

SCHEDA INFORMATIVA

COMMESSA PUBBLICA

Nozione

La presente scheda informativa illustra la nozione di commessa pubblica e le particolarità/eccezioni che potrebbero configurare l'applicazione o meno dei disposti in materia di commesse pubbliche.

Sommario

1.	Commessa pubblica	1
2.	Eccezioni all'applicazione del CIAP e della LCPubb	2
2.1	Commesse <i>in house</i> / <i>quasi in house</i> / <i>in state</i>	2
2.2	Sussidio	3
2.3	Concessione / Monopolio	4
2.4	Acquisto o locazione di beni immobili (fondi, costruzioni o impianti)	6
2.5	Assunzione di personale	6
2.6	Sponsorizzazione e merchandising	6
2.7	Incarichi definiti dalla legge	7
2.8	Eccezioni del CIAP e della LCPubb	7
2.8.1	Eccezioni globali	8
2.8.2	Eccezioni puntuali	8
3.	Riferimenti	9

1. Commessa pubblica

Gli accordi internazionali, il diritto federale, intercantonale e cantonale, attualmente, non fissano la definizione di commessa pubblica (cfr. STA 52.2016.3 del 23 febbraio 2006). Nel modello di messaggio relativo alla revisione totale del CIAP del 15 novembre 2019 è proposta questa definizione (artt. 8 cpv. 1 e 9):

“Art. 8 Commessa pubblica

“Una commessa pubblica è un contratto concluso tra il committente e l'offerente allo scopo di adempiere un compito pubblico. Tale contratto è a titolo oneroso ed è caratterizzato da uno scambio di prestazioni e controprestazioni, fermo restando che la prestazione caratteristica è fornita dall'offerente.

Art. 9 Trasferimento di compiti pubblici e rilascio di concessioni

Il trasferimento di un compito pubblico o il rilascio di una concessione sono considerati una commessa pubblica se in virtù di tale trasferimento o rilascio all'offerente sono conferiti diritti esclusivi o speciali esercitati nell'interesse pubblico, per i quali l'offerente riceve direttamente o indirettamente una retribuzione o un'indennità. Sono fatte salve le disposizioni previste da leggi speciali del diritto federale e cantonale.”

Non avendo ancora una definizione nelle disposizioni legali vigenti il Tribunale cantonale amministrativo (cfr. STA 52.2008.399 del 7 novembre 2008 consid. 2 e rinvii) ha comunque già fornito la seguente definizione:

“La commessa pubblica è caratterizzata dal rapporto sinallagmatico fra un ente pubblico che acquisisce lavori edili, forniture o servizi da un imprenditore che per la sua prestazione riceve una remunerazione. L'ente pubblico svolge il ruolo di consumatore di una prestazione, che gli è fornita a titolo oneroso da un imprenditore.”

In altre parole vi è una commessa pubblica quando sono date cumulativamente le seguenti tre condizioni (cfr. DTF 125 I 209 consid. 6; STF 2P.19/2001 del 16 maggio 2001 consid. 1a/bb):

1. si è in presenza di un contratto remunerato, ossia un atto bilaterale che obbliga due o più parti;

2. un committente soggetto al diritto sulle commesse pubbliche (art. 8 CIAP e art. 2 LCPubb) acquista una prestazione caratteristica e corrisponde per essa una contropartita a carattere oneroso (non obbligatoriamente in denaro);
3. vi è un offerente che fornisce la prestazione.

Contratti unilaterali, tra cui le donazioni, o contratti non pienamente bilaterali, come il comodato (su questo aspetto vedi anche il capitolo sulle concessioni), non rappresentano di principio commesse pubbliche.

Il CIAP e la LCPubb, come indicato sopra, non contengono attualmente gli elementi costitutivi del concetto di commessa pubblica, ma si limitano a delimitare il campo di applicazione, fornendo l'oggetto della commessa. Infatti, secondo gli artt. 6 CIAP e 3 cpv. 2 LCPubb, una commessa pubblica è l'esecuzione di opere di edilizia o genio civile (commesse edili), l'acquisto a titolo oneroso di beni mobili, segnatamente mediante compravendita, leasing, locazione, affitto o nolo-vendita (commesse di forniture) o la fornitura di una prestazione che non può essere annoverata tra le commesse edili o le forniture (commesse di prestazioni di servizio).

2. Eccezioni all'applicazione del CIAP e della LCPubb

Per meglio valutare quando si è in regime di commesse pubbliche, si riprendono alcune particolarità/eccezioni che potrebbero configurare l'applicazione o meno dei disposti in materia di commesse pubbliche.

