

numero			Bellinzona
5679	lm	17	11 novembre 2008

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Ufficio federale delle costruzioni
e della logistica
Segreteria Commissione degli
acquisti della Confederazione
Holzikofenweg 36
3003 Berna

Avamprogetto e rapporto esplicativo concernente la revisione totale della Legge federale sugli acquisti pubblici, procedura di consultazione

Signor Consigliere federale,

la ringraziamo per l'opportunità di poter prendere posizione sull'avamprogetto di modifica della Legge federale sugli acquisti.

Premessa

In limine, l'Esecutivo cantonale si dichiara favorevole ad un'armonizzazione della legislazione federale e cantonale sulle commesse pubbliche. Nella sostanza comunque, in sintonia con la presa di posizione della Conferenza svizzera dei Direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e dell'ambiente del 25 settembre 2008, si dichiara **contrario** al progetto di legge in esame, privilegiando, nel rispetto delle reciproche competenze ed alla prassi sin qui adottata, la trasposizione delle normative internazionali per il tramite della **modifica** del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici; strumento questo che permetterà l'armonizzazione, nel limite del possibile, con il diritto federale. Si predilige quindi il modello A¹.

¹ Confronta pagina 12 del Rapporto. Per maggior completezza si rimanda pure alla presa di posizione DTAP del 25 settembre 2008 sulla Revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici: Presa di posizione dei Cantoni punto 2 pag. 4 e 5;

1. Considerazioni politiche e giuridiche del rifiuto

Con il progetto presentato la Confederazione auspica regolamentare a livello federale una materia di stretta competenza cantonale. Si intravede in questo modo d'agire, la volontà dello Stato centrale di avocarsi competenze sinora di stretta pertinenza dei Cantoni, questo in violazione con i dettami costituzionali ed in chiaro e palese contrasto con il principio del federalismo².

Si evidenzia inoltre che l'agognata armonizzazione propugnata nella legge sarà difficilmente raggiungibile. La legge propone infatti soluzioni diverse per le commesse della Confederazione e dei Cantoni. Soluzione questa che, al pari dell'attuale, crea ulteriori e sostanziali differenze di prassi all'interno del territorio nazionale³.

2. Soluzione proposta

L'Esecutivo cantonale privilegia, come appena enunciato, il modello A ed intende procedere, in collaborazione con i Cantoni concordatari, ad una revisione del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici. I lavori verranno iniziati non appena le modifiche degli Accordi internazionali saranno chiaramente definite ed approvate a livello federale.

La revisione terrà pure conto della possibile armonizzazione con il diritto federale sulle commesse pubbliche⁴.

3. Commento ai singoli articoli

Pur rimanendo contrario al progetto di legge si formulano comunque i commenti ai singoli articoli di legge proposti.

Titolo primo: Disposizioni generali

Capitolo 1 Oggetto e scopo

Ad. 1 Oggetto

Come si enuncia alla lett. b) scopo della legge è quello di uniformare parzialmente la legislazione federale e cantonale. L'articolo 6 permette però ai Cantoni di definire in maniera autonoma aspetti e temi di notevole importanza per un'armonizzazione credibile, quali i valori soglia, le norme di aggiudicazione, aspetti di procedura (esempio trattative), questo a nocumento di soluzioni unitarie, più consone agli scopi di armonizzazione.

² Presa di posizione della DTAP punto 3 pag. 5 e seg.;

³ Presa di posizione DTAP punto 4 pag. 6 e segg.;

⁴ op. cit. punto 5 pag. 7;

Capitolo 2 Campo di applicazione

Ad. 4 Committenti

L'articolo 5 della LMI prevede l'obbligo, per enti preposti a compiti cantonali o comunali, di non discriminare, nelle loro prescrizioni e decisioni sugli appalti pubblici, coloro che hanno il loro domicilio o la propria sede in Svizzera.

La definizione di "enti preposti"⁵ data dalla norma federale non è delle più trasparenti e può dare adito a diverse interpretazioni⁶.

A prescindere dalla personalità giuridica del committente o del tipo di prestazione richiesta, l'art. 5 cpv. 1 LMI dovrebbe comunque applicarsi a tutti i contratti in cui vengano acquisite delle prestazioni che servono per l'assolvimento di compiti pubblici⁷.

La normativa proposta non fa differenza tra acquisti per assolvimento di compiti pubblici ed altri, ad esempio nel campo dei beni patrimoniali⁸. Sarebbe auspicabile quindi armonizzare questo disposto con la Legge federale sul mercato interno.

Capitolo 3 Diritto applicabile

Ad. 6 Legislazioni cantonali

Questo disposto contraddice lo spirito insito nell'articolo 1 lett. b). In effetti lascia alle legislazioni cantonali un margine d'apprezzamento che porterà inevitabilmente ad un proliferare di soluzioni su temi di notevole importanza.

