enumerazione non esaustiva dei requisiti che rientrano nell'ambito delle specifiche tecniche (art. I lett. u GPA 2012).

*Cpv. 2*

In sintonia con l'articolo VI:2 GPA 1994 e con l'articolo X:2 GPA 2012 il committente definisce le specificazioni tecniche relativamente alle esigenze in fatto di prestazioni e di funzioni, fondandosi al riguardo su norme internazionali o su altri documenti normativi, su prescrizioni tecniche in uso in Svizzera, su 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 ai sensi della legge sui prodotti da costruzione (LProdC)<sup>109</sup>. Le norme internazionali o i documenti normativi devono in particolare essere considerati disponibili ai sensi della presente disposizione se sono stati designati conformemente alle prescrizioni tecniche in uso in Svizzera.

<sup>106</sup> DFF/UFCL/CA, Acquisti sostenibili. Raccomandazioni per i servizi di acquisto della Confederazione, Berna, 2014. Consultabile all'indirizzo <https://www.bkb.admin.ch/bkb/it/home/hilfsmittel/merkblaetter.html>

<sup>107</sup> 03.445 Iniziativa parlamentare. La formazione di apprendisti come criterio per l'aggiudicazione di appalti pubblici (N 20 giugno 2003, Lustenberger).

<sup>108</sup> Cfr. sentenza del TF 2P.242/2006 del 16 marzo 2007, consid. 4.2.1 segg.

<sup>109</sup> Legge federale dell'8 ottobre 1999 concernente i prodotti da costruzione, RS 933.0.

Il *capoverso 3* contiene una clausola prevista dagli articoli VI:3 GPA 1994 e X: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 di commercio, 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'altra modalità sufficientemente precisa e comprensibile. Questa eccezione si verifica nella prassi e pertanto non è possibile prevedere un divieto assoluto. Il committente può nondimeno ricorrere alla scheda informativa di un determinato prodotto soltanto se le esigenze tecniche sono formulate in maniera talmente aperta da poter essere adempite anche da un altro prodotto. Se esige eccezionalmente specificazioni tecniche orientate su prodotti e prestazioni di servizio di determinati offerenti, il committente deve anche ammettere prodotti e prestazioni di servizio della concorrenza purché ne sia comprovato l'adempimento delle esigenze richieste. Il committente deve indicare questa possibilità nella documentazione del bando ricorrendo alla locuzione «o equivalente» oppure utilizzando una designazione corrispondente<sup>110</sup>.

*Cpv. 4*

Conformemente all'articolo X:6 GPA 2012 il capoverso 4 prevede in forma separata le specificazioni tecniche per promuovere o conservare le risorse naturali o la protezione dell'ambiente. Questa regolamentazione sottostà alla riserva dei limiti di cui all'articolo 13 (cfr. art. X:1-5 GPA 2012) e non può causare una forma di protezionismo od ostacolare in altro modo il commercio. Oltre al divieto di discriminazione (art. IV GPA 2012) devono essere osservate le disposizioni dell'articolo XXII:6-8 GPA 2012 (nessuna nuova misura discriminatoria o eliminazione di quelle esistenti [stand still], contenuto di futuri negoziati e attuazione del programma di lavoro sullo sviluppo sostenibile del GPA 2012). La formulazione di specificazioni tecniche non deve inoltre provocare una distorsione occulta della concorrenza.

## **Art. 35                    Consorzi e subappaltatori**

*Cpv. 1*

I consorzi sono già ammessi in linea di massima dalla legislazione in vigore (art. 21 OAPub). Essi, come anche i subappaltatori che forniscono prestazioni essenziali, devono sempre essere resi noti. Non esiste tuttavia un diritto (giustiziabile) degli offerenti all'istituzione di un consorzio; il committente dispone al riguardo di un ampio potere di apprezzamento. Sovente le prestazioni da acquistare possono essere senz'altro offerte da un solo offerente.

*Cpv. 2*

Il diritto in materia di appalti pubblici deve consentire acquisti economici e neutrali sotto il profilo della concorrenza; esso non è destinato a promuovere determinati settori economici o forme organizzative. I consorzi possono essere limitati o addirittura esclusi per motivi fondati. Una simile esclusione è in particolare giustificata se un eccessivo dispendio di risorse per il coordinamento pregiudica lo scopo dell'appalto o genera inutili costi di transazione.

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 adempire tutti i criteri di idoneità). Se si escludono sia i consorzi che i subappaltatori diviene necessaria una motivazione qualificata. Al contrario, l'ammissione di subappaltatori compensa l'esclusione di consorzi.

*Cpv. 3*

Le candidature multiple di subappaltatori non sono auspicabili per quanto concerne il diritto in materia di concorrenza. Da un lato, esse possono agevolare collusioni tra gli offerenti e, d'altro lato, una parte – in alcuni casi determinante – delle offerte (essendo identica) verrebbe neutralizzata dal punto di vista del diritto in materia di appalti pubblici. La concorrenza tra offerenti ne risulta indebolita. 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.

*Cpv. 4*

Questa disposizione intende impedire le offerte di offerenti «virtuali», ovvero di offerenti che non assumono personalmente compiti o assumono soltanto compiti marginali. L'interposizione di simili offerenti, che mettono principalmente a disposizione il loro nome, provoca necessariamente costi supplementari. I committenti devono acquistare le prestazioni direttamente dai fornitori. In casi motivati si può derogare a questo principio. Il contenuto caratteristico della prestazione è determinato in funzione del bando.

## **Art. 36                    Lotti e prestazioni parziali**

*Cpv. 1*

I lotti e le prestazioni parziali non possono essere utilizzati per frazionare una commessa o come strumento per sfuggire all'applicazione dei valori soglia (art. II:6 GPA 2012). 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.

*Cpv. 2*

A discrezione del committente, una prestazione può essere messa a concorso nel suo complesso o in parti (lotti). Da un lato, la concentrazione del volume può comportare vantaggi in termini di prezzi. D'altro lato, la suddivisione di un appalto in singoli lotti promuove la concorrenza e fa aumentare in particolare le possibilità per le PMI di partecipare ad appalti importanti.

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 geografici (ad es. Svizzera orientale e occidentale), materiali (come lavori di tinteggiatura, di gessatura), quantitativi o temporali. La valutazione e l'aggiudicazione vengono 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.

L'aggiudicazione viene effettuata separatamente per ogni lotto. Gli offerenti possono presentare offerte per singoli lotti o per tutti i lotti. Nella documentazione del bando il numero di lotti ammesso per offerente può tuttavia essere limitato.

*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. Il committente (ad es. per evitare dipendenze) può così stabilire che ogni lotto sia aggiudicato a un offerente diverso o che un offerente

<sup>110</sup> Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010 ad art. 16a cpv. 4 OAPub, pag. 11.

possa ottenere soltanto un numero determinato di lotti. Questa limitazione della libertà di scelta non può tuttavia essere sfruttata per favorire determinati offerenti o gruppi di offerenti.

*Cpv. 4 e 5*

La scomposizione delle prestazioni rende 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 anche se viene presentata un'offerta globale (cpv. 5).

#### **Art. 37 Varianti**

*Cpv. 1*

La presente disposizione corrisponde all'attuale articolo 22a capoverso 1 OAPub. Le varianti presentano vantaggi e svantaggi. Da un canto, esse consentono soluzioni migliori di quelle definite nel bando. D'altro canto, esse rendono difficile il confronto delle diverse offerte e fanno aumentare i costi di transazione. 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 vengono limitate o escluse, è possibile proporre varianti. In ogni caso deve comunque essere presentata un'offerta per la «variante ufficiale».

*Cpv. 2*

Le varianti non perseguono 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 di contenuto per quanto riguarda le prestazioni rispetto a quanto previsto nel bando, ma devono comunque essere equivalenti all'oggetto dell'appalto dal punto di vista funzionale. Esse sono irrilevanti se vanno oltre l'oggetto della prestazione messa a concorso. Il capoverso 2 riprende la normativa dell'articolo 22a capoverso 2 OAPub. In caso di differenze nel tipo di prezzo il confronto tra le offerte diviene molto difficile. Se l'offerente opta soltanto a favore di un altro tipo di prezzo (ad es. un prezzo globale al posto del prezzo unitario) non si è in presenza di una variante, bensì di un'offerta non conforme al bando. Nel singolo caso 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 rendere ammissibili anche diversi tipi di prezzo<sup>111</sup>. È necessario che le diverse offerte rimangano sempre comparabili e valutabili.

#### **Art. 38 Esigenze di forma**

Le offerte devono sempre essere presentate per scritto (art. XV:4 GPA 2012). La legge consente la presentazione in forma elettronica delle offerte ricorrendo a un'identificazione incontrovertibile degli offerenti. Le esigenze di forma, in particolare l'osservanza dei termini per la presentazione delle offerte e la completezza dei documenti, devono essere definite nel bando o nella relativa documentazione.

L'inosservanza delle esigenze di forma può comportare l'esclusione di un'offerta o la nullità della procedura di aggiudicazione. Non tutte le irregolarità giustificano comunque una simile sanzione. Per motivi di proporzionalità si può e si deve prescindere dall'esclusione di un'offerta o dalla dichiarazione di nullità della procedura se la lacuna constatata è relativamente modesta e se lo scopo dell'esigenza di forma in questione non ne è seriamente pregiudicato (divieto di eccesso di formalismo)<sup>112</sup>.

### **Capitolo 6: Iter della procedura di aggiudicazione**

#### **Art. 39 Contenuto del bando**

Il presente articolo attua i requisiti dell'articolo VII:2 e 3 GPA 2012 relativi al contenuto minimo del bando pubblico. Nella misura in cui un'indicazione è soggetta all'obbligo di pubblicazione, lo stesso vale anche per la sua rettifica. 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:* le richieste relative alle lingue ufficiali nel settore degli appalti pubblici sono state a più riprese oggetto di interventi parlamentari<sup>113</sup>. Per esaminare a fondo questa tematica il Consiglio federale ha commissionato uno studio globale. Seguendo le raccomandazioni di questo studio, il 30 aprile 2014 il Consiglio federale ha deciso che in futuro nelle procedure dei bandi della Confederazione i documenti e le richieste dei partecipanti alla procedura saranno ammesse in tutte le lingue ufficiali. Nella procedura su invito il committente dovrebbe per quanto possibile procurarsi almeno un'offerta di un offerente proveniente da un'altra regione linguistica. Questa decisione sarà attuata a livello di ordinanza. La Conferenza degli acquisti della Confederazione ha inoltre emanato raccomandazioni per la promozione del plurilinguismo in ambito di acquisti pubblici. L'Amministrazione federale si impegna a elaborare una soluzione equa ed efficace e a tenere maggiormente conto del plurilinguismo nel settore degli appalti pubblici. Dato che questo modo di procedere provoca un maggiore dispendio e quindi costi più elevati per l'Amministrazione, negli avamprogetti si è scelto un compromesso tra promozione del plurilinguismo e maggiore efficienza dell'attività amministrativa. Questa ponderazione (maggiori costi per i contribuenti vs. plurilinguismo) è sottoposta al dibattito politico.

Il committente dovrà comunque essere libero di definire la lingua del progetto e – nel caso ad esempio delle opere edili – di adeguarla alla situazione geografica.

