

Messaggio

numero

6295

data

28 ottobre 2009

Dipartimento

TERRITORIO

Concerne

Rapporto del Consiglio di stato sull'iniziativa parlamentare 27 gennaio 2009 presentata nella forma elaborata da Fabio Badasci e Michele Barra per la modifica degli articoli 10, 11 e 32 della Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb)

Signor Presidente,
signore e signori deputati,

in data 27 gennaio 2009 i Deputati Fabio Badasci e Michele Barra hanno depositato un'iniziativa, proponendo la modifica dei seguenti articoli della Legge cantonale sulle commesse pubbliche:

Art. 10 - Procedura ad invito. Definizione

¹Nella procedura ad invito il committente decide quali offerenti vuole invitare direttamente, senza pubblicazione del bando di gara, a presentare un'offerta entro un termine adeguato.

²Gli offerenti devono essere rispettosi dei principi procedurali dell'art. 5 cpv. 1 della presente legge.

³Il numero di offerenti da invitare non può essere inferiore a cinque, e almeno due devono avere la sede fuori dal Comune dove viene richiesta la prestazione.

Art. 11 - Campo di applicazione

¹È possibile ricorrere alla procedura ad invito:

- a) quando la spesa prevista non supera i seguenti importi per singola commessa:
fr. **1'000'000.-** per commesse edili di impresario costruttore e di pavimentazioni stradali,
fr. **500'000.-** per commesse edili di altro genere e artigianali,
fr. **1'000'000.-** per commesse di fornitura,
fr. **2'500'000.-** per prestazioni di servizio;
- b) quando in una procedura libera o selettiva non vengono presentate offerte accettabili o nessun offerente adempie ai criteri di idoneità,
- c) quando si tratti di commesse che richiedono qualità e abilità professionali particolari o l'applicazione di provvedimenti e attrezzature speciali.

²I Comuni e gli altri enti pubblici possono fissare per regolamento valori soglia inferiori.

Art. 32 - Aggiudicazione

¹Il committente aggiudica la commessa a favore dell'offerta più vantaggiosa determinata sulla scorta di diversi criteri, quali il termine, la qualità, il prezzo, l'economicità, i costi di servizio, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale e il valore tecnico.

²I criteri di aggiudicazione devono essere indicati nei documenti del bando, in ordine di importanza.

³Trattandosi di beni ampiamente standardizzati, l'aggiudicazione della commessa può avvenire anche tenendo conto unicamente del criterio del minor prezzo.

⁴Il punteggio riguardante i prezzi più vantaggiosi, nell'ambito del 5%, possono essere valutati ed eguagliati.

1. SCOPO

Come si può desumere dal testo accompagnante la proposta, "La particolare situazione economica che deve affrontare il Ticino in questo periodo impone una riflessione importante da parte di tutti gli attori in campo che, anche con piccoli passi ma concreti, possono favorire il superamento della crisi economica con il minor danno possibile. La Legge sulle commesse pubbliche regola e favorisce la libera concorrenza, obbliga gli enti pubblici o i privati con importanti sussidi pubblici ad aprire i concorsi al mercato internazionale, ma nello stesso tempo favorisce la fuga di capitale pubblico (e quindi pagato proprio dall'economia ticinese) verso l'estero o semplicemente fuori Cantone. Aumentare quindi la possibilità di scelta da parte del committente nell'ambito della procedura ad invito non mette in pericolo la concorrenza, ma lascia maggior spazio di scelta e quindi di manovra a ogni singolo ente pubblico o privato tenuto a rispettare la legge."

2. CONSIDERAZIONI GENERALI

2.1 Premessa

La Legge sulle commesse pubbliche ha quale obiettivo l'armonizzazione dell'attuale legislazione cantonale al processo di apertura dei mercati pubblici cantonali, imposto dalla Legge federale sul mercato interno. Essa, avendo valenza esclusivamente nazionale, non è applicabile alle procedure sottoposte al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (art. 3 cpv. 2 LCPubb).

Scopo principale delle normative sulle commesse pubbliche è quello di permettere all'ente pubblico di beneficiare del gioco della libera concorrenza così da ottenere nei propri "acquisti" l'offerta più vantaggiosa.

Alfine di conseguire questo fine occorre:

- assicurare una concorrenza efficace
- garantire la trasparenza nell'ambito delle procedure
- tutelare la parità di trattamento ed assicurare l'imparzialità nelle procedure
- permettere un uso parsimonioso delle pubbliche risorse.

