

## SCHEDA INFORMATIVA

### SCOPI E PRINCIPI PROCEDURALI

artt. 1, 11 CIAP | artt.1, 5 LCPubb | artt. 7, 35, 35a RLCPubb/CIAP

La scheda informa in merito agli scopi e ai principi procedurali del diritto delle commesse pubbliche.

CIAP
<p><b>Scopo</b></p> <p><b>Art. 1</b> <sup>1</sup>Il presente Concordato disciplina l'apertura reciproca degli appalti pubblici da parte dei Cantoni, dei Comuni e di altri enti preposti a compiti cantonali o comunali. Esso coinvolge anche terzi, sempre che questi siano vincolati da accordi internazionali.</p> <p><sup>2</sup>Esso intende armonizzare le norme di aggiudicazione cantonali mediante principi stabiliti di comune accordo, come pure trasporre nel diritto cantonale gli impegni derivanti in particolare dal Government Procurement Agreement (GPA) e dall'Accordo tra la Confederazione svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici.</p> <p><sup>3</sup>In particolare i suoi obiettivi sono:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) promuovere un'efficace concorrenza tra gli offerenti;</li><li>b) garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, nonché un'aggiudicazione imparziale;</li><li>c) assicurare la trasparenza della procedura di aggiudicazione;</li><li>d) consentire un impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche.</li></ul> <p><b>Principi generali</b></p> <p><b>Art. 11</b> Nell'aggiudicazione delle commesse vengono osservati i seguenti principi:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) non discriminazione e parità di trattamento tra gli offerenti;</li><li>b) concorrenza efficace;</li><li>c) divieto di negoziazioni;</li><li>d) rispetto delle norme di ricusa;</li><li>e) osservanza delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori nonché delle condizioni di lavoro;</li><li>f) parità di trattamento tra donna e uomo;</li><li>g) trattamento confidenziale delle informazioni.</li></ul>

LCPubb
<p><b>Scopo</b></p> <p><b>Art. 1</b> <sup>1</sup>La presente legge disciplina la procedura per l'assegnazione di commesse pubbliche e ha lo scopo di garantire il rispetto dei seguenti principi:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) la parità di trattamento tra gli offerenti;</li><li>b) una concorrenza efficace;</li><li>c) la trasparenza;</li><li>d) la qualità;</li><li>e) l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche.</li></ul> <p><sup>2</sup>Essa garantisce, con condizione di reciprocità, la non discriminazione di coloro che hanno il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera, il rispetto dei vincoli determinati dagli obblighi internazionali della Confederazione e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici.</p> <p><b>Principi procedurali</b></p> <p><b>Art. 5</b> Nelle procedure si devono garantire:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, il pagamento delle imposte, del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei contratti collettivi di lavoro vigenti per categorie di arti e mestieri e/o i contratti nazionali mantello;</li><li>b) la parità di trattamento tra uomo e donna;</li><li>c) il rispetto delle norme ambientali;</li></ul>

- d) il rispetto degli obblighi di ricusa e del divieto di preimplicazione;
- e) la tutela dei dati confidenziali comunicati dall'offerente.

## RLCPubb/CIAP

### Protezione dei lavoratori e rispetto delle condizioni dei contratti collettivi di lavoro

**Art. 7** <sup>1</sup>L'attestazione del rispetto delle condizioni dei contratti collettivi di lavoro (CCL) è delegata alle competenti Commissioni paritetiche cantonali e federali.

<sup>2</sup>L'attestazione del rispetto dei salari minimi di lavoro nei contratti normali di lavoro è delegata all'Ufficio dell'ispettorato del lavoro.

<sup>3</sup>Per gli offerenti svizzeri sono determinanti le condizioni dei CCL delle rispettive categorie di arti e mestieri vigenti nel loro cantone di domicilio o sede.

<sup>4</sup>L'offerente è tenuto, in ogni tempo, a provare il rispetto dei requisiti delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori, delle condizioni di lavoro e dell'adempimento degli obblighi di pagamento nei confronti delle istituzioni sociali e dell'ente pubblico, così come il rispetto della parità tra uomo e donna ed è tenuto ad autorizzare il committente ad eseguire verifiche in tal senso.

<sup>5</sup>Il committente è tenuto a stipulare questi obblighi nel contratto, a carico dell'aggiudicatario e degli eventuali subappaltatori, e vigilare sul loro adempimento.