*Let. p:* la ponderazione dei criteri di aggiudicazione non deve essere indicata per tutti i progetti di appalto. Nel caso dei bandi funzionali vi si può rinunciare (art. 33 cpv. 3 AP-LAPub).

#### **Art. 40 Contenuto della documentazione del bando**

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

<sup>111</sup> Cfr. rapporto esplicativo del DFF del 1° gennaio 2010 ad art. 22a cpv. 2 OAPub, pag. 15.

<sup>112</sup> Cfr. sentenza del TF 2D\_50/2009 del 25 febbraio 2010, consid. 2.4.

<sup>113</sup> Ad es. 12.3739 mozione, Bandi della Confederazione. Equità tra le regioni linguistiche (N 19.09.2012, Hodgers);

12.3914 mozione, Appalti pubblici nelle tre lingue ufficiali della Confederazione (N 28.09.2012, de Buman);

12.3910 postulato, Legge sugli acquisti pubblici. Per combattere le distorsioni (N 28.09.2012, Darbellay);

13.4042 mozione, Bandi di concorso. Possibilità di redigerli nella lingua ufficiale di propria scelta (N 02.12.2012, Bourgeois);

14.3885 interpellanza, Appalti pubblici. Tutta la procedura di aggiudicazione nella lingua del luogo di costruzione (N 25.09.2014, Cassis).

*Let. c:* i criteri di idoneità sono esigenze minime in ordine all'idoneità degli offerenti e pertanto non vengono di norma ponderati. Costituisce un'eccezione la prequalificazione nell'ambito della procedura selettiva. Dato che in questa procedura solo un numero determinato di offerenti idonei sono autorizzati a presentare un'offerta, la prequalificazione deve sfociare in una graduatoria. Questa può essere ottenuta soltanto valutando i singoli criteri di idoneità.

*Let. d:* la ponderazione dei criteri di aggiudicazione deve essere indicata unicamente se non sussiste un'eccezione ai sensi dell'articolo 33 capoverso 3 AP-LAPub. In caso di appalto di soluzioni, di proposte di soluzione o di modi di procedere, una ponderazione anticipata dei criteri di aggiudicazione è quasi impossibile.

*Let. g:* nel caso degli appalti della Confederazione generalmente l'apertura delle offerte non è pubblica. Esistono comunque casi in cui le offerte sono aperte pubblicamente. Questo margine di manovra concesso ai servizi di aggiudicazione non deve essere limitato.

#### **Art. 41 Apertura delle offerte**

##### *Cpv. 1*

Dopo la loro ricezione le offerte sono aperte nel quadro di una procedura formalizzata e verificate quanto alla loro completezza formale. In questo modo si evitano miglioramenti successivi delle offerte nell'interesse della parità di trattamento degli offerenti. La tradizione cantonale dell'apertura pubblica delle offerte non si è affermata a livello di Confederazione. Ciò è riconducibile a due motivi: da un lato, in seno alla Confederazione già in passato esisteva la possibilità di avviare negoziazioni sulle offerte. Se gli offerenti sono a conoscenza delle offerte dei loro concorrenti non è possibile condurre negoziazioni efficaci. D'altro lato, l'apertura pubblica delle offerte comporta il pericolo dello scambio di prezzo tra gli offerenti. Un simile scambio di prezzo è poco auspicabile per quanto concerne il diritto in materia di concorrenza poiché favorisce pratiche concordate in caso di bandi futuri.

##### *Cpv. 2*

Dopo la loro apertura le offerte pervenute sono registrate in un verbale. Al riguardo si procede unicamente a una verifica formale dei dati e alla loro conservazione. Osservazioni sul contenuto delle offerte non sono iscritte a verbale. Il verbale è messo agli atti concernenti l'aggiudicazione. Esso è accessibile conformemente alla legge sulla trasparenza, fermo restando che eventuali segreti d'affari e indicazioni confidenziali devono essere debitamente tutelati. La pubblicazione del verbale dell'apertura delle offerte può essere effettuata soltanto dopo il passaggio in giudicato della decisione di aggiudicazione.

#### **Art. 42 Verifica e valutazione delle offerte**

##### *Cpv. 1*

I capoversi 1 e 2 corrispondono in ampia misura alla legislazione in vigore e riuniscono i principi degli articoli 25 OAPub e § 28 DAAP. Le offerte presentate vanno anzitutto verificate sotto il profilo dell'osservanza delle esigenze di forma (presentazione tempestiva, completezza, firme ecc.). Successivamente le offerte vanno rettifiche dal punto di vista tecnico e aritmetico e verificate sulla base dei criteri di idoneità e di aggiudicazione. Va infine allestita una tabella comparativa di tali offerte, che fungerà da base per la decisione di aggiudicazione.

Gli errori di calcolo evidenti sono rettificati d'ufficio (cpv. 1). Ciò significa che simili errori non si oppongono alla presa in considerazione dell'offerta. L'offerta rettificata va integrata nella valutazione. Il concetto di «errori di calcolo» utilizzato in questa sede corrisponde a quello del diritto civile, sancito all'articolo 24 capoverso 3 CO. Si tratta pertanto di un'operazione aritmetica effettuata in maniera errata con i valori indicati correttamente nell'offerta. Ne è ad esempio il caso se per una fornitura di materiale di 1000 m<sup>3</sup> a un prezzo di 2 franchi/m<sup>3</sup> è calcolato un prezzo complessivo di 200 franchi anziché di 2000 franchi. Un simile errore deve essere rettificato 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 e la consegna di un determinato tipo di calcestruzzo a 150 anziché a 250 franchi perché non sono stati inclusi i costi di trasporto) oppure gli errori nella dichiarazione del prezzo dell'offerente (ad es. listelli di legno franco segheria a 35 franchi al m<sup>3</sup> anziché a 350 franchi al m<sup>3</sup>). In questi casi la rettifica non è ammessa.

Nella prassi la verifica e la valutazione delle offerte sono documentate. È quanto impone il principio di trasparenza, e in caso di verifica successiva ciò permette di illustrare ad esempio i motivi alla base dell'aggiudicazione concreta. I dettagli sono disciplinati nell'ordinanza.

##### *Cpv. 2*

La rettifica delle offerte ha lo scopo di garantire la loro comparabilità, in particolare con riferimento alle indicazioni correlate con il rapporto qualità/prezzo. Essa si limita in linea di massima alla correzione di errori involontari e non può determinare una modifica delle offerte o una correzione delle lacune a posteriori (con l'eccezione della rettifica degli errori di calcolo)<sup>114</sup>.

Rientra nel potere discrezionale del committente decidere se e come provvedere alla rettifica delle offerte, fatta salva la parità di trattamento degli offerenti. Se le offerte vengono rettifiche per renderle oggettivamente confrontabili, occorre indicare in maniera tracciabile sia l'iter che il contenuto.

##### *Cpv. 3*

Questa disposizione si basa sull'articolo XV: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 compreso correttamente le condizioni di partecipazione e le modalità di esecuzione della commessa in caso di offerta con un prezzo 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. 46 lett. a AP-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 LCSL. Un'offerta è sleale se un'impresa colma 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 da sottrazioni di imposte e di tasse. Nel singolo caso l'esclusione di un'offerta inusitatamente bassa si impone inoltre se dal passaggio da prezzi unitari a prezzi forfettari risulta un importante rischio di aggiudicazione per gli enti pubblici. 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 improprio e quindi illecito tenere conto di simili dubbi in relazione alla qualità nella valutazione del prezzo per impedire in tal modo un'aggiudicazione indesiderata<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Cfr. DTAf B-2675/2012 del 23 luglio 2012, consid. 4.

<sup>115</sup> Cfr. CRM 2003-032 del 15 giugno 2004, consid. 2 segg.

*Cpv. 4*

La valutazione delle offerte può essere effettuata 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'allestimento della griglia di valutazione che nella valutazione dei criteri<sup>116</sup>.

*Cpv. 5*

Nel caso di progetti di appalto complessi con un numero elevato di specificazioni tecniche e di criteri di aggiudicazione, la verifica delle offerte comporta un dispendio notevole. Nella valutazione delle offerte si può ad esempio rendere necessario un test di laboratorio o un test sul campo per poter giudicare determinate caratteristiche della prestazione. 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 solo le offerte rimanenti a un'ulteriore verifica e valutazione. Ai sensi dei principi della parità di trattamento e 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. 43                   Aggiudicazione**

*Cpv. 1*

Un principio cardine del GPA esige che l'aggiudicazione venga effettuata all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico (art. XV:5 lett. a GPA 2012: «most advantageous tender»). Per questo motivo la legislazione sugli appalti pubblici sancisce il diritto di aggiudicare la commessa all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più favorevole<sup>117</sup>. Tale offerta è individuata prendendo in considerazione la qualità e il prezzo di una prestazione, nonché ulteriori criteri a seconda dell'oggetto della prestazione. La presa in considerazione di cosiddetti obiettivi secondari (come l'efficienza energetica e l'uso efficiente delle risorse, la promozione dell'innovazione e l'integrazione sociale) non deve tuttavia sfociare in una discriminazione occulta o nel rifiuto ingiustificato dell'accesso al mercato. Se, da un lato, le esigenze della protezione dell'ambiente e gli obiettivi sociali assumono un'importanza crescente nella prassi di aggiudicazione, dall'altro, non deve essere sottovalutato il loro potenziale di discriminazione.

*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). Già gli articoli X:7 lettera c e XV:5 lettera b GPA 2012 consentono di valutare le offerte solo in funzione del criterio del prezzo. Il committente dispone al riguardo di un potere di apprezzamento. Se non viene reso noto alcun criterio di aggiudicazione la commessa va aggiudicata esclusivamente in funzione del criterio del prezzo più basso.

L'importanza primaria del prezzo come criterio generale non può tuttavia essere desunta *di per sé* neppure nel caso dei beni standardizzati. Nella misura in cui sia necessario per una prassi possibilmente sostenibile degli appalti, al criterio del prezzo può senz'altro essere attribuita un'importanza secondaria (rispetto agli altri criteri di aggiudicazione dichiarati applicabili) anche nel caso di appalti più semplici. Ne è condizione che l'impiego economico dei fondi pubblici ai sensi dell'articolo 1 lettera a AP-LAPub sia garantito nel singolo caso. L'importanza del prezzo dipende sempre anche dal sistema di valutazione applicato.

#### **Art. 44                   Conclusione del contratto**

*Cpv. 1*

L'aggiudicazione di una commessa è una decisione ai sensi del diritto pubblico, mentre il contratto concluso successivamente è di natura privatistica. Sebbene l'offerente che presenta l'offerta economicamente più favorevole abbia diritto all'aggiudicazione, non sussiste alcun diritto alla conclusione di un contratto. La conclusione del contratto rientra nell'apprezzamento del committente.

La presente disposizione corrisponde ampiamente alla regolamentazione dell'articolo 22 capoverso 1 LAPub, ma viene ora sancito espressamente che occorre attendere anche 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 sospensivo<sup>118</sup>. A seguito dei termini per la trasmissione di simili domande e per la notificazione della decisione da parte del tribunale competente la prassi prevede un periodo di interruzione di 25 giorni complessivi. La sua durata può essere superiore se offerenti esteri hanno presentato un'offerta.