Come enunciato dal Rapporto della Commissione della legislazione¹, con l'adozione di una legge moderna, lo Stato intende poter disporre di uno strumento che gli permetta di acquisire prodotti e prestazioni di qualità, beneficiando del principio di una sana concorrenza.

¹ Rapporto n. 4806 del 19 gennaio 2001 sul messaggio 28 ottobre concernente l'adozione della legge sulle commesse pubbliche punto 2.1.;

2.2 Legge federale sul mercato interno

La Legge federale sul mercato interno² è stata approvata dal Parlamento federale il 6 ottobre 1995, nell'ambito dell'adozione di una serie di provvedimenti intesi a rinnovare e rilanciare l'economia interna del nostro Paese. Essa ha quale scopo principale quello di abbattere gli ostacoli di diritto pubblico alla concorrenza, istituiti dalle varie legislazioni cantonali e comunali, nonché di eliminare gli impedimenti esistenti alla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno del Paese, in modo da rafforzare la coesione interna del mercato e rendere più competitiva l'economia elvetica nel contesto internazionale³.

Concepita come legge quadro, la LMI non mira ad armonizzare le normative dei singoli settori, ma si limita a stabilire i principi elementari necessari per garantire il corretto funzionamento del mercato interno⁴.

La LMI, definisce innanzitutto il principio di libero accesso al mercato nazionale. Nel settore delle commesse pubbliche (art. 5) si obbliga Cantoni e Comuni, come pure altri enti preposti a compiti pubblici cantonali e/o comunali a non discriminare l'accesso a concorrenti aventi il loro domicilio o la propria sede in Svizzera.

Campo di applicazione

a) In ragione delle persone

L'art. 1 cpv. 1 LMI garantisce a tutte le persone fisiche e giuridiche domiciliate o con sede in Svizzera, il diritto di accedere liberamente ed in modo indiscriminato al mercato nazionale, al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa. Con i termini di "domicilio" e "sede" si intendono il domicilio o la sede d'affari⁵ in Svizzera.

b) In ragione della materia

Giusta l'art. 1 cpv. 3 LMI, la Legge sul mercato interno concerne ogni attività a scopo di lucro assoggettata alla tutela della libertà di commercio e d'industria. Sono dunque, di principio, comprese nel suo campo di applicazione tutte le attività private volte al conseguimento di un reddito; vale a dire le attività lucrative indipendenti o dipendenti esercitate a titolo principale oppure accessorio e, in modo particolare, il commercio di merci e servizi, nonché l'autorizzazione e l'offerta di prestazioni di lavoro⁶.

c) Commesse pubbliche

La Legge federale sul mercato interno (art. 5) obbliga Cantoni e Comuni e gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali a non discriminare, nelle prescrizioni e decisioni sugli appalti pubblici, coloro che hanno il loro domicilio o la propria sede in Svizzera.

Nell'ambito delle commesse pubbliche, i disposti della legge federale sul mercato interno definiscono i principi minimi da rispettare. I più importanti sono:

a) il principio di non discriminazione (art. 5 cpv. 1 in combinato con l'art. 3 LMI),

² RS 943.02;

³ Messaggio federale concernente una Legge sul mercato interno del 23 novembre 1994, F.F. 1995 I 1028 e segg, pag. 1039 e 1040; Matteo Cassina, la Legge federale sul mercato interno; principi fondamentali e note in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale, RDAT I-2000 pag. 100 e riferimenti; Jean-Baptiste Zufferey, Les marchés publics dans la construction "cinq ans après", Journées du droit suisse de la construction 2001, Friburgo, pag. 13;

⁴ Messaggio concernente alla modifica della Legge federale sul mercato interno del 24 novembre 2004 pubblicato in FF 2005-3 pag. 409 e segg. In particolare pag. 414;

⁵ Matteo Cassina, op. cit. pag. 100, Messaggio federale FF 1995 I pag. 1057;

⁶ Matteo Cassina, op. cit. pag. 101;

- b) di trasparenza (pubblicazione dei criteri di partecipazione e d'attribuzione delle commesse, art. 5 cpv. 2 LMI),
- c) le regole che prevedono delle restrizioni al principio del libero accesso al mercato, devono poter essere oggetto di ricorso presso un'istanza cantonale indipendente (art. 9 LMI).

Il libero accesso al mercato può essere limitato unicamente se le restrizioni si applicano, nella stessa misura, agli offerenti locali (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI), sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e rispettano il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).

In ogni caso, le restrizioni non devono in alcun caso costituire un ostacolo dissimulato agli scambi, nell'intento di favorire gli interessi economici locali (art. 3 cpv. 4 LMI).