### Preimplicazione

**Art. 35** <sup>1</sup>Gli offerenti che hanno partecipato alla preparazione della commessa non sono autorizzati a presentare un'offerta se il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati e se questa esclusione non pregiudica una concorrenza efficace tra offerenti.

<sup>2</sup>Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale:

- a) la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari;
- b) la comunicazione dei partecipanti alla preparazione;
- c) la proroga dei termini minimi.

<sup>3</sup>Un'analisi di mercato da parte del committente prima del bando pubblico non costituisce una preimplicazione degli offerenti consultati.

### Ricusa

**Art. 35a** <sup>1</sup>A livello di committente, compresi i suoi consulenti e ausiliari, non possono partecipare alla procedura di aggiudicazione le persone che:

- a) hanno un interesse personale immediato a una commessa;
- b) sono il coniuge o il partner registrato di un offerente o dei suoi organi o formano una coppia di fatto;
- c) sono parenti o affini dell'offerente o dei suoi organi in linea diretta o fino al terzo grado in linea collaterale;
- d) operano come rappresentanti dell'offerente o hanno operato nella medesima operazione per un offerente; oppure
- e) non dispongono a motivo di altre circostanze dell'indipendenza necessaria all'esecuzione di commesse pubbliche.

<sup>2</sup>La richiesta di ricusa deve essere presentata immediatamente dopo la scoperta del motivo di ricusa.

<sup>3</sup>Sulle richieste di ricusa statuisce il committente, con l'esclusione della persona interessata.

<sup>4</sup>Nei concorsi e nei mandati di studio in parallelo, il committente può prevedere nel bando l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione degli offerenti che presentano un motivo di ricusa in relazione a un membro della giuria.

## Sommario

<b>1. Scopi</b>	<b>3</b>
1.1 Parità di trattamento tra gli offerenti	3
1.2 Concorrenza efficace	5
1.3 Trasparenza	7
1.4 Qualità	8
1.5 Impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche	9
<b>2. Principi procedurali</b>	<b>10</b>
2.1 Adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali e fiscali, protezione dei lavoratori e rispetto dei contratti collettivi di lavoro	10
2.2 Parità di trattamento tra uomo e donna	11
2.3 Rispetto delle norme ambientali	11
2.4 Rispetto degli obblighi di ricusa e del divieto di preimplicazione	11
2.4.1 Preimplicazione	11
2.4.2 Ricusa	14
2.5 Tutela dei dati confidenziali comunicati dall'offerente	15
<b>3. Riferimenti</b>	<b>15</b>

## 1. Scopi

Lo scopo della legislazione in materia di commesse pubbliche (disciplinata dal CIAP e dalla LCPubb), vedi artt. 1 cpv. 1 e 2 CIAP e 1 cpv. 2 LCPubb, è innanzitutto quella di disciplinare e garantire, in maniera reciproca, la non discriminazione di coloro che hanno il proprio domicilio e la propria sede in Svizzera, nonché il rispetto dei vincoli determinati dagli obblighi internazionali della Confederazione (segnatamente *Accordo riveduto sugli appalti pubblici* del 15 aprile 1994, GPA - [RS 0.632.231.422](#) e *Accordo bilaterale tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici* del 21 giugno 1999, ABAP - [RS 0.172.052.68](#); cfr. Malfanti, 2001, p. 440).

In particolare il diritto delle commesse pubbliche ha lo scopo/obiettivo di garantire il rispetto dei seguenti principi:

- la parità di trattamento tra gli offerenti (artt. 1 cpv. 3 lett. b CIAP e 1 cpv. 1 lett. a LCPubb);
- una concorrenza efficace (artt. 1 cpv. 3 lett. a CIAP e 1 cpv. 1 lett. b LCPubb);
- la trasparenza (artt. 1 cpv. 3 lett. c CIAP e 1 cpv. 1 lett. c LCPubb);
- la qualità (art. 1 cpv. 1 lett. d LCPubb);
- l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche (artt. 1 cpv. 3 lett. d CIAP e 1 cpv. 1 lett. e LCPubb).