Titolo secondo: Procedura d'acquisto

Ad. 13 Confidenzialità e sicurezza dei dati

Il principio della confidenzialità non dovrebbe andar oltre quanto definito dall'articolo 27 della Legge federale sulla procedura amministrativa. Questo soprattutto in sede di ricorso. La consultazione dell'incarto può essere rifiutata se interessi privati preponderanti lo esigono, ad esempio allorquando occorre proteggere importanti segreti d'affari o il know-how dell'aggiudicatario. Detto rifiuto può unicamente interessare documenti che occorre mantenere segreti⁹. In particolare questo

⁵ Il testo in lingua tedesca parla di "andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben"

⁶ H. Lang, Binnenmark: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, das Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in Submissionwesen im Binnenmarkt Schweiz, Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Europa Institut Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, pag. 22 e segg).

⁷ Observations du secrétariat de la Commission de la concurrence du 9 octobre 1997, concernant le projet de législation sur les marchés publics du Canton Tessin du 30-5-1997, N. 3 pag. 2;

⁸ vedi investimenti patrimoniali delle casse pensioni pubbliche. Come pure acquisti effettuati da autorità soggette non destinati allo svolgimento di compiti pubblici

⁹ decisione non pubblicata del Tribunale federale del 2 marzo 2000 in re Gruppo X e Y /Consiglio di Stato Cantone Turgovia, consid. 2, riassunta in SJ 2000, pag. 546 e segg; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998-1999 zum öffentlichen Beschaffungswesen [Bund sowie Hinweise auf kantonale Entschiede], Pratique juridique Actuelle 6/2000, pag. 686; decisioni non pubblicate della

disposto non dovrà essere preso a pretesto per venir meno al principio della trasparenza e pubblicità (si pensi alla procedura di apertura pubblica delle offerte).

Ad. 15 Valori soglia

Si ritiene che i valori soglia applicati dalla Confederazione per le opere edili non siano giustificati se comparati con quelli applicati dai Cantoni; una soglia così elevata ingenera il rischio di negligere il rispetto di una sana concorrenza fra regioni (invito di ditte fuori regione poiché conosciute) e con il rischio di favorire sempre le medesime imprese.

Ad. 19 Documentazione del bando

Fatta eccezione dell'obbligo di pubblicazione, che nella sostanza costituisce la principale differenza con la procedura ad invito, i dettami relativi alla documentazione devono valere sia per le procedure aperte sia per la procedura ad invito. In particolare occorre rilevare che uno dei requisiti essenziali che l'ente appaltante deve ossequiare anche nel caso in cui scelga l'iter della licitazione privata è l'invito a presentare un'offerta, sulla base di un capitolato redatto dallo stesso ente, che deve essere trasmesso contemporaneamente alla rosa dei concorrenti prescelti, ai quali viene fissato un termine per l'inoltro delle relative offerte. I documenti di gara devono in ogni caso rispettare i principi generali del diritto amministrativo, specie in correlazione all'ossequio delle regole della sufficienza e della correttezza degli atti amministrativi, come pure della buona fede e della parità di trattamento fra concorrenti. Anche per le procedure ad invito deve esserci una documentazione per poter paragonare le offerte (parità di trattamento). La documentazione deve essere gratuita e soprattutto la Confederazione deve trattare tutte le regioni allo stesso modo e non far prevalere la sede degli Uffici federali. Nessuna regione della Svizzera e neppure nessun attore economico devono venir discriminati per quanto riguarda la lingua. Nella sostanza quindi si propone che una traduzione succinta del bando debba essere sempre fatta nelle tre lingue nazionali ed ufficiali.

Ad. 24 Varianti

Si predilige il sistema attuale che impone sempre la presentazione dell'offerta ufficiale. Come d'altronde previsto a livello europeo il capitolato d'appalto deve fissare le condizioni minime (art. 19 direttiva 93/3/CEE 7 del 14 giugno 1993). Questo accorgimento permetterà al committente un esame oggettivo del rispetto delle condizioni d'appalto.

Ad. 25 Mancata certificazione del rispetto dei requisiti giuridici

Per quanto concerne i concorrenti svizzeri si rileva che quanto previsto dal capoverso 3 è conforme a quanto previsto dalla Legge federale sul mercato interno. Questa regola dovrebbe pertanto venire applicata, nel caso di un'estensione ai concorrenti europei, pure a concorrenti provenienti da Stati CEE.

Ad. 29 Altri motivi d'esclusione

L'obbligo di escludere i concorrenti che non ossequiano i criteri fissati dai capoversi 2 e 3 del disposto devono essere imperativi e non potestativi, pena la violazione del principio di uguaglianza sancito dall'articolo 2 lett. b).

Ad. 32 Criteri di aggiudicazione

Il criterio del prezzo dovrebbe avere un valore identico agli altri. Il sistema previsto dalla lett. a) del capoverso 2 sembra privilegiare alla fine l'aggiudicazione al minor prezzo, facendo concorrere gli altri criteri a regole secondarie. Vedasi più in dettaglio il commento all'articolo 39.