L'art. 9 LMI relativo alle garanzie processuali e ai rimedi di diritto esperibili in materia di restrizioni al libero accesso al mercato interno, ha rafforzato la protezione giuridica, specialmente nel settore delle commesse pubbliche. Tale norma prevede in effetti che simili restrizioni devono essere adottate attraverso delle decisioni impugnabili (art. 9 cpv. 1 LMI) e che i Cantoni sono tenuti a garantire l'esame delle stesse da parte di un'istanza di ricorso indipendente dall'amministrazione⁷.

2.2.1 Trasposizione dei principi della LMI nel diritto cantonale per il tramite del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici

Al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP), il Cantone Ticino ha aderito il 6 febbraio 1996 ed ha sancito l'entrata in vigore per il 21 maggio 1996. A seguito della votazione federale del 21 maggio 2000, con la quale il Popolo svizzero ha accettato gli Accordi bilaterali fra la Svizzera e l'Unione europea (UE), entrati in vigore il 1. giugno 2002, si è reso necessario un adeguamento del Concordato alle nuove disposizioni dell'Accordo specifico sugli appalti pubblici.

In funzione di questa revisione, imposta dalle disposizioni internazionali, la "Conferenza svizzera dei direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e della protezione dell'ambiente dei Cantoni concordatari" (DTAP) ha deciso, nel rispetto della Legge federale sul mercato interno (LMI), di migliorare la reciproca armonizzazione fra Cantoni e Comuni. In particolare, la DTAP ha definito, per i diversi tipi di procedura, **i valori soglia massimi**, lasciando ai Cantoni di eventualmente adottare soglie inferiori (ma non superiori).

Con messaggio n. 5514 il Consiglio di Stato ha presentato a codesto Gran Consiglio la proposta di modifica, accolta dal Parlamento con Decreto legislativo del 30 novembre 2004, entrato in vigore il 4 febbraio 2005.

I valori massimi ammissibili, a livello cantonale, sono riportati nell'allegato 2 del Concordato intercantionale⁸.

⁷ Matteo Cassina, op. cit. N. 6 pag. 108, DTF 125 I 406

⁸ RL 7.14.1.3;

Tipi di procedura	Forniture (valore della commessa in CHF)	Prestazioni di servizio (valore della commessa in CHF)	Lavori di costruzione (valore della commessa in CHF)	
			Ramo secondario	Ramo principale
<i>Incarico diretto</i>	Inferiore a 100'000.-	Inferiore a 150'000	Inferiore a 150'000	Inferiore a 300'000
<i>Procedura ad invito</i>	Inferiore a 250'000	Inferiore a 150'000	Inferiore a 250'000	Inferiore a 500'000
<i>Pubblico concorso/ procedura selettiva</i>	A partire da 250'000	A partire da 250'000	A partire da 250'000	A partire da 500'000

L'iniziativa proposta volta all'aumento dei valori soglia applicabili per le procedure ad invito e incarico diretto, violando i limiti posti a livello concordatario, si pone in contrasto con le norme a cui il Cantone è vincolato e che deve rispettare (art. 48 cpv. 5 Cost. fed.): i Concordati intercantonali prevalgono infatti sul diritto cantonale contrario (DTF 100 la 423).

2.2.2 Altre considerazioni

Per volontà del Parlamento i valori soglia per ogni tipo di procedura vengono definiti direttamente nella legge. Come si può leggere nel Rapporto della Commissione della legislazione⁹ *"I valori soglia per la scelta delle procedure sono stati attentamente esaminati dalla Commissione"*. Nel fissare gli stessi si è cercato di trovare il giusto equilibrio tra le diverse finalità della legge (art. 1), in particolare quello di assicurare una libera concorrenza e l'obbligo *"dell'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche"*.

Se accettata, l'iniziativa avrebbe quale effetto di sottrarre la maggior parte delle commesse nei settori artigianali e nelle prestazioni di servizio dal gioco della concorrenza e questo a discapito dell'intera economia ticinese, a cui La legge sulle commesse è principalmente rivolta.