### 1.1 Parità di trattamento tra gli offerenti

Il principio della parità di trattamento tra gli offerenti (artt. 1 cpv. 3 lett. b CIAP e 1 cpv. 1 lett. a LCPubb), che include la non discriminazione, mira ad assicurare che offerenti o categorie di offerenti non siano sfavoriti o esclusi dalle procedure, in maniera arbitraria. In sostanza lo scopo esige che tutti gli offerenti possano partecipare al concorso a condizioni uguali. Parallelamente, l'art. 5 cpv. 1 della *Legge federale sul mercato interno* del 6 ottobre 1995 (LMI - [RS 943.02](#)) impone che *"i mercati pubblici dei Cantoni, dei Comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali sono retti dal diritto cantonale o intercantonale. Tali prescrizioni e le decisioni fondate sulle stesse, non devono discriminare coloro che hanno il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera"* (cfr. Malfanti, 2001, p. 441; Poltier, 2014, n. 254 pp. 159-160, n. 267 pp. 164-165).

Il rispetto del postulato della parità di trattamento impone per esempio di fissare un termine per l'inoltro delle offerte uguale per tutti. Una proroga del termine d'inoltro deve valere per tutti i partecipanti e pertanto va comunicata a tutti. Tutti gli offerenti devono inoltre essere informati delle spiegazioni fornite ad uno di loro.

Il conseguimento di questo postulato presuppone che le offerte non possano essere negoziate (artt. 11 lett. c CIAP e 13c cpv. 3 RLCPubb/CIAP; cfr. Poltier, 2014, n. 315 p. 197) e che l'aggiudicazione abbia rigorosamente luogo sulla base delle condizioni di gara fissate dal bando di concorso e dal capitolato (cfr. STA 52.2012.85 dell'11 maggio 2012 consid. 2.2). Unica eccezione voluta dal legislatore ticinese è la possibilità di negoziare offerte uniche (o la prima offerta) nell'ambito di un incarico diretto ordinario (§30 cpv. 2 delle Direttive d'aggiudicazione DAAP relative al CIAP edite dall'*Organo intercantonale per gli appalti pubblici* - OiAp il 15 maggio 2002, [link](#); Rapporto 7094 del 22 febbraio 2017, p. 20; Rapporto aggiuntivo 7094 dell'8 aprile 2017, p. 18; cfr. Cassina, 2008, pp. 31-32; Zufferey, Maillard & Michel, 2002, pp. 122-124). Per approfondimenti si rimanda alla scheda informativa [*Genere e scelta della procedura*] al punto 4.

La non discriminazione e parità di trattamento tra gli offerenti sono indicati nei disposti legali anche quale principio da osservare specificatamente nell'ambito dell'aggiudicazione delle commesse (cfr. artt. 11 lett. a CIAP; Clerc, 2012, n. 116-129 pp. 2012-2018).

#### Esempi giurisprudenziali:

- Modifica delle condizioni di concorso: La modifica delle prescrizioni (controllo delle referenze in maniera differente a dipendenza dell'ente di trasporto) è lesiva della parità di trattamento degli offerenti (STA 52.2021.170 e 52.2021.192 del 16 luglio 2021 consid. 3.4).
- Accordi illeciti in materia di concorrenza: Intese di tipo cartellistico, quali offerte fiancheggiatrici, suscettibili di intralciare in modo rilevante il gioco della concorrenza disattendono in effetti l'obiettivo di promuovere un'efficace e libera concorrenza tra gli offerenti, quello di favorire un impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche, rispettivamente quello di garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti (STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019 consid. 3.2.1)
- Offerta non conforme alle precise prescrizioni di gara: Se gli atti di gara (non oggetto di ricorso) prevedono, quale *lex specialis*, la sanzione dell'esclusione (n.d.r. segnatamente) in caso di inadempimento di un criterio di idoneità di natura particolare, il committente incorre in una violazione del diritto sotto il profilo della parità di trattamento se omette di escludere un offerente inadempiente (STA 52.2018.272 del 4 dicembre 2018 consid. 2.4).
- Modifica o complemento offerta dopo l'apertura: Permettere l'aggiudicazione di una commessa ad offerte non conformi alle prescrizioni di gara, così come permettere ai concorrenti di modificare o completare le offerte dopo la loro apertura sarebbe contrario al principio della parità di trattamento tra concorrenti. Le offerte devono in altri termini essere formulate in modo tale da permettere al committente di procedere direttamente all'aggiudicazione, senza dover sollecitare il singolo concorrente a fornire completazioni, chiarimenti o precisazioni in merito all'offerta inoltrata (STA 52.2018.398 del 15 novembre 2018 consid. 3.2).
- Scelta errata della procedura: Se il committente opta per una procedura sbagliata, rispettivamente promuove una gara a concorrenza limitata in assenza dei presupposti sanciti dalla legge per poter applicare siffatto procedimento, 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 (STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018 consid. 2.2).
- Offerente preimplicato: Il cosiddetto impedimento da prevenzione è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura. La preimplicazione è infatti atta a disattendere il principio della parità di trattamento, che impone al committente di assicurare a tutti i concorrenti le stesse opportunità. Il concorrente che versa in tale situazione può essere tentato in effetti di indirizzare il committente a privilegiare la sua offerta o può sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite nell'ambito della preparazione del concorso (STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 3.4; riguardo la preimplicazione si rimanda al punto 2.4.1);
- Offerta manifestamente incompleta: L'offerta non poteva essere presa in considerazione, poiché per sua stessa ammissione e a ragion veduta la concorrente ha ommesso di specificare il costo di una prestazione imprescindibile prevista dal committente nell'ambito dell'esecuzione della commessa. L'offerta era insomma manifestamente incompleta in una posizione essenziale del capitolato legata alla sicurezza del cantiere e come tale andava