Il contratto di appalto concluso prematuramente non è senz'altro nullo ai sensi dell'articolo 20 CO. Il diritto in materia di appalti pubblici, consacrato primariamente all'economicità degli acquisti, non impone una sanzione così severa. Il difetto di contenuto 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 chiarire 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 (in caso di ulteriore fabbisogno) e di disdire il contratto concluso prematuramente, conformemente alle norme contrattuali in materia di disdetta, per una scadenza successiva alla conclusione del nuovo bando.

L'aggiudicazione effettuata per incarico diretto di commesse a partire da un valore di 150 000 franchi è impugnabile con il ricorso esattamente come la decisione di aggiudicazione nella procedura di pubblico concorso e selettiva o nella procedura su invito. Anche nel caso della procedura per incarico diretto occorre pertanto attendere la scadenza del termine di ricorso prima di concludere il contratto. Se del caso l'aggiudicazione può addirittura essere annullata dopo la conclusione del contratto senza che sia rimessa in discussione la validità del contratto ai sensi del diritto privato<sup>119</sup>.

Per quanto riguarda l'applicabilità del diritto privato, nella legislazione sugli appalti pubblici occorre operare 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 considerato 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 indirettamente<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. sentenza del TF 2D\_49/2011 del 25 settembre 2012, consid. 7.4.

<sup>117</sup> Cfr. sentenza del TF 2D\_49/2011 del 25 settembre 2012, consid. 1.3.1.

<sup>118</sup> Cfr. DTAF B-3402/2009 del 2 luglio 2009, consid. 7.1

<sup>119</sup> Cfr. DTAF B-3402/2009 del 2 luglio 2009, consid. 7.2.

<sup>120</sup> Cfr. sentenza del TF 4A\_397/2012 dell'11 gennaio 2013, consid. 2.2.

## Cpv. 2

Se la domanda di concessione dell'effetto sospensivo è rigettata, il contratto di appalto può essere senz'altro concluso con l'aggiudicatario. In assenza di una disposizione legale l'eventuale impugnazione davanti al Tribunale federale di decisioni in materia di misure cautelari non ha effetto sospensivo (essa è peraltro possibile soltanto in caso di violazione di diritti costituzionali e di questioni d'importanza fondamentale per quanto concerne il diritto in materia di aggiudicazioni<sup>121</sup>). La conclusione del contratto va comunque comunicata al tribunale adito. In questo modo al ricorrente è resa nota la possibilità della cosiddetta protezione giuridica in via subordinata.

## Art. 45 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:5 GPA 2012, art. 30 LAPub). La necessità di un appalto è decisa 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 materiali sufficienti e che l'interruzione non avvenga nell'intento o con l'effetto di discriminare in maniera mirata un offerente o di impedire la concorrenza<sup>122</sup>.

Nella prassi può verificarsi una «specificazione eccessiva». Oltre ai motivi menzionati alla lettera b, un'interruzione è pertanto ammessa anche se nessuna offerta adempie le specificazioni tecniche o ulteriori esigenze. Anche la modifica delle condizioni quadro (lett. c) e la possibilità di un'offerta più favorevole che ne consegue giustificano un'interruzione della procedura – ad esempio se il committente acquisisce nuove conoscenze (ad es. nuove tecniche) nel corso della procedura. Un'interruzione è comunque possibile anche a motivo di una modifica essenziale delle prestazioni richieste (lett. f) oppure quando le offerte presentate superano notevolmente i costi stimati (lett. d).

In presenza di una decisione di interruzione, le esigenze relative alla sua motivazione sono leggermente più elevate di quelle previste per la decisione di aggiudicazione: dalla decisione di interruzione devono emergere immediatamente i motivi per i quali il committente interrompe la procedura e se l'interruzione è definitiva o se è prospettata una ripetizione della procedura<sup>123</sup>.

L'obbligo di pubblicazione dell'interruzione non era finora previsto né dalla LAPub né dall'OAPub, ma non era nemmeno escluso per legge<sup>124</sup>. Questa incertezza del diritto è eliminata nel senso che l'interruzione dovrà d'ora in poi essere pubblicata (art. 50 cpv. 1 AP-LAPub). Si può invece rinunciare a una comunicazione individuale.

### Cpv. 2

La decisione di prescindere da un'aggiudicazione e di interrompere la procedura non è giustiziabile. In caso di interruzione gli offerenti non hanno diritto ad alcuna indennità per le spese sostenute ai fini della presentazione dell'offerta.

## Art. 46 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 sono state ampliate le fattispecie che motivano l'esclusione dalla procedura. L'articolo VIII:4 GPA 2012 reca a titolo esemplare 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; oppure
- f) mancato pagamento delle imposte.

Al riguardo si esige sempre la presenza di una cosiddetta «supporting evidence». Il fatto che il committente possa prendere in considerazione anche le esperienze negative derivanti da commesse precedenti come pure i risultati di un accertamento da parte della COMCO (accordi nell'ambito dei bandi di concorso, collusione) costituisce un'importante novità dell'articolo VIII:4 GPA 2012. Secondo il testo del GPA una violazione contrattuale precedente concernente un punto subordinato non autorizza tuttavia l'esclusione del pertinente offerente anche se tale violazione è stata commessa ripetutamente<sup>125</sup>.

Le sanzioni in ambito di aggiudicazioni pubbliche non si esauriscono nella possibilità di escludere offerenti dalla procedura. Un insieme di strumenti efficace deve inoltre comprendere la possibilità di stralciare 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.

L'articolo 46 AP-LAPub contiene un elenco *non esaustivo* di fattispecie che giustificano un'esclusione, una revoca dell'aggiudicazione o lo stralcio da un elenco. La formulazione potestativa indica che non tutte le infrazioni dell'offerente devono determinare imperativamente tali conseguenze. Ad esempio, l'esclusione non sarebbe giustificata se la violazione di una prescrizione fosse considerata di lieve entità e potesse essere immediatamente corretta. Nel caso dei controlli della parità salariale nel settore degli appalti pubblici della Confederazione è ad esempio prevista una soglia di tolleranza del 5 per cento poiché non si può escludere che nel controllo standardizzato non siano presi in considerazione taluni fattori rilevanti in un'impresa ai fini dello stipendio. Questo dovrebbe evitare che un'impresa sia sanzionata ingiustamente. Tuttavia, in presenza di una sentenza definitiva per reati gravi dovrebbe imporsi di regola l'esclusione (in questo senso anche l'art. 57:1 della Direttiva 24/2014/UE).

*Let. d:* il «contenuto di illiceità» è variabile. Sono presi in considerazione, da un lato, la condanna cresciuta in giudicato dell'offerente o dei suoi organi per un crimine (nei confronti di qualsiasi terzo) e, dall'altro, un crimine o un delitto «ai danni del committente»,

<sup>121</sup> Cfr. l'art. 83 lett. f n. 2 in combinato disposto con l'art. 98 LTF.

<sup>122</sup> Cfr. DTF 134 II 192, consid. 2.3 segg.

<sup>123</sup> Cfr. DTAF 2449/2012 del 6 settembre 2012, consid. 4.2 segg.

<sup>124</sup> Cfr. DTAF B-2449/2012 del 6 settembre 2012, consid. 3.4.1.

<sup>125</sup> Cfr. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (ed.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zurigo, 2012, pag. 36.

ovvero i casi in cui non si è ancora in presenza di una sentenza cresciuta in giudicato ma il committente è il danneggiato ai sensi dell'articolo 115 del Codice di procedura penale (CPP)<sup>126</sup>.

*Let. h:* una parte delle «disposizioni in materia di lotta contro la corruzione» figura nel Codice penale (art. 322<sup>ter</sup> segg. CP). La lettera h concerne tuttavia anche norme di diritto internazionale e disposizioni di natura civilistica che hanno per oggetto la lotta contro la corruzione – ad esempio quale clausola contrattuale autonoma o come parte integrante delle condizioni generali. Le conseguenze a livello di legislazione sugli appalti pubblici della violazione di queste disposizioni sono disciplinate come fattispecie propria in base a una raccomandazione dell'OCSE<sup>127</sup>.

*Let. m:* l'elenco comprende anche l'esecuzione carente di commesse precedenti (prima parte della frase) o il caso dell'offerente che ha altrimenti dimostrato di non essere una parte contrattuale affidabile e degna di fiducia (seconda parte della frase). Quest'ultima è una fattispecie di portata generale; la sua applicazione necessita di un'attenta ponderazione degli interessi.

Anche nel caso delle altre fattispecie occorre osservare il principio di proporzionalità e il divieto dell'eccesso di formalismo<sup>128</sup>. Ciò è opportuno anche perché nella maggior parte dei casi il committente potrebbe escludere un offerente dalla procedura corrente, stralciarlo da un elenco o revocare l'aggiudicazione soltanto in base a motivi di sospetto. Se deve giudicare fattispecie in un ambito giuridico per il quale non possiede particolari conoscenze specialistiche (ad es. violazione di norme professionali riconosciute, violazione di disposizioni in materia di lotta contro il lavoro nero o accordi in materia di concorrenza), il committente può se del caso consultare le autorità specializzate.

L'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione può essere effettuata mediante notifica individuale della decisione oppure implicitamente mediante aggiudicazione a un altro offerente. Già secondo la legislazione in vigore non sussiste il diritto a una notifica individuale<sup>129</sup>. Questa prassi va mantenuta anche nella nuova legislazione.

#### **Art. 47 Sanzioni**

Se il committente viola in modo grave le disposizioni della legislazione sugli appalti pubblici ne conseguono inchieste amministrative e provvedimenti disciplinari nei confronti delle persone responsabili. Il committente ha a sua volta la possibilità di sanzionare l'offerente che ha un comportamento contrario alla legge.

Le sanzioni devono essere disciplinate secondo il principio di legalità in una legge in senso formale. Le ammonizioni devono essere effettuate per scritto e costituiscono di norma la reazione a prime infrazioni che non richiedono sanzioni più ampie.

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 del lavoro). Contro le sanzioni l'offerente può far valere i rimedi giuridici menzionati nella legge (cfr. art. 55 cpv. 1 lett. g AP-LAPub). In caso di pronuncia di una misura il committente deve tenere conto del principio di proporzionalità e della gravità dell'infrazione.

##### *Cpv. 1*

In caso di infrazioni gravi il committente può ammonire gli offerenti colpevoli oppure escluderli da aggiudicazioni future, fermo restando che queste misure possono essere applicate singolarmente o, laddove necessario, cumulativamente. Tali sanzioni sono possibili se l'offerente o i suoi organi sono stati condannati definitivamente per un crimine commesso nell'ambito di una commessa pubblica o se hanno commesso un crimine o un delitto ai danni del committente. L'ammonizione o l'esclusione da altre commesse pubbliche del committente in questione è inoltre possibile se un offerente ha violato le disposizioni in materia di lotta contro la corruzione. Infine anche una violazione di norme professionali riconosciute (ad es. le norme SIA) o azioni che pregiudicano l'onore o l'integrità professionale, come pure l'inosservanza degli obblighi relativi al diritto d'esame degli atti delle autorità (art. 18 AP-LAPub) possono comportare un'ammonizione o addirittura un'esclusione.