3. CONSIDERAZIONI SULLE SINGOLE PROPOSTE DI MODIFICA

3.1 Modiche dei singoli articoli

3.1.1 Articolo 10 capoverso 3

La definizione data ora dall'art. 10 LCPubb è ripresa direttamente dall'articolo 12 cpv. 1 lett. 2^{bis} CIAP giusta il quale *"b.^{bis} "la procedura mediante invito, nella quale il committente stabilisce quali offerenti sono direttamente invitati a presentare un'offerta, senza bando di concorso. Il committente deve richiedere se possibile almeno tre offerte"*. Ora nell'ambito delle procedure di aggiudicazione il committente è legato a quelle definite dalla legge. Questa condizione deriva direttamente dal principio di legalità previsto dall'art. 12 CIAP¹⁰. Una nuova formulazione dell'art. 10 cpv. 3 LCPubb, oltre a porsi in contrasto con le normative previste dal Concordato intercantonale sugli appalti pubblici è in contro tendenza all'intera legislazione svizzera, introducendo un'ulteriore discriminazione e

⁹ Rapporto sul messaggio n. 4806 della Commissione della legislazione sul messaggio 28 ottobre 1998 concernente l'adozione della legge sulle commesse pubbliche punto 2.4;

¹⁰ art. 5 cpv. 1 Cst. Fed. del 18 aprile 1999 ; RS 101,

privilegiando, de lege, offerenti aventi domicilio nei Comuni dove viene richiesta la prestazione per rapporto ad altri provenienti dall'intero Cantone.

3.1.2 Articolo 11 LCPubb

Come rilevato al punto 2.2.1, la proposta si pone in contrasto con le normative del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici.

3.1.3 Articolo 32 cpv. 4 LCPubb

Giusta l'art. 32 LCPubb il committente aggiudica la commessa a favore dell'offerta più vantaggiosa determinata sulla scorta di diversi criteri, quali il termine, la qualità, il prezzo, l'economicità, i costi di servizio, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale e il valore tecnico (cpv. 1). I criteri di aggiudicazione, soggiunge la norma in esame, devono essere indicati nei documenti del bando, in ordine d'importanza (cpv. 2).

L'esigenza di fissare i criteri di aggiudicazione in ordine d'importanza discende soprattutto dai principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti, che informano la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche (art. 1 LCPubb).

I criteri di aggiudicazione, scelti in funzione della natura e delle caratteristiche della commessa, devono essere indicati preventivamente già in sede di pubblicazione del bando, al fine di predeterminare, secondo il principio della trasparenza, il quadro all'interno del quale il committente si impegna ad esercitare il proprio apprezzamento ai fini della delibera. Attraverso la predeterminazione di tali criteri viene, se non esclusa, quantomeno limitata la libertà del committente di valutare le offerte pervenutegli secondo criteri elaborati a *posteriori* nell'ottica di giustificare una determinata scelta.

A tal fine, non basta che i criteri di aggiudicazione vengano prestabiliti già al momento dell'apertura del concorso, ma occorre che sia preventivamente fissato anche il loro "*ordine d'importanza*". Al pari della preventiva determinazione dei criteri di aggiudicazione, anche la predeterminazione del loro ordine d'importanza serve a circoscrivere la libertà del committente di attribuire a tali criteri un peso fissato a *posteriori* allo scopo di giustificare una determinata scelta. Da questa considerazione deriva che l'obbligo di prestabilire l'ordine d'importanza dei criteri di aggiudicazione non si limita alla semplice definizione di una scala gerarchica, ma comprende necessariamente anche la determinazione del peso specifico attribuito ad ogni singolo criterio. Principio, questo, che la giurisprudenza e la dottrina hanno sancito ancor prima che fosse esplicitamente codificato dall'art. 5 cpv. 1 lett. i RLCPubb (BU 2001, pag. 324; DTF 125 II 100 seg. consid. 3c).

Nel testo dell'iniziativa i promotori chiedono, nella valutazione del criterio prezzo di ritenere equivalenti le offerte che sono contenute nel 5% della minor offerta.

Questo sistema, come per altro già ritenuto dalla giurisprudenza¹¹, non è compatibile con il principio di trasparenza che regge le procedure di messa a concorso. Appare corretto sottolineare che per quanto concerne il prezzo esistono in Ticino come pure nel resto della Svizzera diversi sistemi di valutazione, che permettono di eliminare le punte speculative, favorendo la ricerca del "giusto" prezzo¹².

¹¹ Vwgr. Kt. Bern 4 aprile 2001 M.AG/E. M n. 21040U, Vwgr. Kt. Zürich 21 giugno 2001 in re C. AG/Z. VSFM n. VB.2000.00379

¹² Manuale per l'aggiudicazione di commesse pubbliche, ed. giugno 2008 scheda 7.1

4. CONCLUSIONI

Per i motivi suesposti si ritiene che l'iniziativa in oggetto violi il diritto intercantonale e il diritto federale e come tale non può essere accolta.

Vogliate gradire, signor Presidente, signore e signori deputati, l'espressione della nostra massima stima.

Per il Consiglio di Stato:

Il Presidente, G. Gendotti

Il Cancelliere, G. Gianella