2.1 Commesse *in house* / *quasi in house* / *in state*

La giurisprudenza e la dottrina ammettono l'inapplicabilità del diritto delle commesse pubbliche nel caso di commesse in proprio o tra poteri aggiudicatori: *in-house*, *quasi in-house* e *in state*. Tali eccezioni al campo d'applicazione delle commesse pubbliche sono interpretate restrittivamente dai tribunali (cfr. Dubey, 2014, pp. 91-96; 2016, pp. 95-98; Poltier, 2014, n. 198-207 pp. 123-131; Zufferey, 2018, pp. 98-99; 2013, p. 28; Sentenza CGUE C-26/03 dell'11 gennaio 2005 "Città di Halle"):

- **Commesse *in-house*:** commesse ad unità organizzative non autonome di un committente sottoposto alla legge o al concordato. In altre parole, l'aggiudicatario fa eseguire delle prestazioni dal proprio personale, oppure interviene una delega di compiti pubblici interna all'amministrazione: ad esempio un servizio dell'Amministrazione cantonale o comunale comanda delle prestazioni ad un altro servizio della stessa amministrazione. In questo caso l'aggiudicatario non è un'entità indipendente dal committente.
- **Commesse *quasi in-house*:** commesse ad imprese sulle quali il committente esercita un controllo corrispondente a quello sui propri servizi, a condizione che queste imprese forniscano le loro prestazioni essenzialmente per il committente. Occorrono tre condizioni cumulative:
 - a. Di principio è necessario che il committente detenga interamente l'aggiudicatario (100%); la dottrina attuale, con richiamo alla giurisprudenza europea, considera che una partecipazione minoritaria d'azionari privati o di capitale-azioni di una società d'economia mista è sufficiente a determinare l'applicabilità del diritto delle commesse pubbliche (cfr. Poltier, 2014, n. 201 rif. 155 pp.126-127) salvo se il partecipante privato era stato scelto tramite una precedente e completa procedura di messa in concorrenza (cfr. Clerc, 2012, n. 73 pp. 1978-1979);
 - b. L'attività essenziale dell'aggiudicatario deve eseguirsi in maniera maggioritaria (> 80%) in favore del committente; in altre parole l'aggiudicatario non deve svolgere attività significative nei confronti di terzi;
 - c. Il committente deve esercitare sull'aggiudicatario un controllo analogo a quello che esercita sui suoi servizi; questo controllo si esercita tramite la detenzione preponderante del capitale azionario, la maggioranza decisionale in seno al consiglio d'amministrazione dell'aggiudicatario e degli accordi contrattuali (ad esempio statuari) suscettibili di creare un obbligo di obbedienza nei confronti dell'aggiudicatario.

- **Commesse *in state***: commesse ad altri committenti giuridicamente autonomi, sottoposti a loro volta al diritto sulle commesse pubbliche, a condizione che i committenti non forniscano queste prestazioni in concorrenza con offerenti privati. Vi sono due condizioni cumulative:
 - a. Necessità che l'aggiudicatario sia al 100% un'entità pubblica (partecipazione privata esclusa);
 - b. L'aggiudicatario non deve essere un attore del mercato, in altre parole non deve esercitare un'attività sottoposta alla concorrenza.

In questi casi non si è quindi in presenza di un commessa pubblica.

2.2 Sussidio

La nozione di sussidio va intesa in un senso largo, copre tutti i contributi pubblici (erogati da enti pubblici, quali per esempio Confederazione, Cantone e Comuni) forniti senza una controprestazione o senza controprestazione equivalente, in particolare con prestazioni in natura. Infatti il Tribunale federale (cfr. STF 2P.117/2005 del 17 ottobre 2005 consid. 4):

"in proposito va osservato che anche se non vi è unanimità di dottrina e se la nozione di sussidio viene definita in modo assai diverso secondo gli autori [...], la medesima include, in via di principio, anche le prestazioni in natura [...], le quali possono assumere più forme, come ad esempio i diritto d'uso [...], la concessione gratuita di un diritto di superficie [...] o la messa a disposizione gratuita di terreni [...]."

La stessa sentenza chiarisce il concetto di sussidio nel campo delle commesse pubbliche, richiamando la *Legge federale sugli aiuti finanziari e le indennità* del 5 ottobre 1990 (Legge sui sussidi, LSU – [RS 616.1](#)) e la *Legge sui sussidi cantonali* del 22 giugno 1994 (LSuss – [RL 620.100](#)). L'art. 4 lett. o RLCPubb/CIAP specifica che il sussidio è quanto è definito sussidio ai sensi oppure in analogia dell'art. 3 LSuss, il quale definisce:

"I sussidi sono prestazioni quantificabili in denaro accordate a terzi senza un'usuale controprestazione di mercato allo scopo di assicurare o promuovere l'adempimento di compiti specifici di interesse pubblico.

²Sono segnatamente considerati sussidi le prestazioni pecuniarie non rimborsabili e, nella misura in cui la loro concessione avviene a titolo gratuito o a condizioni di favore, i mutui, le fideiussioni o altre forme di garanzia, i servizi e le prestazioni in natura.

³Non sono considerati sussidi le prestazioni sociali di cui alla Legge sull'armonizzazione e il coordinamento delle prestazioni sociali del 5 giugno 2000 (Laps)."