Rientra nel potere discrezionale del singolo committente pronunciare o meno una sanzione. L'esclusione da future aggiudicazioni di un committente costituisce una sanzione grave che generalmente non sarebbe giustificata in caso di prime infrazioni. Nell'ipotesi di infrazioni ripetute e gravi questa sanzione può essere giustificata dopo un'ammonizione (nel Cantone di Zurigo negli ultimi undici anni si sono ad es. registrate due sole esclusioni, in un caso per un anno e nell'altro caso per cinque anni). Più o meno lunga a seconda della gravità dell'infrazione, l'esclusione da future commesse è sempre limitata alla personalità giuridica del relativo committente. I servizi di aggiudicazione della Confederazione non devono ad esempio prescrivere alle FFS o alla Posta quali offerenti non devono più prendere in considerazione in futuro (e viceversa).

L'offerente che viola gravemente e in maniera reiterata determinate disposizioni in materia di lotta contro il lavoro nero e che è stato condannato per questo motivo con sentenza cresciuta in giudicato è sanzionato conformemente all'articolo 13 LLN. Tale offerente è escluso dalla competente autorità cantonale, per una durata massima di cinque anni, dalle future commesse in ambito appalti pubblici a livello comunale, cantonale e federale, oppure gli possono essere ridotti gli aiuti finanziari per una durata determinata. Nella legge è pertanto superflua una fattispecie supplementare di sanzione per violazione della LLN.

##### *Cpv. 2*

Le possibilità di sanzione dell'ammonizione e dell'esclusione valgono a prescindere da altre misure legali nei confronti dell'offerente inadempiente. In questo contesto sono ipotizzabili inchieste e sanzioni delle autorità in materia di concorrenza, delle autorità di perseguimento penale o di commissioni paritetiche, sempreché esse non costituiscano il presupposto delle sanzioni ai sensi della presente disposizione.

Secondo il presente capoverso l'offerente può essere sanzionato soltanto per le infrazioni commesse personalmente o dai suoi organi in relazione alle fattispecie menzionate. Nel caso di infrazioni commesse da subappaltatori, da terzi coinvolti o da loro organi si applica il capoverso 3.

In ossequio a una proposta della COMCO è stato inoltre integrato nella legge l'obbligo di denuncia in caso di indizi sufficienti di collusione tra gli offerenti. Una notifica alla COMCO può anche essere effettuata a prescindere dall'infrazione di una sanzione nei confronti dell'offerente in questione. L'attuale articolo 33 OOAPub prevede già un simile obbligo di annuncio per i servizi di aggiudicazione della Confederazione. Questa disposizione potrà essere stralciata dopo l'entrata in vigore della legge.

##### *Cpv. 3*

<sup>126</sup> Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007, RS 312.0.

<sup>127</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico).

<sup>128</sup> Cfr. sentenza del TF 2C\_782/2012 del 10 gennaio 2013, consid. 2.3.

<sup>129</sup> Cfr. CRM 2002-016 del 4 febbraio 2003, consid. 1.

Se le fattispecie dei capoversi 1 e 2 sono realizzate da terzi, come soci di un consorzio, subappaltatori, subfornitori o dai loro organi, essi sottostanno alle medesime sanzioni previste per gli offerenti.

*Cpv. 4*

La presente disposizione istituisce la base legale per un elenco centrale degli offerenti sanzionati. I Cantoni prevedono un elenco analogo nel CIAP. La Confederazione e i Cantoni si scambieranno in maniera adeguata i dati così raccolti. Sarà quindi possibile punire le infrazioni alla legislazione in materia di appalti pubblici in tutta la Svizzera. La presente disposizione va intesa come disposizione speciale ai sensi dell'articolo 4 LTras: l'elenco non è pubblico, ovvero non sarà pubblicato, e il suo accesso non sarà fatto salvo conformemente alle disposizioni della legge sulla trasparenza (informazione passiva). Le richieste di informazione da parte dei committenti possono essere effettuate soltanto con riferimento a uno specifico offerente, che partecipa a un bando concreto. Al termine della sanzione l'offerente è stralciato dall'elenco. Non si forniscono informazioni sulle sanzioni giunte al loro termine.

*Cpv. 5*

Un'ulteriore possibilità di sanzione è sancita dal capoverso 5 che prevede la revoca o il rimborso parziali o integrali di contributi finanziari se il committente ha violato le prescrizioni della legislazione sugli appalti pubblici.

## **Capitolo 7: Termini e pubblicazioni, statistica**

L'articolo IX:1 GPA 1994 rinviava, per la pubblicazione dell'avviso, all'organo di pubblicazione ai sensi dell'Allegato II, ovvero, per quanto riguarda gli appalti dei committenti centrali, alla piattaforma online simap.ch e, per quanto concerne i Cantoni e i Comuni, ai pertinenti organi di pubblicazione ufficiali. L'articolo XVIII GPA 1994 prevedeva inoltre che i committenti pubblicassero un pertinente avviso al più tardi 72 giorni dopo ogni aggiudicazione.

Il diritto comunitario ha sancito obblighi dettagliati in materia di pubblicazione e trasparenza sia nella Direttiva 2004/17/CE sia nella Direttiva 2004/18/CE. Anche le nuove Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE recano diverse disposizioni su questo tema.

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 nell'apposito mezzo d'informazione cartaceo o elettronico indicato nell'Appendice III gli avvisi concernenti gli appalti, gli avvisi d'iscrizione nell'elenco degli offerenti utilizzabile a più riprese, gli avvisi relativi all'aggiudicazione come pure le pertinenti informazioni. L'articolo VII:1 GPA 2012 stabilisce inoltre che la pubblicazione deve essere effettuata su un mezzo d'informazione di ampia diffusione e che deve rimanere facilmente accessibile al pubblico almeno fino alla scadenza del termine indicato. L'articolo VI:3 relativo alla «Trasparenza delle informazioni sugli appalti» contiene disposizioni sulla conservazione della documentazione, dei rapporti e dei dati ai fini della tracciabilità elettronica.

Nella legislazione in vigore manca una chiara descrizione delle decisioni e delle comunicazioni che devono essere pubblicate. Gli articoli 39, 40 e 50 AP-LAPub sono destinati a colmare tale lacuna e ad attuare le esigenze in materia di trasparenza del GPA 2012. Nel contempo, l'articolo 49 AP-LAPub attua le prescrizioni dell'articolo XI GPA 2012 relative alla riduzione dei termini minimi.

### **Art. 48 Termini**

*Cpv. 1*

Gli appalti assoggettati alla legge possono divergere notevolmente quanto al loro volume e alla loro complessità. 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). Questa disposizione prevale sull'articolo 19 PA in quanto *lex specialis*.

Fatte salve istruzioni derogatorie del committente, il termine per la presentazione di un'offerta per scritto è rispettato se essa è inoltrata all'autorità di aggiudicazione l'ultimo giorno del termine (al più tardi a mezzanotte) oppure è consegnata, all'indirizzo di questa, a un ufficio postale svizzero o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera. Se l'offerta è inviata per posta, ai fini dell'osservanza del termine fa fede il timbro postale<sup>130</sup>. 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*

I termini minimi previsti per la procedura di pubblico concorso sono retti dalla disposizione dell'articolo XI:3 lettera a GPA 2012. Essi corrispondono all'attuale regolamentazione dell'articolo 19 capoverso 3 OAPub. Il termine di 40 giorni vale anche a partire dal momento della pubblicazione di rettifiche sostanziali e in questo caso ricomincia a decorrere. Nel caso di errori di calcolo e rettifiche minori che non provocano un maggiore dispendio 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 a tale fine anche il momento 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 dei termini secondo l'apprezzamento del committente sono possibili senza limitazioni fintantoché sono applicate equamente. Questa prescrizione figura nel diritto vigente all'articolo 19 capoverso 2 LAPub.

*Cpv. 4*

All'infuori del settore dei trattati internazionali il termine di presentazione delle offerte è di almeno 20 giorni. Questo termine minimo può essere ridotto soltanto in casi eccezionali (ad es. nel caso di beni e di prestazioni di servizio standardizzati).

### **Art. 49 Riduzione dei termini nel settore dei trattati internazionali**

*Cpv. 1*

In caso di pubblicazione di un appalto e della documentazione del bando in maniera elettronica e di accettazione delle offerte per via elettronica 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:5 GPA 2012).

*Cpv. 2-4*

<sup>130</sup> Cfr. CRM 2002-015 del 29 gennaio 2003, consid. 2.

Ulteriori riduzioni del termine per la presentazione delle offerte fino a 10 giorni sono possibili se almeno 40 giorni fino a un massimo di 12 mesi prima della pubblicazione del bando ne è stato pubblicato un preavviso, oppure se in caso di prestazioni periodiche il committente ha annunciato tale riduzione dei termini. Questa regolamentazione figura già agli articoli 19 seg. LAPub.

*Cpv. 5*

Questa disposizione singolare, che si applica all'acquisto di beni e di prestazioni di servizio commerciali, attua l'articolo XI:7 GPA 2012. Se (per altri motivi) è ammessa una riduzione a 10 giorni, ciò non è in contrasto con l'articolo XI:7 GPA 2012.

## **Art. 50                      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 quanto riguarda le aggiudicazioni effettuate per incarico diretto nel settore dei trattati internazionali sussiste un obbligo di 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: l'associazione simap.ch. 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 svizzeri utilizzano questa piattaforma Internet come organo di pubblicazione. Le prescrizioni dell'articolo VII:1 GPA 2012 sono pertanto rispettate.

La documentazione del bando viene di norma 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. CD-Rom o copia cartacea inviata per posta).

L'accesso alle pubblicazioni relative ai bandi e alle aggiudicazioni è gratuito. Le prestazioni supplementari (ad es. deposito di determinate prove di idoneità, archiviazione elettronica delle offerte, servizi di abbonamento, prestazioni di supporto o altre prestazioni di servizio) possono essere a pagamento.

*Cpv. 2*

Il bando e la relativa documentazione sono regolarmente redatti nella o in una lingua ufficiale alla sede del committente. È quanto impongono la praticabilità e il principio dell'uso parsimonioso delle risorse. Nel caso delle commesse edili occorre prendere in considerazione la situazione linguistica nel luogo della costruzione – questo tuttavia soltanto per il bando e l'aggiudicazione, ma non necessariamente per la documentazione del bando. L'ordinanza prevede disposizioni più dettagliate.

*Cpv. 3*

I bandi in altre lingue devono essere accompagnati da una sintesi in una delle lingue ufficiali dell'OMC. Le lingue ufficiali dell'OMC sono l'inglese, il francese e lo spagnolo. Nel settore dei trattati internazionali deve essere allegata almeno una sintesi in francese se il bando non è già redatto in questa lingua.

Questa disposizione prevale sull'articolo 33a PA.

*Cpv. 4*

Anche nel campo d'applicazione del GPA 2012 la pubblicazione dell'aggiudicazione deve essere effettuata entro 72 giorni dall'adozione della relativa decisione. L'articolo XVI:2 GPA 2012 intende garantire una trasparenza minima sulle aggiudicazioni effettuate e non è al servizio della certezza del diritto. Per contro, in Svizzera la prassi vuole che le aggiudicazioni siano pubblicate simultaneamente e notificate individualmente.