scartata. Tale conclusione non procede da un eccesso di formalismo, né viola il principio della proporzionalità o disattende quello della buona fede. Al contrario, ammettere l'offerta in discussione costituirebbe una palese disattenzione del diritto e del principio della parità di trattamento tra concorrenti che deve guidare l'aggiudicazione di ogni commessa pubblica (STA 52.2017.614 del 18 maggio 2017 consid. 3.2).

- Condizione di concorso: Non lede il diritto, anche dal profilo della parità di trattamento, la condizione di concorso che ammette la partecipazione dei concorrenti che dimostrano di rispettare un contratto collettivo di lavoro in alternativa a un contratto normale di lavoro (STA 52.2016.573 del 13 febbraio 2017 consid. 4).
- Offerta non conforme alle precise prescrizioni di forma: L'ordinamento delle commesse pubbliche attribuisce alle prescrizioni di forma particolare rilevanza. Quanto meno nella misura in cui servono a garantire i principi cardine delle procedure di aggiudicazione, come quello della parità di trattamento tra i concorrenti, le prescrizioni di forma devono essere rispettate tanto da parte del committente, quanto da parte dei concorrenti. L'accettazione di un'offerta contraria alle prescrizioni del bando di concorso e della documentazione di gara violerebbe il principio della parità di trattamento tra i concorrenti. Le offerte non conformi alle disposizioni del concorso vanno dunque escluse dall'aggiudicazione, che impedisce al committente di escludere offerte viziata da difetti formali irrilevanti. L'esclusione dalla gara per motivi formali presuppone in ogni caso l'esistenza di un vizio di una certa importanza (STA 52.2016.226 del 3 ottobre 2016 consid. 2.3).
- Offerente preimplicato: La conseguenza dell'esclusione per preimplicazione dipende sempre dalle circostanze del singolo caso. Nella valutazione occorre procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco, tenendo conto non solo del principio della parità di trattamento tra offerenti, ma anche dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche (STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3.1; riguardo la preimplicazione si rimanda al punto 2.4.1).
- Criterio di idoneità discriminatorio: La condizione di partecipazione che impone l'impiego esclusivo di personale svizzero (clausola della nazionalità) viola il principio della libera concorrenza, così come il divieto di discriminazione sanciti dalla LCPubb, rispettivamente dal CIAP. A torto la committenza ritiene di poterla imporre in deroga al diritto vigente. La semplice attività di pattugliamento, osservazione e controllo oggetto della commessa non comporta secondo la giurisprudenza una partecipazione all'esercizio della pubblica potestà, né tale funzione ha per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche. Laddove adduce motivi di ordine e sicurezza pubblici per motivare le proprie scelte, la stazione appaltante omette di considerare che simili giustificazioni non devono in ogni modo generare una discriminazione arbitraria tra offerenti, come accade nel caso concreto (STA 52.2012.251 del 5 settembre 2012 consid. 4).
- Divieto di negoziazione: La LCPubb (n.d.r. così come il CIAP) si ripropone, fra l'altro, di garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti nonché un'aggiudicazione imparziale. Il conseguimento di questo postulato presuppone che le offerte non possano essere negoziate (cfr. art. 11 lett. c CIAP) e che l'aggiudicazione abbia rigorosamente luogo sulla base delle condizioni di gara fissate dal bando di concorso e dal capitolato d'appalto (STA 52.2012.85 dell'11 maggio 2012 consid. 2.2).