La *Legge sull'armonizzazione e il coordinamento delle prestazioni sociali* del 5 giugno 2000 (Laps – [RL 870.100](#)) definisce all'art. 2 le prestazioni sociali sottoposte al suo campo d'applicazione, e che quindi non entrano in linea di conto per la LSuss:

- a) le riduzioni dei premi previste nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie secondo la Legge federale sull'assicurazione malattie (LAMal) del 18 marzo 1994 e dalla relativa Legge cantonale di applicazione;
- b) l'aiuto sociale speciale e l'assegno per sportivi d'élite o talenti artistici previsti dalla Legge sugli aiuti allo studio (LAST) del 23 febbraio 2015;
- c) la borsa di studio e l'assegno di tirocinio previsti dalla Legge sugli aiuti allo studio del 23 febbraio 2015;
- d) l'assegno di riqualificazione professionale previsto dalla Legge sugli aiuti allo studio del 23 febbraio 2015;
- e) l'indennità straordinaria ai disoccupati prevista dalla Legge sul rilancio dell'occupazione e sul sostegno ai disoccupati del 13 ottobre 1997;
- f) l'assegno integrativo previsto dalla Legge sugli assegni di famiglia del 18 dicembre 2008;
- g) l'assegno di prima infanzia previsto dalla Legge sugli assegni di famiglia del 18 dicembre 2008;
- h) le prestazioni assistenziali previste dalla Legge sull'assistenza sociale dell'8 marzo 1971."

Come visto sopra (punto 1) la commessa pubblica è caratterizzata da un contratto a titolo oneroso, esso non vi è in particolare in caso di prestazioni unilaterali, quali i sussidi o gli aiuti finanziari che permettono al beneficiario di svolgere determinati compiti nell'interesse pubblico. Infatti i sussidi o gli aiuti finanziari, giusta gli artt. 3 LSU e 3 cpv. 1 LSuss, mirano a promuovere finanziariamente (o tramite altre forme) l'attuazione di un compito d'interesse pubblico, attività che senza l'aiuto pubblico non sarebbero realizzate o perseguite dall'organismo privato interessato. Tale attività corrisponde a un compito pubblico o presenta connotazioni di interesse generale e non soggiace alle regole abituali di mercato, anche nel caso in cui il beneficiario del sussidio si è liberamente assegnato tale compito. Non è quindi appropriato prevedere delle procedure di messa a concorrenza al fine di ottenere la prestazione economicamente più favorevole.

Per questo motivo il rilascio di questi aiuti finanziari non è soggetto alla legge sulle commesse pubbliche (cfr. STA 52.2018.411 del 1. marzo 2019 consid. 1.2 e 1.3; Poltier, 2014, n. 160 p. 96; 2011, pp. 383 e 385-386).

Tuttavia nulla impedisce all'autorità pubblica di prevedere una procedura di messa in concorrenza destinata a selezionare i migliori progetti (segnatamente per progetti di ricerca o artistica), i cui autori beneficeranno di aiuti finanziari. Tali procedure non sono soggette alla legge sulle commesse pubbliche anche se certi principi di legge possono essere applicati per analogia (cfr. Poltier, 2014, n. 163 p. 97).

Per contro committenti sussidiati, per oggetti o prestazioni, in misura maggiore al 50% o a 1 milione di franchi sono essi stessi assoggettati ai disposti in materia di commesse pubbliche. Anche committenti sussidiati in maniera minore possono comunque risultare assoggettati ad altro titolo, in particolare trattandosi di "Enti e organismi preposti a compiti pubblici o di interesse pubblico". Al riguardo si rinvia alla scheda informativa [Committenti].

Di regola, almeno a livello cantonale, la concessione di sussidi è sempre retta da una base legale (cfr. Poltier, 2011, n. 25 p. 366), quali decreti legislativi o leggi cantonali settoriali, che stabilisce le modalità di concessione e i relativi importi massimi, ad esempio:

- *Regolamento della legge sul sostegno alla cultura* del 16 dicembre 2014 ([RL 440.110](#)), art. 11 cpv. 3-5: max 35-50%;
- *Legge sull'approvvigionamento idrico* del 22 giugno 1994 ([RL 722.100](#)), art. 21: min 10%, max 60%;
- *Legge concernente il promovimento, il coordinamento e il finanziamento delle attività a favore delle persone anziane* del 30 novembre 2010 (LAnz – [RL 873.100](#)), art. 7: max 70%;
- *Legge sul turismo* del 25 giugno 2014 (LTur – [RL 941.100](#)), art. 28: max 30-100%.

Inoltre l'erogazione di un sussidio è accompagnata dall'obbligo imposto al beneficiario di rispettare talune richieste dell'istanza sussidiante (cfr. Poltier, 2011, n. 25 p. 366).

Alcuni esempi giurisprudenziali:

- la gestione di un nido dell'infanzia in cui il gerente riceve l'integrale quota parte dell'aiuto dovuto al cantone in base alla LFam, non è soggetta alla legge sulle commesse pubbliche: *"Il servizio [...] verrebbe pagato sotto forma di retta (differenziata) dai genitori dei bambini affidati alla struttura [...]. L'ente pubblico si limiterebbe infatti a mettere a disposizione dell'assuntore del servizio gli spazi necessari (aule, locali di riposo, servizi sanitari, ecc.) dietro pagamento di una pigione annua di fr. 48'000.-; un onere fisso, che non costituisce la remunerazione per le prestazioni erogate dal nido agli utenti, dalle quali è del tutto indipendente [...] La fattispecie non rientra pertanto nel novero di quelle sottoposte alla LCPubb, bensì configura un caso di locazione di immobili comunali [...]. Per quanto attiene poi all'attività legata alla gestione del servizio di nido d'infanzia occorre rilevare che il fatto che il Comune si impegni a versare all'assuntore del servizio l'integrale quota parte dell'aiuto dovuto al cantone [...] non permette ancora di concludere in favore dell'esistenza di una commessa pubblica. [...] non vi è infatti alcuna controprestazione [...] a favore del gerente. [...] Trattasi, in concreto, di un aiuto finanziario la cui erogazione non sottostà al diritto sulle commesse pubbliche. [...] Questa conclusione si giustifica a maggior ragione ove solo si consideri che il Comune non ha neppure la libertà di fissare l'importo dell'aiuto finanziario in parola, essendo quest'ultimo determinato inderogabilmente dall'Ufficio del sostegno a enti e attività per le famiglie e i giovani"* (STA 52.2018.411 del 1. marzo 2019 consid. 1.3).