## **Art. 51                      Conservazione della documentazione**

*Cpv. 1 e 2*

L'articolo XX: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:3 GPA 2012 va nella medesima direzione. È soggetta all'obbligo di conservazione tutta la documentazione che prova in maniera tracciabile lo svolgimento della procedura e la legalità dell'aggiudicazione. Il termine di tre anni inizia a decorrere 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. Esso è invece libero di conservare, restituire o distruggere la relativa documentazione. Questa possibilità si applica tuttavia soltanto nella misura in cui essa sia compatibile con le disposizioni più dettagliate relative all'obbligo di conservazione dei documenti che figurano segnatamente nella legge sull'archiviazione (LAR)<sup>131</sup>, nel Codice delle obbligazioni o nel diritto d'esecuzione.

## **Art. 52                      Statistica**

L'articolo XIX:5 GPA 1994 prevedeva 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 derivanti dal diritto internazionale.

Il diritto comunitario prevedeva sia all'articolo 67 della Direttiva 2004/17/CE che all'articolo 75 della Direttiva 2004/18/CE che gli Stati membri trasmettessero alla Commissione ogni anno un prospetto statistico sugli appalti aggiudicati in applicazione di queste direttive. Sono ora determinanti gli articoli 85 delle Direttive 2014/24/UE e 101 della Direttiva 2014/25/UE, secondo i quali la relazione statistica, dopo una prima fase iniziale fino al mese di aprile del 2017, dovrà essere trasmessa soltanto ogni tre anni.

Le esigenze dei trattati internazionali per quanto concerne i rilevamenti statistici da parte dei servizi centrali e decentrali di aggiudicazione differiscono di volta in volta. L'articolo XVI:4 GPA 2012 disciplina il contenuto minimo. I rapporti coprono ogni volta un

<sup>131</sup> Legge federale del 26 giugno 1998 sull'archiviazione, RS 152.1.

periodo di un anno e devono essere presentati entro due anni dal termine del periodo di riferimento. Per i committenti della Confederazione essi contengono:

- indicazioni sul numero e sul valore totale, per la totalità dei committenti, di *tutte* le pertinenti commesse;
- indicazioni sul numero e sul valore totale di *tutte* le pertinenti commesse aggiudicate da ciascun committente, distinte per categoria di beni e prestazioni di servizio secondo classificazioni uniformi riconosciute a livello internazionale; e
- indicazioni sul numero e sul valore totale di *tutte* le pertinenti commesse aggiudicate da ciascun committente mediante incarico diretto.

#### *Cpv. 1*

L'avamprogetto di legge prevede che entro dodici mesi dalla fine dell'anno civile la Confederazione allestisca – anche per quanto riguarda i committenti settoriali – una statistica degli appalti dell'anno precedente all'attenzione della SECO. Al riguardo occorre osservare che secondo il GPA deve essere allestita una statistica sia per le commesse d'importo superiore che per quelle d'importo inferiore ai valori soglia fissati nei trattati internazionali. La statistica è gestita elettronicamente e viene 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, allestisce una statistica e la trasmette alla SECO.

#### *Cpv. 2*

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 in Svizzera. Oltre a indicazioni sul numero e sul valore complessivo delle commesse, la statistica degli appalti dei committenti della Confederazione contiene anche una suddivisione nelle diverse classificazioni CPV (lett. a). Vi sono inoltre registrati il numero e il valore complessivo delle commesse pubbliche aggiudicate per incarico diretto (lett. b).

#### *Cpv. 3*

Nell'ambito della legislazione sugli appalti pubblici (come pure in sede di determinazione del valore della commessa e di valutazione dei prezzi delle offerte) ci si fonda solitamente sul 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 divengono chiari i costi complessivi degli appalti.

#### *Cpv. 4*

La SECO pubblica la statistica globale, fatte salve la protezione dei dati e la tutela del segreto d'affari. La statistica globale (cfr. art. 31 OAPub) fornisce informazioni sugli appalti della Confederazione, dei committenti settoriali e dei Cantoni (senza i Comuni). Oltre alle indicazioni minime ai sensi del capoverso 2 essa può contenere ulteriori informazioni, ad esempio sulla ripartizione delle aggiudicazioni nelle regioni linguistiche e sugli aggiudicatari.

### **Capitolo 8: Protezione giuridica**

Come già il GPA 1994 anche il GPA 2012 prevede all'articolo XVIII che gli Stati contraenti predispongano «procedure di ricorso amministrativo o giudiziario tempestive, efficaci, trasparenti e non discriminatorie» che consentano agli offerenti di contestare presunte violazioni del diritto. L'articolo XX GPA 1994 disciplinava solo in modo sommario la cosiddetta procedura di esame e lasciava un ampio margine di manovra al diritto nazionale. Il GPA 2012 non è molto più dettagliato al riguardo. L'articolo XX:7 GPA 1994, come anche l'articolo XVIII:7 GPA 2012, lasciano ad esempio gli Stati contraenti liberi di decidere, nonostante la grande portata di tale decisione, se il ricorso contro una decisione di aggiudicazione abbia o meno effetto sospensivo.

Secondo la legislazione in vigore le decisioni all'infuori del settore 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 aggiudicazione, ma difficilmente determinerebbe una maggiore concorrenza. Ciò sarebbe in contrasto con il principio dell'impiego economico dei fondi pubblici e con l'obiettivo di semplificare la procedura. L'avamprogetto di legge permette pertanto di adire il tribunale nel caso dei progetti di appalto relativi a una commessa a partire da un valore di 150 000 franchi e prevede una procedura semplice e rapida per gli appalti all'infuori del settore dei trattati internazionali. In questo senso la protezione giuridica è notevolmente più ampia rispetto alla legislazione in vigore. È invece prevista un'eccezione per quanto riguarda le commesse assoggettate alla legge nell'ambito dell'aiuto internazionale allo sviluppo (art. 54 cpv. 5 AP-LAPub).

### **Art. 53 Notificazione di decisioni**

#### *Cpv. 1*

Un gran numero di parti possono partecipare alla procedura di pubblico concorso e alla procedura selettiva. La notificazione del bando, dell'aggiudicazione (anche nella procedura per incarico diretto, art. 23 AP-LAPub, e nella procedura su invito, art. 16 cpv. 3 AP-OAPub) e dell'interruzione (art. 45 AP-LAPub) avviene sempre (anche) mediante pubblicazione. Tutte le altre decisioni sono notificate, a scelta del committente, mediante consegna individuale o pubblicazione sulla piattaforma elettronica. 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.

#### *Cpv. 2*

I trattati internazionali prescrivono la motivazione sommaria dell'aggiudicazione unicamente su richiesta dell'offerente (art. XVI:1 GPA 2012). Il termine minimo di ricorso di dieci giorni ai sensi dell'articolo XVIII: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 favorevole. A seconda delle circostanze una motivazione lacunosa può tuttavia essere sanata nella procedura di ricorso<sup>132</sup>.

D'ora in poi tutte le decisioni saranno motivate sommariamente senza che sia necessaria una richiesta concreta. 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 non considerati di ricostruire a grandi linee la decisione di aggiudicazione.

<sup>132</sup> Cfr. DTAF B-2675/2012 del 23 luglio 2012, consid. 3.

Nell'ipotesi che la pubblicazione di una decisione su [simap.ch](http://simap.ch) non contenga alcuna motivazione sommaria non interviene il termine di ricorso ai sensi dell'articolo 58 AP-LAPub. In questo caso il termine inizia a decorrere dalla notificazione individuale della decisione motivata.

In aggiunta alla motivazione sommaria i committenti prevedono regolarmente una cosiddetta 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 non considerati di meglio comprendere i motivi dell'eliminazione della loro offerta, in modo tale da evitare nella misura del possibile ricorsi inutili.

*Cpv. 3*

Il contenuto minimo della motivazione dell'aggiudicazione è prescritto dall'articolo XVI: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». Si tratta delle due facce della stessa medaglia. Nel quadro della decisione di aggiudicazione (da pubblicare regolarmente) ci si limita alle caratteristiche e ai vantaggi determinanti dell'offerta presa in considerazione (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 non considerati.

*Cpv. 4*

Le offerte presentate nell'ambito dei bandi pubblici contengono regolarmente segreti d'affari degli offerenti. Per questo motivo è vietato consultare le offerte dei concorrenti. Analogamente i segreti d'affari vanno tutelati nel quadro della motivazione sommaria e della riunione a conclusione della procedura. Questi e altri motivi di rifiuto sono già esposti all'articolo XVII:3 GPA 2012.

## **Art. 54                      Ricorso**

*Cpv. 1 e 2*

L'accesso al tribunale è possibile per tutti i progetti di appalto a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi. Esso è dato a prescindere dal fatto che si tratti di un committente ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 AP-LAPub o di un committente settoriale, ma anche indipendentemente dal fatto che si tratti di una commessa edile, di prestazioni di servizio o di fornitura. Ciò è possibile perché in futuro tutte le aggiudicazioni a partire da questo valore dovranno essere pubblicate. I ricorsi contro le decisioni del committente a livello federale (ossia nel caso di progetti di appalto messi a concorso conformemente alla LAPub) sono di competenza del Tribunale amministrativo federale. La protezione giuridica a partire da un valore della commessa di 150 000 franchi è proposta sulla base di un compromesso con i Cantoni (in contropartita essi intendono ammettere le negoziazioni a determinate condizioni). I valori soglia determinanti per i bandi pubblici vengono mantenuti e non sono toccati dall'estensione della protezione giuridica.

Gli offerenti possono sempre adire le vie giudiziarie indipendentemente dal valore della commessa se sono stati stralciati da un elenco, se vi sono stati iscritti oppure se vengono sanzionati ai sensi dell'articolo 47 AP-LAPub, ad esempio con l'esclusione da future commesse.

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. 3*

Per i ricorsi inerenti ad 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 il ricorso dinanzi al Tribunale federale. Se il ricorso concerne un appalto del Tribunale federale stesso, in ragione dei potenziali conflitti d'interesse, è applicabile l'articolo 37 capoverso 3 LTF. Laddove il Tribunale federale non sia in grado di giudicare esso stesso il ricorso, devono essere designati giudici straordinari. Ciò avviene per sorteggio tra i presidenti dei tribunali superiori dei Cantoni.

*Cpv. 4*

Nel caso delle commesse all'infuori del settore dei trattati internazionali è applicabile una procedura semplice e rapida. Ciò consente di ottenere un duplice vantaggio: da un canto, gli offerenti possono accedere al tribunale anche nel caso di appalti che non raggiungono i valori soglia fissati nei trattati internazionali e che non figurano negli impegni assunti. Una simile estensione della protezione giuridica è opportuna con riguardo alla garanzia della via giudiziaria ai sensi dell'articolo 29a Cost. D'altro canto, i costi di una procedura di ricorso superano rapidamente il valore della commessa nel caso di appalti di modesta entità. Si tratta quindi di procedere a una ponderazione tra il diritto alla protezione giuridica individuale e l'impiego economico dei fondi dell'amministrazione e delle risorse dei tribunali.