Ad. 36 Apertura delle offerte

Di principio, l'apertura delle offerte dovrebbe avvenire in seduta pubblica onde garantire il principio di trasparenza. In ogni caso, il verbale dovrebbe essere reso noto ai concorrenti.

Ad. 37 Rettifica delle offerte

Si rileva che i Cantoni sono di principio contrari alla possibilità delle trattative in sede d'offerta. Nel Concordato intercantonale sugli appalti pubblici¹⁰ vige il principio del divieto di negoziare le offerte 11 cpv. 1 lett. c) CIAP. La procedura di rettifica deve unicamente permettere al committente di chiedere agli offerenti ulteriori chiarimenti sui piani e l'aritmetica delle offerte, al fine che queste possano essere poi comparate con le altre.

Ad. 38 Modifica dei requisiti della prestazione e dei criteri di valutazione

Attraverso la predeterminazione dei criteri di aggiudicazione e della loro importanza in sede di bando di concorso vengono definiti i limiti del potere d'apprezzamento conferito al committente in sede di aggiudicazione. Viene inoltre facilitato il controllo giurisdizionale dell'apprezzamento da parte delle autorità di ricorso.

In sede di aggiudicazione, il committente deve quindi attenersi ai criteri di aggiudicazione indicati dal bando ed ai fattori di ponderazione che vi ha attribuito. Non può far capo a criteri estranei o sottaciuti, né può sovvertirne l'ordine d'importanza. Il gioco della concorrenza arrischierebbe altrimenti di venirne falsato (DTF 125 II 102).

La novità che si intende introdurre, ossia la possibilità di modificare i criteri di aggiudicazione ad offerte rientrate ed esaminate, contraddice manifestamente i principi che stanno alla base della gara.

Ad. 39 Aggiudicazione

Con la possibilità di ponderare separatamente i criteri monetari e non, si crea la possibilità (già applicata da FFS e AlpTransit) di porre delle soglie qualitative e fra

¹⁰ Art. 11 lett. c) CIAP;

quelle scegliere l'offerta più bassa. In pratica la delibera avviene poi sempre al minor e non al miglior offerente.

Ad. 42 Pubblicazione

Occorre prevedere la pubblicazione delle decisioni di aggiudicazione anche in caso di procedure a concorrenza limitata, così da permettere ai potenziali concorrenti di verificare la correttezza della procedura. In effetti, il committente non può aggiudicare lavori e forniture mediante procedura ad invito o incarico diretto al di fuori delle ipotesi contemplate dagli articoli 58 e 60 del progetto di legge, norme che devono essere interpretate in modo restrittivo¹¹. Se il committente opta per una procedura sbagliata, rispettivamente promuove una gara a concorrenza limitata in assenza dei presupposti sanciti dalla legge incorre in una grave e manifesta violazione di alcuni principi essenziali che governano l'aggiudicazione di commesse pubbliche (parità di trattamento, libero accesso al mercato e impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche). Il vizio è talmente importante che la decisione di aggiudicazione presa in esito ad una scelta procedurale errata è assolutamente nulla, al pari di tutto il procedimento in seno alla quale viene adottata.

Titolo terzo: Rimedi giuridici e risarcimenti per acquisti della Confederazione

Capitolo 1: Disposizioni generali

Ad. 68 Principio

Il diritto di ricorso deve essere salvaguardato indipendentemente dalle soglie e dal tipo di procedura. Abolire la possibilità di ricorso favorisce uno scadimento della qualità degli atti di appalto e in definitiva della qualità delle costruzioni. Nella misura in cui il committente opta per una procedura ad invito i concorrenti prescelti devono poter contestare lo svolgimento corretto della procedura scelta.

Ad. 70 Lingua

Trattandosi di procedure della Confederazione siamo dell'avviso che un riassunto del bando deve sempre esser redatto nelle tre lingue ufficiali. Mal si comprende la discriminazione operata nei confronti della lingua italiana.

4. Conclusioni

L'Esecutivo cantonale ribadisce la sua contrarietà al progetto presentato. Questo sulla scorta delle seguenti motivazioni:

- 1. Mancata armonizzazione tra le scelte di principio operate a livello di Concordato intercantonale sugli appalti pubblici e quelle operate dalla Confederazione.**

¹¹ Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, n. 134 p. 63;.

2. Le competenze costituzionali e organizzative tra Confederazione e Cantoni devono essere garantite nell'ambito di scelte chiare e condivise tra le parti.
3. Mancanza di una visione chiara dei mutamenti in corso a livello internazionale, ciò che rende il presente progetto prematuro¹².

Voglia gradire, signor Consigliere federale, l'espressione della nostra alta stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:

M. Borradori

Il Cancelliere:

G. Gianella

Copia per conoscenza a:

- Deputazione ticinese alle Camere federali.

¹² Presa di posizione DTAP pag. 2;