2.3 Concessione / Monopolio

Quando un committente soggetto al diritto sulle commesse pubbliche non interviene quale consumatore della prestazione messa a concorso, bensì in qualità di offerente di un'attività economica (inteso anche semplicemente come l'uso di suolo pubblico) di cui ha i diritti esclusivi, si entra nel regime delle concessioni.

Le concessioni si suddividono in quattro principali categorie (cfr. Poltier, 2014, n. 170-191 pp.103-119):

- **Concessioni di monopoli**: implica simultaneamente la realizzazione di infrastrutture importanti ad esempio per il trasporto in treno di persone o per la produzione idroelettrica di energia. Ad esempio il trasferimento a privati dell'uso esclusivo e durevole di una determinata area pubblica (un'area di servizio autostradale) quale monopolio cantonale, deve svolgersi tramite concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera (cfr. STA 52.2010.477 del 1. aprile 2011 consid. 4.1).

- **Concessioni di regalie:** ottenute sulla base di leggi che disciplinano le regalie. Vedi per esempio la *Convenzione intercantonale sulle vendite del sale in Svizzera* del 22 novembre 1973 ([RL 948.100](#)).
- **Concessioni di servizi pubblici:** si tratta di un caso particolare delle concessioni di monopoli, a titolo di esempio il monopolio del trattamento degli scarti urbani (monopolio cantonale che può essere delegato ai Comuni) che frequentemente è concesso ad imprese private.
- **Concessioni demaniali** (che hanno per oggetto l'uso privato del demanio pubblico): il monopolio del demanio pubblico compete al Cantone e ai Comuni che possono accordare ai privati il diritto d'uso. Questa concessione a volte è legata ad una attività economica diretta (estrazione di ghiaia dal lago), ma spesso il diritto d'uso serve indirettamente per altre attività inerenti lo sfruttamento delle risorse (distribuzione acqua potabile ed evacuazione acque luride; distribuzione elettricità, gas, calore; posa cavi della telecomunicazione) o delle installazioni per il trasporto pubblico (realizzazione di binari per una linea di tram, di un porto per trasporto in battello).

Il semplice fatto che l'ente pubblico permetta a un privato di esercitare una determinata attività non comporta l'applicazione del regime delle commesse pubbliche; in simili circostanze esso non incarica infatti il privato di eseguire una prestazione, né acquista alcun bene, ma si limita a ordinare o regolare un'attività privata. In principio ciò vale anche quando l'ente pubblico concede a terzi l'uso di un suo bene amministrativo, atto per cui esso non fa che accordare un diritto e, in regola generale, percepire una controprestazione (cfr. STA 52.2018.411 del 1. marzo 2019 consid. 2.1).

Il rilascio delle concessioni a privati deve in ogni caso sottostare a una corretta forma di messa in concorrenza secondo quanto sancito dall'art. 2 cpv. 7 della *Legge federale sul mercato interno* del 6 ottobre 1995 (LMI – [RS 943.02](#)):

“Il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolge su concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera.”

Pertanto l'attribuzione di concessioni non esclude che si debba procedere ad un pubblico concorso, eventualmente con procedure simili a quelle del diritto delle commesse pubbliche, ad esempio in materia di criteri di aggiudicazione (esempio DTF 143 II 120). Tale principio è sancito per le alienazioni, gli affitti e le locazioni di beni mobili e immobili dei Comuni e dei Patriziati ai sensi dell'art. 167 della *Legge organica comunale* del 10 marzo 1987 (LOC – [RL 181.100](#)) e degli artt. 12-15 della *Legge organica patriziale* del 28 aprile 1992 (LOP – [RL 188.100](#)).

Secondo la giurisprudenza (cfr. DTF 135 II 49), inoltre, nel caso di concessioni combinate con una prestazione del concessionario, quando la prestazione non è meramente accessoria e determina una controprestazione onerosa da parte dello Stato, anche la concessione può essere qualificata quale commessa pubblica.