## 1.2 Concorrenza efficace

Il diritto delle commesse pubbliche mira inoltre ad assicurare la concorrenza efficace tra gli offerenti (artt. 1 cpv. 3 lett. a CIAP e 1 cpv. 1 lett. b LCPubb). In particolare non è ammissibile per il committente limitare arbitrariamente la concorrenza, ad esempio nella definizione e nella verifica di criteri di idoneità particolare e dei criteri di aggiudicazione, come pure nell'inserimento di specifiche tecniche. Parimenti, gli offerenti non possono tenere dei comportamenti atti a limitare la concorrenza, rispettivamente a favorire o influenzare l'aggiudicazione ad un determinato offerente (cfr. Malfanti, 2001, p. 141).

La concorrenza efficace è indicata nei disposti legali anche quale principio da osservare specificatamente nell'ambito dell'aggiudicazione delle commesse (cfr. art. 11 lett. b CIAP).

### Esempi giurisprudenziali:

- Accordi illeciti in materia di concorrenza: Intese di tipo cartellistico, quali offerte fiancheggiatrici, suscettibili di intralciare in modo rilevante il gioco della concorrenza disattendono in effetti l'obiettivo di promuovere un'efficace

e libera concorrenza tra gli offerenti, quello di favorire un impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche, rispettivamente quello di garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti (STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019 consid. 3.2.1).

- **Definizione dei criteri di aggiudicazione:** Nella scelta e nella definizione dei criteri d'aggiudicazione e dei relativi fattori di ponderazione il committente fruisce di un'ampia latitudine di giudizio, che è tenuto ad esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. I criteri d'aggiudicazione devono comunque essere fissati sulla base di parametri valutabili in modo oggettivo e rispettare i principi generali che governano la materia (promozione di un'efficace e libera concorrenza, nonché dell'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche (STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019 consid. 2.2).
- **Scelta errata della procedura:** Se il committente opta per una procedura sbagliata, rispettivamente promuove una gara a concorrenza limitata in assenza dei presupposti sanciti dalla legge per poter applicare siffatto procedimento, 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 (STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018 consid. 2.2.).
- **Definizione dei criteri d'idoneità:** Nella definizione dei criteri d'idoneità il committente fruisce di un ampio potere discrezionale, che è tenuto ad esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. I criteri d'idoneità devono comunque essere fissati sulla base di parametri oggettivi, apparire adeguatamente rapportati all'importanza della commessa e rispettare i principi generali che governano la materia. Essi non devono in particolare ostacolare un'efficace concorrenza (STA 52.2018.133 del 25 giugno 2018 consid. 3.3).
- **Pubblicazione dell'avviso di gara:** La pubblicazione dell'avviso di gara è volta a salvaguardare il principio cardine della trasparenza e a garantire un'efficace e libera concorrenza. Inammissibile procedere solo alla pubblicazione su un albo comunale (STA 52.2015.305 del 14 ottobre 2015).
- **Criterio di idoneità che lede il principio della libera concorrenza:** La condizione di partecipazione che impone l'impiego esclusivo di personale svizzero (clausola della nazionalità) viola il principio della libera concorrenza, così come il divieto di discriminazione sanciti dalla LCPubb, rispettivamente dal CIAP. A torto la committenza ritiene di poterla imporre in deroga al diritto vigente. La semplice attività di pattugliamento, osservazione e controllo oggetto della commessa non comporta secondo la giurisprudenza una partecipazione all'esercizio della pubblica potestà, né tale funzione ha per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche. Laddove adduce motivi di ordine e sicurezza pubblici per motivare le proprie scelte, la stazione appaltante omette di considerare che simili giustificazioni non devono in ogni modo generare una discriminazione arbitraria tra offerenti, come accade nel caso concreto (STA 52.2012.251 del 5 settembre 2012 consid. 4).
- **Difetto di impostazione del capitolato:** La mancata, preventiva definizione dei quantitativi (nella fattispecie di medicinali di cui l'istituto abbisogna nel periodo interessato dalla commessa) costituisce senz'ombra di dubbio un difetto essenziale d'impostazione del capitolato, che pregiudica irrimediabilmente qualsiasi possibilità di pervenire ad un'aggiudicazione conforme all'obiettivo di promuovere un'efficace concorrenza e l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche secondo la LCPubb (STA 52.2012.489 del 1. marzo 2012 consid. 4).
- **Offerte sottocosto:** La LCPubb non prevede la possibilità di escludere le offerte sotto costo. Il committente può quindi deliberare la commessa ad un concorrente che offre un prezzo particolarmente basso, fintanto che la sua offerta risponde alle condizioni del bando di concorso e non costituisce un atto di concorrenza sleale e non disattende il principio della libera concorrenza (STA 52.2011.169 del 7 luglio 2011 consid. 8).