La procedura semplice e rapida consente di raggiungere questo equilibrio. Essa non prevede alcun effetto sospensivo del ricorso, si limita a uno scambio di scritti e sfocia entro 60 giorni in un'udienza istruttoria dinanzi al giudice unico competente. Se non è possibile raggiungere un'intesa tra le parti, il giudice unico procede all'assunzione delle prove e decide in loco in merito al ricorso. La decisione è motivata sommariamente su richiesta della parte soccombente. Essa è definitiva e non può essere impugnata. L'ordinanza disciplina i dettagli.

Questa procedura semplice e rapida non si applica ai ricorsi contro le sanzioni o contro il rimborso delle remunerazioni o le riduzioni di prezzo disposti a seguito del diritto d'esame degli atti dell'autorità (art. 55 cpv. 1 lett. g e h AP-LAPub). In questi casi si applica di norma la procedura ordinaria ai sensi della PA.

*Cpv. 5*

Non vi è il diritto di ricorso per le commesse nell'ambito della cooperazione allo sviluppo e della cooperazione con i Paesi dell'Est, dell'aiuto umanitario nonché del promovimento della pace o della sicurezza umana. Questa eccezione è giustificata poiché 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. 55**                    **Oggetti del ricorso**

### *Cpv. 1*

Gli oggetti del ricorso sono elencati in maniera esaustiva nel capoverso 1. Le altre decisioni intermedie non possono essere impugnate anche se (dal punto di vista del ricorrente) esse rappresentano uno svantaggio irreparabile. Non sono in particolare impugnabili 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 di 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 su invito (art. 22 cpv. 4 AP-LAPub), poiché in tal caso il committente è libero di scegliere. L'aggiudicazione (lett. d) può essere impugnata a prescindere dal fatto che si tratti di una procedura di pubblico concorso, di una procedura selettiva o di una procedura per incarico diretto<sup>133</sup>. L'esclusione dalla procedura (lett. f) comprende anche la riduzione del numero degli offerenti («downselection») nel quadro di un dialogo o di un'asta elettronica, a condizione che una simile esclusione venga effettuata tramite una decisione intermedia notificata separatamente. Possono interporre ricorso anche gli offerenti che dopo l'esame degli atti da parte dell'autorità (art. 18 AP-LAPub) sono tenuti a rimborsare le remunerazioni o a ridurre i prezzi (lett. h).

### *Cpv. 2*

Secondo il principio della buona fede, 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 con il ricorso contro il bando. Di conseguenza, il suo diritto di ricorso è perento (in caso di rinuncia all'impugnazione).

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 bando<sup>134</sup> (diversamente dalla prassi dell'ex Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici<sup>135</sup> e dalla prassi attuale del Tribunale amministrativo federale). La prassi dei tribunali cantonali non è quindi uniforme al riguardo.

Da un lato, corrisponde a una necessità del committente pubblico vincolare gli offerenti alle prescrizioni se essi non le hanno messe immediatamente in discussione. A questo serve in particolare il dovere di contestazione degli offerenti che partecipano alla procedura (come conseguenza dei principi 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 riconoscibili 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 anteriore<sup>136</sup>. Per contro, se le prescrizioni e la loro portata sono evidenti 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 e il blocco sono sanzioni di diritto penale amministrativo. 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 47 AP-LAPub non si applicano pertanto le disposizioni della presente legge sul diritto di essere sentiti nella procedura decisionale (art. 53 cpv. 1 AP-LAPub), sull'effetto sospensivo (art. 56 AP-LAPub) e sulla limitazione dei motivi di ricorso (art. 55 cpv. 1 AP-LAPub). Si applicano invece il diritto generale sulla procedura amministrativa e le norme procedurali del diritto penale amministrativo. Nel caso dei ricorsi contro sanzioni ai sensi dell'articolo 47 AP-LAPub occorre inoltre tenere conto, a livello federale, dell'articolo 21 capoverso 2 DPA<sup>137</sup> secondo il quale l'offerente può chiedere di essere giudicato da un tribunale per quanto concerne la decisione penale.

### *Cpv. 4*

Nel caso delle procedure di appalto con un valore della commessa inferiore a 150 000 franchi non è data protezione giuridica. I costi (diretti e indiretti) dell'esame giudiziario di aggiudicazioni inferiori a 150 000 franchi (forniture e prestazioni di servizio) superano regolarmente i loro vantaggi. Non è pertanto necessaria un'estensione della protezione giuridica.

## **Art. 56**                    **Effetto sospensivo**

Conformemente all'articolo 55 PA il ricorso 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: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'appalto<sup>138</sup>. La situazione sarebbe altrettanto svantaggiosa per gli offerenti presi in considerazione. È la ragione per cui la legislazione in vigore prescinde da questo automatismo (art. 28 cpv. 1 LAPub).

### *Cpv. 2*

<sup>133</sup> Cfr. DTF 137 II 313, consid. 2.3.

<sup>134</sup> Cfr. DTF 129 I 313; sentenza del TF 2C\_225/2009 del 16 ottobre 2009, consid. 4.2.

<sup>135</sup> Cfr. CRM 2001-011 del 16 novembre 2001, consid. 3b.

<sup>136</sup> Cfr. DTAF B-738/2012 del 14 giugno 2012, consid. 3.1 e 4.4.

<sup>137</sup> Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo, RS 313.0.

<sup>138</sup> Cfr. DTAF B-4904/2013 del 29 ottobre 2013, consid. 3.

Sotto il regime della LAPub e del CIAP si è sviluppata la prassi di rinunciare alla conclusione del contratto di appalto durante il termine di ricorso. Questo periodo di sospensione dura fino al momento in cui il committente può ragionevolmente presumere che non sia stato interposto alcun ricorso né presentata alcuna richiesta di effetto sospensivo. In caso di dubbio si raccomanda di rivolgersi al tribunale competente.

*Cpv. 3*

I tribunali accolgono generalmente a titolo provvisorio una domanda 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 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 canto, gli interessi del ricorrente a conservare la possibilità di ottenere l'aggiudicazione. D'altro canto, 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 protezione<sup>139</sup>.

*Cpv. 4*

Se al ricorso è concesso l'effetto sospensivo, l'appalto può subire ritardi di diversi mesi o anni. Ne può conseguire un danno sia per il committente sia per l'aggiudicatario, che deve mettere a disposizione determinate risorse. Questo danno può essere fatto valere conformemente al diritto civile federale. Il capoverso 4 reca a tale scopo una norma di protezione che vieta i ricorsi illegittimi o sleali, ad esempio i ricorsi meramente dilatori.

#### **Art. 57** **Diritto applicabile**

La procedura decisionale e di ricorso è retta dalle disposizioni generali 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.

#### **Art. 58** **Termine e motivi di ricorso**

*Cpv. 1*

L'articolo XVIII: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 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 attuale (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 prescindendo 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 e 4*

Nella procedura di ricorso l'impugnazione di violazioni del diritto e di errori di apprezzamento (eccesso, abuso o mancato esercizio del potere di apprezzamento da parte del committente) è limitata. L'inadeguatezza dell'aggiudicazione non può essere fatta valere nella procedura di ricorso, ragione per la quale viene mantenuta la regolamentazione del vigente articolo 31 LAPub. L'aggiudicazione è ad esempio 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. 5*

L'unica contestazione che può essere sollevata nella procedura per incarico diretto ai sensi dell'articolo 23 AP-LAPub riguarda l'errata scelta della procedura.

#### **Art. 59** **Visione degli atti**

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

*Cpv. 1*

Come finora il diritto d'esame degli 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 protezione di una concorrenza efficace

<sup>139</sup> Cfr. DTAf B-4904/2013 del 29 ottobre 2013, consid. 3.

tra gli offerenti. L'esame del verbale dell'apertura delle offerte può essere concesso su richiesta degli offerenti al più tardi dopo l'aggiudicazione.

*Cpv. 2*

Il diritto di prendere visione degli 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. Si devono in particolare tutelare in maniera adeguata ed efficace i diritti di terzi, ad esempio annerendo i passaggi che li riguardano.

Il diritto di prendere visione degli atti può tuttavia essere negato se la domanda concerne «atti amministrativi interni». Si tratta di documenti che *non hanno* carattere probatorio nel corso di una procedura perché servono esclusivamente a farsi un'opinione all'interno dell'Amministrazione e sono destinati soltanto all'uso interno delle autorità (ad es. progetti, note, giustificativi ausiliari ecc.). Il Tribunale amministrativo federale ha qualificato le memorie del consulente giuridico di un committente come atti amministrativi interni, constatando al riguardo che a seconda delle circostanze si potrebbero soddisfare gli interessi del committente al mantenimento del segreto prorogando la possibilità di prendere visione degli atti almeno fino alla conclusione della procedura di ricorso. Le perizie e i rapporti su fatti controversi non fanno invece parte degli atti amministrativi interni<sup>140</sup>. La dottrina critica la prassi concernente gli atti amministrativi interni, in particolare dall'entrata in vigore della legge sulla trasparenza, che non prevede alcuna categoria di documenti interni non generalmente accessibili. Occorre tuttavia attenersi a questa prassi a motivo delle particolarità della procedura di aggiudicazione.

## **Art. 60**                    **Decisione su ricorso**

*Cpv. 1*

Il tribunale può statuire esso stesso sul ricorso o deciderne il rinvio con istruzioni imperative all'autorità inferiore o al committente. Si deciderà caso per caso quale modo di procedere sia adeguato nella procedura in questione. Se la decisione presenta lacune formali irreparabili difficilmente si potrà evitare una soppressione del bando e una sua ripetizione (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 rigetto.

*Cpv. 2*

Se il contratto è concluso e il tribunale accoglie successivamente il ricorso si può unicamente accertare in quale misura la decisione impugnata viola il diritto applicabile (cosiddetta protezione giuridica in via subordinata). In questo caso la soppressione dell'aggiudicazione già conclusa con un contratto di diritto privato non consente di raggiungere l'obiettivo. Il giudice amministrativo non può intervenire su un contratto di diritto privato già per motivi di competenza. In simili casi al ricorrente non rimane che la possibilità di far valere una pretesa di risarcimento dei danni. Se il contratto è stato concluso prematuramente o se la sua conclusione non è stata preceduta a torto da un bando o da una procedura su invito, il tribunale può ordinare al committente di disdire il contratto alla successiva scadenza possibile (conformemente alle disposizioni contrattuali) e di mettere a concorso l'oggetto dell'appalto in regime di concorrenza.

*Cpv. 3*

Le richieste di risarcimento dei danni dovevano finora essere perseguite nel quadro della protezione giuridica in via subordinata mediante una procedura separata conformemente alla legge federale sulla responsabilità (LResp)<sup>141</sup>. 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 doppi e inutili costi. Ne è condizione che la richiesta di risarcimento sia immediatamente comprovabile.

*Cpv. 4*

La limitazione della pretesa di risarcimento viene mantenuta. Sono unicamente risarciti i costi dell'offerta, ossia le spese insorte all'offerente nel contesto della preparazione e della presentazione dell'offerta. Essi non comprendono la totalità dell'interesse negativo. L'autorità di ricorso non può riconoscere altri danni. A determinate condizioni, l'offerente dispone se del caso di un diritto risultante dalla *culpa in contrahendo*, che deve essere giudicato dai tribunali civili.

## **Art. 61**                    **Revisione**

Se si giunge a una richiesta di revisione, in genere il contratto è già stato concluso. Per analogia con l'articolo 60 capoverso 2 AP-LAPub al tribunale non rimane che la sola possibilità di constatare l'illegalità della decisione impugnata. Anche nel caso della procedura di revisione può pertanto essere concessa unicamente la protezione giuridica in via subordinata.