Alcuni esempi giurisprudenziali:

- **Concessione all'assuntore del servizio di smaltimento della carta:** Un committente pubblico ha indetto un concorso ad invito per lo smaltimento della carta e del cartone, l'ente pubblico non solverebbe alcunché per le prestazioni dispensate dall'assuntore del servizio, bensì è quest'ultimo che pagherà al comune una certa somma per acquistare la carta ritirata; donde l'evidente interesse dell'ente pubblico di cedere il materiale alla ditta disposta a corrispondergli il prezzo più alto. Non si tratta quindi di una commessa pubblica (STA 52.2016.3 del 23 febbraio 2016).
- **Concessione per l'installazione di distributori automatici di bevande:** Un committente pubblico ha indetto un concorso ad invito per la posa di un certo numero di apparecchi automatici destinati alla distribuzione di bevande e di snack presso gli ospedali, l'ente pubblico non solverebbe alcunché per l'installazione di questi macchinari, ma che, anzi, ricaverebbe un guadagno dal loro esercizio. Il committente si limiterebbe infatti a mettere ad esclusiva disposizione dell'assuntore del servizio gli spazi dove posare dette apparecchiature e si farebbe versare da quest'ultimo, a titolo di compenso, la differenza tra il costo dei prodotti indicato dai singoli concorrenti nel capitolato e il prezzo di vendita dei medesimi al pubblico (personale, pazienti, visitatori, ecc.). Non si tratta quindi di una commessa pubblica (STA 52.2010.34 del 14 luglio 2010).

2.4 Acquisto o locazione di beni immobili (fondi, costruzioni o impianti)

La disciplina in materia di commesse pubbliche non si applica di principio per l'acquisizione di immobili (fondi nel senso di terreni, costruzioni quali gli edifici o parti di essi e impianti come le infrastrutture stradali o le antenne di telefonia mobile), né di diritti su tali beni (segnatamente locazione). Si tratta del cosiddetto "privilegio immobiliare", deriva dalla constatazione dell'inesistenza di una vera concorrenza in tale ambito (Poltier, 2014, n. 211 p. 133). L'esenzione non è data quando, in particolare trattandosi di un immobile non ancora costruito oppure in caso di lavori successivi, la costruzione o le modifiche sono effettuate per i bisogni del committente e/o il rischio finanziario è sopportato da quest'ultimo. Quest'ultima condizione è realizzata ad esempio quando un committente si è impegnato a concludere o ha concluso, prima dell'esecuzione dei lavori, un contratto di acquisto, di locazione o di leasing con possibilità di acquisto della costruzione in questione (cfr. Esseiva, 1999, p. 137; Zufferey, Maillard & Michel, 2002, pp. 61-62).

La vendita o locazione di immobili da parte di un committente soggetto al diritto sulle commesse pubbliche è invece esclusa dal campo di applicazione (in assenza di carattere oneroso non si tratta di una commessa), ciò che però non esclude che si debba procedere una messa in concorrenza con applicazione, per analogia, dei principi in ambito di commesse pubbliche (cfr. STA 52.2011.247 del 30 maggio 2012 consid. 2.1).

2.5 Assunzione di personale

L'assunzione di personale da parte di un'amministrazione aggiudicatrice non è considerata una commessa pubblica. L'eccezione presuppone che si proceda a una formale assunzione nel quadro del cosiddetto "diritto di funzione pubblica", ovvero delle leggi che disciplinano l'assunzione di personale. L'eccezione va interpretata in modo restrittivo e deve essere effettiva secondo le norme previste di diritto pubblico, ad esempio assunzione (tramite concorso) di personale nominato o incaricato oppure assunzioni a titolo ausiliario da parte di un'amministrazione pubblica; oppure ancora assunzioni secondo gli artt. 319 e segg. CO (contratto di lavoro), in particolare per i committenti privati (cfr. DTAF 2011/17; Zufferey, Maillard & Michel, 2002, p. 62).

2.6 Sponsorizzazione e merchandising

La sponsorizzazione (sponsoring) e il merchandising di prodotti non sono, di principio, soggetti al diritto delle commesse pubbliche, in quanto è il committente che svolge la prestazione caratteristica e non lo sponsoring (cfr. Poltier, 2014, n. 159 p. 95; Zufferey, Maillard & Michel, 2002, pp. 59-60). Infatti lo sponsor finanzia un evento di pubblico interesse nell'intento di promuovere e migliorare la propria immagine in associazione con quella del committente. Tipicamente nella sponsorizzazione lo sponsor fornisce il suo sostegno economico, o un supporto di altro genere, ottenendo in cambio che il proprio marchio sia messo in evidenza dal committente (cfr. Zufferey, 2000, p. 65).

Lo sponsoring "puro" (ossia sponsoring esclusivamente finanziario), in assenza di controprestazioni onerose da parte del committente, è escluso dall'assoggettamento al diritto delle commesse pubbliche. Tuttavia qualora vi fosse una controprestazione onerosa da parte del committente, bisogna applicare i disposti in materia (Poltier, 2014, n. 159 pp. 95-96), in particolare le commesse fondate su di un contratto di sponsorizzazione possono essere stipulate per incarico diretto fintantoché la differenza di valore a favore del beneficiario (committente) è inferiore ai valori soglia di cui all'art. 7 LCPubb (art. 13c cpv. 4 RLCPubb/CIAP). Qualora il valore della commessa superasse tale limite, la prestazione dovrà essere messa a concorso (procedura su invito o pubblico concorso). In quest'ultimo caso, al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione, il committente può menzionare nella documentazione di gara l'invito agli offerenti di combinare la loro offerta con uno sponsoring, ossia una sorta di sconto; la soluzione più semplice è quella di permettere una variante (variante con sponsoring), sul tema consultare la scheda informativa *[Allestimento e trasmissione offerta]* (cfr. Zufferey, 2000, p. 66).

2.7. Incarichi definiti dalla legge

Per talune specifiche attività di interesse pubblico può essere predeterminato, direttamente dalla legge (base legale formale), chi svolgerà un determinato compito. In questi casi non vi sono i presupposti necessari finché si possa ammettere l'esistenza di un concorso, ossia l'instaurazione di una forma di competizione. Infatti quando il costo delle prestazioni è prestabilito si inibisce qualsiasi forma di concorrenza (cfr. STA 52.2012.9 del 6 febbraio 2012).

Ciò è ad esempio il caso dei periti giudiziari e della rappresentanza d'ufficio, regolati dalle relative leggi di procedura, tra cui il *Codice di diritto processuale civile svizzero* del 19 dicembre 2008 (Codice di procedura civile, CPC – [RS 272](#)), il *Codice di diritto processuale penale svizzero* del 5 ottobre 2007 (Codice di procedura penale, CPP – [RS 312.0](#)) e la *Legge sulla procedura amministrativa* del 24 settembre 2013 (LPAm – [RL 165.100](#)). Tali attività non sono per principio considerate commesse pubbliche. Questo perché lo Stato determina la tariffa, impone la rappresentazione e manca inoltre il criterio della *volontarietà del servizio*. Da notare che, per il resto, le prestazioni giuridiche – tra cui la consulenza e la rappresentazione (volontaria in giustizia) – sono sottoposte alla disciplina in materia di commesse pubbliche (cfr. Beyeler, 2012, n. 1105-1112 pp. 572-575).

Un altro esempio di incarico definito dalla legge è l'attività dei geometri revisori secondo quanto previsto dagli artt. 48 e segg. della *Legge sulla misurazione ufficiale* dell'8 novembre 2005 (LMU – [RL 216.300](#)).

2.8 Eccezioni del CIAP e della LCPubb

CIAP
<p>Eccezioni</p> <p>Art. 10 ¹Il presente Concordato non è applicabile:</p> <ul style="list-style-type: none">a) alle commesse assegnate ad istituti per portatori di handicap, istituti di beneficenza e istituti di pena;b) alle commesse assegnate nell'ambito di programmi d'aiuto all'agricoltura e alimentazione;c) alle commesse riguardanti oggetti di comune responsabilità ed attuazione, aggiudicate in virtù di un trattato internazionale;d) alle commesse aggiudicate a un'organizzazione internazionale in virtù di una speciale procedura;e) alle commesse per l'acquisto di armi, munizioni o materiale bellico, nonché per la costruzione di infrastrutture belliche e di comando nell'ambito della difesa nazionale e dell'esercito. <p>²Il committente non è tenuto ad aggiudicare una commessa conformemente alle disposizioni del presente Concordato:</p> <ul style="list-style-type: none">a) se con ciò sono in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica;b) se ciò si rivela necessario per la tutela della salute e la vita dell'uomo, degli animali e dei vegetali;c) se con ciò si violano i diritti inerenti la tutela della proprietà intellettuale.

LCPubb
<p>Eccezioni</p> <p>Art. 4 ¹La presente legge non si applica:</p> <ul style="list-style-type: none">a) alle commesse con un insieme di committenti che, in base ad una legge federale o al Concordato intercantonale, sono assoggettate ad altre norme;b) alle commesse assegnate ad istituti per portatori di handicap, istituti di beneficenza e istituti di pena. <p>²Il committente non è tenuto a seguire le disposizioni della presente legge se:</p> <ul style="list-style-type: none">a) sono minacciati i buoni costumi, l'ordine pubblico e la sicurezza;b) lo esigono la protezione della salute e della vita dell'uomo, degli animali e dei vegetali;c) sono lesi diritti di protezione in materia di proprietà intellettuale.

Generalmente si distinguono due categorie di commesse che sono esentate dall'applicazione del diritto delle commesse pubbliche: delle **eccezioni globali** che concernono delle intere categorie e delle **eccezioni puntuali** decise caso per caso in funzione di circostanze particolari. Alla prima categoria appartengono le commesse relative agli artt. 10 cpv. 1 CIAP e 4 cpv. 1 LCPubb, mentre all'altra quelle dei cpv. 2 degli articoli citati (cfr. Poltier, 2014, n. 250 p. 156).