## **Capitolo 9:**                **Disposizioni finali**

### **Art. 62**                    **Esecuzione**

L'avamprogetto conferisce al Consiglio federale un'ampia competenza nell'emanare disposizioni di esecuzione, nel rispetto dei trattati internazionali determinanti (in particolare GPA, Accordo bilaterale, accordi di libero scambio). Il Consiglio federale è libero di delegare tale competenza al DFF o di caso in caso a un Ufficio federale, come ad esempio all'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica.

## **Art. 63**                    **Abrogazione e modifica di altri atti normativi**

*Cpv. 1*

La presente revisione totale comporta l'abrogazione della vigente LAPub.

*Cpv. 2*

*Diritto di ricorso delle autorità*

<sup>140</sup> Cfr. DTAF B-6177/2008 del 4 dicembre 2008, consid. 5.1.

<sup>141</sup> Legge federale del 14 marzo 1958 su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali, RS 170.32.

La legge federale sul mercato interno (LMI) stabilisce all'articolo 5 determinati requisiti minimi per gli appalti pubblici dei Cantoni e dei Comuni. In base a questa disposizione, le commesse pubbliche di considerevole importanza devono essere messe a pubblico concorso, nel rispetto dei principi della non discriminazione e della trasparenza. In questo modo si garantisce che gli offerenti extracantonali abbiano un accesso equo ai mercati degli appalti pubblici cantonali e comunali. Inoltre, la legge federale sul mercato interno contiene all'articolo 9 capoversi 1 e 2 disposizioni sulla garanzia dei rimedi giuridici; in generale spetta alla COMCO sorvegliare il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni. La COMCO può interporre ricorso contro una decisione che viola la legge sul mercato interno, presentare perizie e sottoporre raccomandazioni, nonché essere sentita davanti al Tribunale federale.

Gli standard materiali minimi citati all'articolo 5 LMI vengono già garantiti dal CIAP riveduto (CIAP 2015). Per questo motivo, gli standard minimi previsti dalla LMI in ambito di appalti pubblici possono essere abrogati nel caso dei Cantoni che aderiscono al CIAP 2015. Per i Cantoni non concordatari si applicano ancora gli standard minimi in ambito di appalti pubblici ai sensi della legge sul mercato interno (art. 5 LMI).

Per i Cantoni che aderiscono al CIAP 2015 è prevista l'applicazione di rimedi giuridici in ambito di appalti pubblici, in maniera uniforme e per le commesse a partire da un valore di 150 000 franchi. I rimedi giuridici in ambito di appalti pubblici ai sensi della legge sul mercato interno (art. 9 cpv. 2 LMI) vengono pertanto abrogati per i Cantoni concordatari. Fatta salva la giurisprudenza del Tribunale federale, nel caso degli altri Cantoni continuano ad essere applicabili per tutti gli appalti pubblici i vigenti rimedi giuridici previsti dalla legge sul mercato interno, indipendentemente dal valore della commessa (art. 9 cpv. 2 LMI).

La funzione di vigilanza ai sensi della legge sul mercato interno che la COMCO esercita in ambito di appalti cantonali e comunali viene mantenuta. Per assicurare il funzionamento del mercato interno, la COMCO potrà anche in futuro presentare raccomandazioni e perizie, essere sentita davanti al Tribunale federale e interporre ricorso. Una volta che gli standard minimi previsti dalla legge sul mercato interno in ambito di appalti pubblici saranno stati abrogati nella LMI (art. 5 LMI) e sanciti esclusivamente dal CIAP 2015, i citati strumenti di vigilanza della COMCO dovranno essere applicati alla sorveglianza del rispetto del CIAP 2015 da parte dei Cantoni che vi aderiscono. A tale scopo gli articoli 8 capoversi 1 e 2, 9 capoverso 2<sup>bis</sup> e 10 capoverso 1 LMI rinviano d'ora in poi al CIAP 2015.

*Consultazione sull'AP-LAPub e consultazione relativa al progetto di revisione del CIAP (progetto CIAP)*

Come convenuto tra Confederazione e Cantoni, a seguito dei risultati positivi dell'armonizzazione degli atti normativi in materia di appalti pubblici nel quadro del gruppo di lavoro AURORA, la consultazione sull'AP-LAPub sarà effettuata in linea di massima con lo stesso testo che i Cantoni avevano posto in consultazione. Per quanto riguarda il diritto di ricorso della COMCO, il presente avamprogetto della Confederazione contiene invece, conformemente alla decisione del Consiglio federale, una differenza rispetto alla consultazione dei Cantoni relativa al progetto CIAP.

In occasione della consultazione relativa al progetto CIAP è stata proposta una normativa sul diritto di ricorso delle autorità a livello di CIAP (e non a livello di LMI), segnatamente con due varianti: una prevede l'interposizione di ricorso da parte dell'OiAp e l'altra da parte della COMCO<sup>142</sup>. Il presente avamprogetto della Confederazione corrisponde invece alla vigente normativa secondo cui il diritto di ricorso della COMCO è retto dalla LMI. Per l'esecuzione del diritto di ricorso è indispensabile che questo venga esercitato da un'autorità indipendente e che rimanga ancorato nella legislazione federale. Solo così sarà possibile garantire il libero esercizio del diritto di ricorso nei confronti dei servizi di aggiudicazione cantonali e comunali e assicurare la continuità della vigente normativa. In qualità di commissione extraparlamentare e di autorità indipendente dai servizi di aggiudicazione e dagli offerenti, la COMCO dispone delle competenze necessarie all'esercizio del diritto di ricorso. Con questa soluzione si tiene inoltre conto dell'articolo 89 capoverso 2 lettera d LTF, secondo cui un'autorità è legittimata al ricorso dinanzi al Tribunale federale soltanto se il diritto di ricorso è previsto in un'altra legge federale. Il diritto di ricorso conferito alla COMCO dovrà ancora permettere di adire le vie giudiziarie per chiarire le questioni relative al mercato interno, come l'accesso al mercato intercantonale e la discriminazione nei confronti di offerenti esterni.

*Cpv. 3*

Questa legge disciplina la competenza di giudizio dei ricorsi contro le decisioni di appalto dei tribunali nazionali. Ciò comporta una modifica dell'articolo 83 lettera f LTF.

## **Art. 64 Diritto transitorio**

*Cpv. 1*

Una procedura di aggiudicazione si protrae normalmente per un periodo piuttosto lungo. Ai fini della praticabilità, il diritto applicabile nel caso degli appalti banditi pubblicamente o aggiudicati prima dell'entrata in vigore della legge non deve essere modificato. La nuova legislazione è quindi applicabile soltanto alle procedure di aggiudicazione il cui bando pubblico è effettuato dopo l'entrata in vigore della legge. Nei casi in cui non è effettuato alcun bando pubblico (ad es. nella procedura su invito o per incarico diretto) l'elemento fattuale per determinare il diritto applicabile sarà il momento dell'aggiudicazione della commessa, segnatamente il momento della pubblicazione dell'aggiudicazione o della consegna individuale ai sensi dell'articolo 53 AP-LAPub.

La legge riveduta è quindi applicabile alle commesse supplementari e alle commesse successive bandite pubblicamente o aggiudicate dopo la sua entrata in vigore. Questo vale anche se l'aggiudicazione della commessa originale è stata effettuata secondo il diritto previgente.

Anche nel caso della conclusione di contratti quadro è determinante il momento della pubblicazione del bando e, in sua assenza, quello della pubblicazione dell'aggiudicazione. La procedura di aggiudicazione si considera conclusa con l'aggiudicazione del contratto quadro; le singole prestazioni sono acquistate conformemente alle prescrizioni del Codice delle obbligazioni.

Se nel corso della procedura senza bando dovesse essere presa una decisione di esclusione o di interruzione, prima ancora dell'aggiudicazione ma dopo l'entrata in vigore della nuova legge, tale decisione andrebbe impugnata secondo il diritto previgente.

## **Art. 65 Referendum e entrata in vigore**

Contro la legge si può lanciare il referendum facoltativo (cpv. 1). I negoziati di revisione del GPA sono stati conclusi nel marzo del 2012. Di regola i trattati internazionali sono attuati nel diritto nazionale entro un anno ma al più tardi entro 24 mesi. Tuttavia, l'armonizzazione parallela delle legislazioni nazionali sugli appalti pubblici perseguita con l'attuazione del GPA 2012 richiede anch'essa tempo. Il Consiglio federale deciderà in merito alla data di entrata in vigore dell'atto (cpv. 2).

<sup>142</sup> Vedi al riguardo il progetto CIAP con le relative spiegazioni consultabile all'indirizzo [www.bpu.ch/bpu/konkordate/ivoeb/e-ivoeb](http://www.bpu.ch/bpu/konkordate/ivoeb/e-ivoeb).

## **3 Ripercussioni**

### **3.1 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale della Confederazione**

Al momento la portata delle ripercussioni finanziarie dell'avamprogetto sulle finanze federali e sul fabbisogno di personale non può essere stimata con precisione. Si presume che a livello di Confederazione risulteranno maggiori costi e un onere supplementare.

Si prevede un onere maggiore per tutti i servizi interessati (consulenza, formazione, attuazione, giurisprudenza ecc.), soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge riveduta o nella sua fase iniziale. La riduzione del termine massimo generale dei contratti quadro da cinque a quattro anni (art. 29 AP-LAPub) provocherà per i servizi interessati un onere supplementare del 20 per cento circa e quindi maggiori costi. Anche la realizzazione delle misure proposte a livello di ordinanza in vista del promovimento delle minoranze linguistiche e l'estensione della protezione giuridica comporteranno per l'Amministrazione e i Tribunali competenti un onere supplementare e maggiori costi che si protraggono oltre la fase iniziale. A tutto ciò si contrappone però un beneficio maggiore (dovuto all'accresciuta concorrenza tra offerenti) e un aumento della qualità dei prodotti e delle prestazioni di servizio da acquistare.

Per elucidare le ripercussioni della revisione sull'Amministrazione e sull'economia viene condotto attualmente uno studio volto a stimare le ripercussioni della regolamentazione (analisi di impatto della regolamentazione, AIR).

#### **3.1.1 Ripercussioni per l'economia**

La legislazione sugli appalti pubblici disciplina un settore importante dell'economia svizzera. Infatti, nel 2004 i Comuni, i Cantoni e la Confederazione hanno speso circa 34 miliardi di franchi per appaltare costruzioni e acquistare beni e prestazioni di servizio; importo corrispondente al 25 per cento circa delle uscite complessive dello Stato e all'8 per cento del prodotto interno lordo. Si stima che in Svizzera la somma totale dei pagamenti effettuati nel contesto degli appalti pubblici ammonti attualmente a circa 41,7 miliardi di franchi all'anno<sup>143</sup>.

La sola Amministrazione federale centrale ha acquistato nel 2013 beni e prestazioni di servizio per 5,4 miliardi di franchi<sup>144</sup>. Da queste cifre è possibile desumere che la struttura della legislazione sugli appalti pubblici costituisce un importante fattore della piazza economica Svizzera.

L'armonizzazione del diritto in materia di appalti pubblici della Confederazione e dei Cantoni accresce la certezza giuridica presso gli offerenti e consente di ridurre i costi a carico delle imprese interessate, in particolare per l'acquisizione di informazioni. Il processo elettronico di appalto transaziendale – dall'annuncio del fabbisogno alla fatturazione – comporta pure un certo potenziale di risparmio all'interno delle aziende e a livello di economia nazionale.

L'impiego giuridicamente sicuro delle moderne tecnologie dell'informazione nell'ambito degli appalti pubblici contribuisce indirettamente al promovimento della tecnologia.

La liberalizzazione dei mercati degli appalti pubblici (preambolo del GPA 2012) figura tra gli obiettivi della LAPub. Il presente avamprogetto consolida quindi le fondamenta dell'ordinamento economico e, grazie all'aumento simultaneo della trasparenza, viene facilitato l'accesso al mercato degli appalti pubblici e promossa la concorrenza in generale.

#### **3.1.2 Ripercussioni sull'ambiente**

La presa in considerazione dello sviluppo sostenibile, ora sancita dal GPA 2012, in particolare con riferimento al suo aspetto ecologico, è già stata disciplinata nel 2010 in Svizzera a livello di ordinanza. La considerazione coerente e costante degli aspetti ambientali nell'ambito degli appalti pubblici può sul lungo termine contribuire alla protezione della natura e dell'ambiente. È un importante presupposto per rendere possibile e lasciare agire la concorrenza anche in futuro, circostanza che in definitiva va anche a vantaggio della società nel suo insieme.

## **4 Rapporto con il programma di legislatura**

L'avamprogetto è stato annunciato nel messaggio sul programma di legislatura 2011-2015<sup>145</sup>, come pure negli obiettivi del Consiglio federale per il 2015 (obiettivo 2).

## **5 Aspetti giuridici**

### **5.1 Costituzionalità**

La competenza legislativa della Confederazione nel campo degli appalti pubblici 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).

### **5.2 Diritto comparato**

In ambito di appalti pubblici esistono numerosi accordi internazionali, primi fra tutti il GPA e l'Accordo bilaterale con l'UE. Al riguardo si tratta essenzialmente di distinguere il cosiddetto settore dei trattati internazionali dall'ulteriore campo d'applicazione del diritto nazionale in materia di appalti pubblici. Nel settore dei trattati internazionali – si intendono in questo senso gli impegni internazionali della Svizzera nel contesto degli appalti pubblici – si applica prioritariamente il diritto internazionale. Un'attuazione o un'interpretazione delle prescrizioni del diritto internazionale è possibile soltanto nella misura in cui il pertinente accordo internazionale lo consenta.

<sup>143</sup> Cfr. Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, Zurigo, 2012, pag. 1.

<sup>144</sup> Cfr. scheda informativa dell'UFCL «Pagamenti per acquisti 2013». Consultabile all'indirizzo <https://www.bkb.admin.ch/bkb/it/home/oeffentli-ches-beschaffungswesen/statistik-beschaffungszahlungen.html>.

<sup>145</sup> FF 2012 428

Il GPA stabilisce principi e li concretizza in parte in maniera molto dettagliata. Le legislazioni nazionali sugli appalti pubblici degli Stati membri si differenziano normalmente solo su alcuni punti che il GPA ha volutamente lasciato aperti o il cui disciplinamento è stato delegato agli Stati membri. Dal raffronto con gli atti normativi di diversi Stati industrializzati sono scaturiti numerosi impulsi a favore del presente avamprogetto di legge.

Il GPA 2012 e quindi il diritto svizzero in materia di appalti pubblici sono inoltre fortemente influenzati dalle direttive dell'UE. Infatti, già le Direttive 2004/18/CE<sup>146</sup>, 93/38/CEE<sup>147</sup> e 2004/17/CE<sup>148</sup> avevano avuto un impatto perlomeno indiretto sul diritto in materia di aggiudicazioni in Svizzera<sup>149</sup>. Nel dicembre del 2011 l'UE aveva deciso che una revisione delle sue norme sugli appalti pubblici era opportuna in considerazione dell'evoluzione economica, sociale e politica. L'obiettivo della revisione era, da un canto, una regolamentazione semplificata e più consona alla prassi. D'altro canto, ciò permetteva di creare condizioni ideali per gli appalti pubblici con il miglior rapporto qualità/prezzo e nel rispetto della trasparenza e dei principi della concorrenza, nonché di attuare il GPA riveduto. Le Direttive 2014/23/UE<sup>150</sup>, 2014/24/UE<sup>151</sup> 2014/25/UE<sup>152</sup> sono entrate in vigore il 17 aprile 2014 e devono essere trasposte nel diritto nazionale degli Stati membri entro il mese di aprile 2016 (ad eccezione dell'aggiudicazione elettronica delle commesse, che deve essere introdotta entro il mese di settembre 2018).

La nuova Direttiva 2014/24/UE dovrebbe inoltre consentire ai servizi di aggiudicazione di sfruttare maggiormente l'aggiudicazione pubblica di commesse per sostenere obiettivi comuni di società e di tenere conto dei criteri ecologici e sociali nella procedura pubblica di aggiudicazione.

### **5.3 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera**

La LAPub serve a trasporre nel diritto nazionale gli impegni della Svizzera derivanti dal GPA, dall'Accordo bilaterale con l'UE, dalla Convenzione dell'AELS e da ulteriori accordi di libero scambio. L'obiettivo comune di questi trattati è uniformare a livello internazionale le procedure di aggiudicazione. Gli accordi internazionali stabiliscono pertanto principi quali la non discriminazione, la trasparenza, l'impiego economico dei fondi pubblici nonché lo svolgimento e le definizioni delle procedure di aggiudicazione. La revisione si prefigge principalmente di trasporre nel diritto nazionale le disposizioni di diritto internazionale del GPA 2012. Quanto sia ampio nel singolo caso il margine di manovra del diritto nazionale autonomo risulta dalle spiegazioni relative alle singole disposizioni di legge.

### **5.4 Forma dell'atto**

Il presente avamprogetto sottopone alle Camere federali la modifica di una legge federale. Conformemente all'articolo 141 capoverso 1 lettera a Cost., le leggi federali sottostanno a referendum facoltativo.

## **6 Delega di competenze legislative**

L'avamprogetto di legge non prevede nuove competenze legislative da delegare al Consiglio federale. Le deleghe di competenze del vigente diritto sono ora sancite dagli articoli 7 capoverso 3, 10 capoverso 2, 24 capoverso 2 AP-LAPub. Nel caso dell'articolo 10 capoverso 2 AP-LAPub si tratta di una norma di delega che consente un adeguamento rapido dei valori soglia. Pertanto, anche dopo la revisione della LAPub il Consiglio federale sarà autorizzato a stabilire i valori soglia a livello di ordinanza conformemente alle norme di diritto internazionale.

L'articolo 62 capoverso 1 AP-LAPub autorizza il Consiglio federale a emanare in maniera generale disposizioni di esecuzione. A seconda del settore normativo questa competenza legislativa è delegata all'Ufficio federale competente in ambito di appalti pubblici.

Queste deleghe si giustificano nell'interesse di una legislazione snella e in considerazione del fatto che l'attuazione concreta deve essere armonizzata in maniera flessibile con le esperienze raccolte durante l'esecuzione.

## **7 Attuazione**

Sempreché sia necessario, l'attuazione è effettuata a livello federale tramite le disposizioni di esecuzione contenute in un'ordinanza, che si applica a tutti i committenti sottoposti al diritto federale. A causa dell'integrazione di diverse sue disposizioni nella legge, il disegno di questa ordinanza è meno ampio dell'attuale OAPub. Oltre alle disposizioni sullo sviluppo sostenibile, sulla procedura di aggiudicazione, sulla «procedura semplice e rapida» introdotta con l'avamprogetto, sulla statistica e sulla scelta del diritto applicabile ai sensi dell'articolo 5 AP-LAPub, l'ordinanza reca per l'essenziale disposizioni relative all'esenzione dall'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici, misure contro la corruzione, nonché prescrizioni sui concorsi in ambito di progettazione e di prestazione globale.

<sup>146</sup> 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, GUCE L 134 del 30 aprile 2004, pag. 114.

<sup>147</sup> 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, GUCE L 199 del 9 agosto 1993, pag. 84.

<sup>148</sup> 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, GUCE L 134 del 30 aprile 2004, pag. 1.

<sup>149</sup> Cfr. in merito CA / Marco Fetz: Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen. Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen. Berna, 2004.

<sup>150</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GUCE L 094 del 28 marzo 2014, pag. 1.

<sup>151</sup> 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, GUCE L 094 del 28 marzo 2014, pag. 65.

<sup>152</sup> 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, GUCE L 094 del 28 marzo 2014, pag. 243.

## **Allegato I: Panoramica degli atti legislativi direttamente o indirettamente rilevanti ai fini degli appalti pubblici**

Legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1)

Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (OAPub; RS 172.056.11)

Ordinanza del 14 dicembre 1998 sulla gestione immobiliare e la logistica della Confederazione (OILC; RS 172.010.21)

Ordinanza del 24 ottobre 2012 concernente l'organizzazione degli acquisti pubblici dell'Amministrazione federale (OOAPub; RS 172.056.15)

Ordinanza del DEFR del 2 dicembre 2013 sull'adeguamento dei valori soglia degli acquisti pubblici per gli anni 2014 e 2015 (RS 172.056.12)

Ordinanza del 9 dicembre 2014 concernente l'informatica e la telecomunicazione nell'Amministrazione federale (Ordinanza sull'informatica nell'Amministrazione federale, OIAF; RS 172.010.58)

Ordinanza del DATEC del 18 luglio 2002 sull'esenzione dall'assoggettamento al diritto sugli acquisti pubblici (RS 172.056.111)

Legge federale del 17 giugno 2005 concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero (LLN; RS 822.41 Legge contro il lavoro nero)

Legge federale dell'8 marzo 1960 sulle strade nazionali (LSN; RS 725.11)

Ordinanza del 7 novembre 2007 sulle strade nazionali (OSN; RS 725.111)

Legge federale del 4 ottobre 1991 concernente la costruzione di una ferrovia transalpina (DTA; RS 742.104)

Ordinanza del 28 febbraio 2001 sulla costruzione di una ferrovia transalpina (OTrAl; RS 742.104.1)

Legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale (LCSI; RS 241)

Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021)

Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02)

Legge federale del 6 ottobre 1995 sugli ostacoli tecnici al commercio (LOTG; RS 946.51)

Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251)

Legge federale del 7 ottobre 2005 sulle finanze della Confederazione (LFC; RS 611.0)

Ordinanza del 5 aprile 2006 sulle finanze della Confederazione (OFC; RS 611.01)

Legge federale del 20 dicembre 1957 sulle ferrovie (Lferr; RS 742.101)

Ordinanza del 18 dicembre 1995 concernente le indennità, i prestiti e gli aiuti finanziari secondo la legge federale sulle ferrovie (OIPAF; RS 742.101.1)

Legge del 21 marzo 1997 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA; RS 172.010)

Ordinanza del 25 novembre 1998 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (OLOGA; RS 172.010.1)

Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110)

Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF; RS 173.32)