2.8.1 Eccezioni globali

La norma cantonale inerente le eccezioni globali (cpv. 1) è più restrittiva del concordato, pertanto in ambito interno (commessa non sottoposta ai trattati internazionali) è possibile far valere unicamente la non applicabilità della legge per le commesse assegnate a (artt. 10 cpv. 1 lett. a CIAP e 4 cpv. 1 lett. b LCPubb):

- Istituti per portatori di handicap: nel Cantone Ticino la *Legge sull'integrazione sociale e professionale degli invalidi* del 14 marzo 1979 ([RL 875.100](#)) indica all'art. 3a che "sono considerati istituti per invalidi i laboratori, i centri diurni, gli appartamenti protetti, le case, altre strutture ad uso sociale e collettivo, destinati ad ospitare invalidi"; conformemente alla legge l'Ufficio degli invalidi allestisce delle liste degli istituti per invalidi e i servizi di integrazione riconosciuti ([link alle liste](#)).
- istituti di beneficenza: si tratta di enti di pubblica utilità, che lavorano senza scopo di lucro e forniscono un servizio a favore della pace sociale (cfr. modello di messaggio relativo alla revisione totale del CIAP del 15 novembre 2019 a p. 46).
- istituti di pena: si tratta dei penitenziari nei quali conformemente all'art. 75 del *Codice penale svizzero* del 21 dicembre 1937 ([RS 311.0](#)) si promuove il comportamento sociale del detenuto; ciò può avvenire tramite il lavoro in carcere che permette di favorire il trattamento "rieducativo".

Questa eccezione presuppone che si tratti effettivamente di commesse assegnate a (e non di) istituti per portatori di handicap, istituti di beneficenza e istituti di pena, in assenza di scopo di lucro (cfr. Poltier, 2014, n. 250 rif. 240 p. 156). Gli acquisti (commesse) di tali istituti – se si tratta di committenti assoggettati – restano in ogni caso sottoposti al diritto delle commesse pubbliche.

Esempi:

- Possibile applicazione: il Cantone commissiona la produzione delle targhe di circolazione al penitenziario cantonale o la stampa di documenti ad una associazione per portatori di handicap non a scopo di lucro.
- Non applicazione: L'associazione per portatori di handicap non a scopo di lucro realizza la sua nuova sede sussidiata da contributi pubblici oltre il 50% della spesa, nessuna eccezione ma assoggettamento alle disposizioni in materia di commesse pubbliche.

Nel caso di commessa sottoposta ai trattati internazionali – salvo il caso sovraesposto (istituti per portatori di handicap, istituti di beneficenza e istituti di pena) – le disposizioni della LCPubb si applicheranno obbligatoriamente anche a eventuali casi in cui il CIAP non si applica (cfr. art. 10 cpv. 1 lett. b-e CIAP).

2.8.2 Eccezioni puntuali

Per le eccezioni puntuali (cpv. 2) il CIAP e la LCPubb prevedono analoghe circostanze nelle quali il committente non è tenuto a seguire le disposizioni in materia di commesse pubbliche (cfr. Rodondi, 1999, pp. 272-273). La non applicazione – eventualmente parziale – deve essere valutata caso per caso secondo il principio di necessità, conformemente alla proporzionalità (misura meno incisiva della soppressione della concorrenza tra gli offerenti). In estrema sintesi, l'eccezione può quindi giustificarsi unicamente quando non esiste nessuna ragionevole misura alternativa proporzionalmente adatta allo scopo ricercato (cfr. TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010 consid. 4.5), nei seguenti casi:

- Sono minacciati i buoni costumi, l'ordine pubblico e la sicurezza: le commesse non sono esonerate soltanto se la loro messa a concorso comprometterebbe la sicurezza pubblica, ma pure quando le prestazioni di per sé sono considerate critiche per la sicurezza.

Esempi:

- Possibile applicazione: il modello di messaggio relativo alla revisione totale del CIAP del 15 novembre 2019 a p. 46 (il tenore del nuovo CIAP corrisponde a quello vigente) indica che i Cantoni non devono mettere a pubblico concorso l'acquisto di armi e munizioni per i corpi di polizia cantonali e comunali.

- Non applicazione: l'ex Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (ora TAF) – con riferimento alle analoghe eccezioni previste della LAPub – ha stabilito che la sicurezza dei membri del corpo diplomatico svizzero e delle loro famiglie come anche la tutela del carattere confidenziale delle informazioni non possono giustificare la rinuncia a una procedura di aggiudicazione con bando pubblico dell'ampliamento di un'ambasciata (cfr. GAAC 64.8 del 19 luglio 1999 consid. 2). Nella fattispecie (sentenza consid. 2.bb) il Tribunale aveva indicato che per mantenere la segretezza si sarebbe potuto verificare l'idoneità, ad esempio tramite una procedura selettiva, al fine di esaminare se i potenziali offerenti fossero in grado di soddisfare i requisiti di riservatezza e di sicurezza da imporre.
- Lo esigono la protezione della salute e della vita dell'uomo e dei vegetali.
Esempi:
 - Possibile applicazione (non è nota casistica specifica): si potrebbe immaginare la circostanza di provvedimenti in caso di epidemie o epizoozie.
 - Non applicazione: lavori urgenti sull'autostrada A9 con la motivazione che è necessaria la sostituzione immediata dei giunti stradali difettosi per proteggere la salute e la vita umana (cfr. TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010 consid. 2.6.4). Nella fattispecie il tribunale ha indicato che bisognava procedere con una procedura libera con termini d'inoltro dell'offerta ridotti.
- Sono lesi diritti di protezione in materia di proprietà intellettuale.
Esempi:
 - Possibile applicazione: acquisto di un'opera di un determinato artista, nel rispetto della buona fede (cfr. J.-B. Zufferey, 2004 p. 48-50, che riporta anche l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza in merito alla nozione di opera architettonica / artistica).
 - Non applicazione: Non è nota casistica specifica.

In estrema sintesi l'applicazione delle eccezioni puntuali devono essere l'*ultima ratio*, cui non è possibile far capo se si può organizzare – sia a titolo ordinario che eccezionale – una procedura di messa in concorrenza, su invito o incarico diretto (cfr. la scheda informativa [*Genere e scelta della procedura*] con particolare riferimento a Jaquier, 2018, n. 184 pp. 149-150, n. 371 p. 266, n. 378-379 pp. 270-272).

3. Riferimenti

Giurisprudenza
Commessa pubblica: <ul style="list-style-type: none">- STA 52.2016.3 del 23 febbraio 2016- STA 52.2008.399 del 7 novembre 2008- STF 2P.19/2001 del 16 maggio 2001- DTF 125 I 209 (sentenza della seconda Corte di diritto pubblico del 26 aprile 1999)
Commesse in house / quasi in house / in state: <ul style="list-style-type: none">- CGUE C-26/03 dell'11 gennaio 2005 "Città di Halle"
Sussidio: <ul style="list-style-type: none">- STA 52.2018.411 del 1. marzo 2019- STF 2P.117/2005 del 17 ottobre 2005
Concessione/Monopolio: <ul style="list-style-type: none">- STA 52.2018.411 del 1. marzo 2019- DTF 143 II 120 (STF 2C_880/2015 / 2C_885/2015 del 6 marzo 2017)- STA 52.2016.3 del 23 febbraio 2016- STA 52.2010.477 del 1. aprile 2011- STA 52.2010.34 del 14 luglio 2010- DTF 135 II 49 (STF 2C_484/2008 del 9 gennaio 2009)

Acquisto o locazione di beni immobili (fondi, costruzioni o impianti):

- STA 52.2011.247 del 30 maggio 2012

Assunzione di personale:

- DTAF 2011/17 (STAF B-1687/2010 del 21 giugno 2011)

Incarichi definiti dalla legge:

- STA 52.2012.9 del 6 febbraio 2012

Eccezioni del CIAP e della LCPubb:

- TAF B-4657/2009 del 20 luglio 2010
- GAAC 64.8 del 19 luglio 1999

Dottrina

- M. Beyler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2012, pp. 159-175, pp. 183-198, pp. 243-268, pp. 319-331, pp. 361-481, pp. 563-569, pp. 593-702,
- M. Cassina, *Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino*, in Atti della serata di studio della Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (CFPG), n. 11 del 23.11.2008, pp. 17-21
- E. Clerc, *art. 5 LMI*, in V. Martenet, C. Bovet & P. Tercier, *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, Helbing Lichtenhahn Verlag: Basilea, 2012, pp. 1964-1988
- J. Dubey, *La jurisprudence en droit des marchés publics entre 2012 et 2014*, in J.-B. Zufferey, & H. Stöckli, *Marchés publics 2014*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2014, pp. 91-96
- J. Dubey, *La jurisprudence en droit des marchés publics entre 2014 et 2016*, in J.-B. Zufferey, M. Beyeler & S. Echerler, *Marchés publics 2016*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2016, pp. 95-98
- D. Esseiva, *Achat d'un bâtiment*, in "Droit de la construction" (BR/DC), Schulthess Verlag: Zurigo, 1999, n. 4, p. 137
- P. Galli, A. Moser, E. Lang & E. Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2007, pp. 45-52.
- M. Jaquier, *Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics: Etude de droit suisse et européen*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2018, pp. 270-272
- C. Jäger, *Transactions immobilières et droit des marchés publics*, in "Territoire & Environnement", VLP-ASPAN: Berna, 2012, n. 4
- V. Malfanti, *Principali novità introdotte dalla Legge sulle commesse pubbliche*, in "Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese" (RDAT), nr. I-2001
- E. Poltier, *Droit des marchés publics*, Stämpfli Editions SA: Berna, 2014, pp. 83-133 e 156
- E. Poltier, *Les subventions*, in A. Lienhard, *Finanzrecht*; Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht: Basilea, 2011, volume 10, pp. 343-442
- O. Rodondi, *Le droit cantonal des marchés publics*, in "Revue de droit administratif" (RDAF), Association Henri Zwahlen, 1999, pp. 265-312
- J.-B. Zufferey, *Prestation de sponsoring intégrées à un marché public*, in "Droit de la construction" (BR/DC), Schulthess Verlag: Zurigo, 2000, n. 2, pp. 65-66
- J.-B. Zufferey, *L'art en droit des marchés publics*, in "Droit de la construction" (BR/DC), Schulthess Verlag: Zurigo, 2004, n. 2, pp. 48-53
- J.-B. Zufferey, *Marchés "in-house" et "quasi in-house"*, in "Droit de la construction" (BR/DC), Schulthess Verlag: Zurigo, 2013, n. 1, p. 28
- J.-B. Zufferey, *La jurisprudence en droit des marchés publics de 2016 à 2018*, in J.-B. Zufferey, M. Beyeler & S. Echerler, *Marchés publics 2018*, Schulthess Verlag: Zurigo, 2018, pp. 98-99
- J.-B. Zufferey, C. Maillard & N. Michel, *Droit des marchés publics: Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Università di Friburgo: Friburgo, 2002, pp. 58-68