### 1.3 Trasparenza

Il principio della trasparenza (artt. 1 cpv. 3 lett. c CIAP e 1 cpv. 1 lett. c LCPubb) implica la messa a disposizione chiara delle informazioni agli interessati dalle procedure e, laddove previsto, al pubblico. Lo scopo ultimo è quello di garantire l'imparzialità della procedura di aggiudicazione (cfr. Clerc, 2012, n. 130 p. 2018; Poltier, 2014, n. 264 p. 163). Parallelamente l'art. 5 cpv. 2 della *Legge federale sul mercato interno* del 6 ottobre 1995 (LMI - [RS 943.02](#)) impone che "i Cantoni, i Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali vegliano affinché i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto, siano pubblicati su un organo ufficiale. Tengono conto degli obblighi internazionali della Confederazione" (cfr. Malfanti, 2001, p. 441; Poltier, 2014, n. 254 pp. 159-160, n. 267 pp. 164-165).

Il principio si concretizza ad esempio con l'obbligo di pubblicazione nel Foglio ufficiale (FU) dell'avviso di gara e, per commesse internazionali, su una piattaforma elettronica comune della Confederazione e dei Cantoni (segnatamente simap.ch), in particolare con indicazione dei criteri di idoneità e di aggiudicazione per ordine di importanza e con il relativo valore di ponderazione (artt. 17 LCPubb e 8 RLCPubb/CIAP; cfr. Poltier, 2014, n. 255 p. 160, n. 259 p. 161; Rodondi & Blanchard, 2017, pp. 209-211; Zufferey, Maillard & Michel, 2002 pp. 99-101). Inoltre, nelle procedure di pubblico concorso o selettive le offerte sono aperte in contemporanea, in seduta pubblica o in altre forme equivalenti annunciate nella documentazione di gara e alla presenza del committente o di un suo rappresentante, mentre nelle procedure su invito la partecipazione è limitata ai soli invitati (artt. 31 LCPubb e 45 cpv. 1 e 2 RLCPubb/CIAP). Per le commesse internazionali deve inoltre essere stilato un riassunto dell'avviso di gara in lingua francese su una piattaforma elettronica comune della Confederazione e dei Cantoni, segnatamente simap.ch (art. 7a cpv. 2 RLCPubb/CIAP) e, sempre sulla piattaforma, devono essere pubblicate entro 72 giorni le relative decisioni di aggiudicazione.

Per i partecipanti alle procedure il principio di trasparenza si concretizza inoltre con la notifica delle decisioni del committente (artt. 33 e 37 LCPubb). In merito alle procedure per incarico diretto e su invito il Cantone e i Comuni pubblicano inoltre, entro il mese di marzo di ogni anno, in forma elettronica, la lista delle commesse che superano CHF 5'000.– aggiudicate l'anno precedente.

L'art. 62 RLCPubb/CIAP prevede infine che le decisioni cresciute in giudicato di esclusione dalla partecipazione a commesse pubbliche ai sensi dell'art. 45a LCPubb siano comunicate tramite pubblicazione sul Foglio ufficiale e, per la durata del periodo della sospensione, sul sito internet dell'autorità di vigilanza.

#### Esempi giurisprudenziali:

- Illustrare in modo inequivocabile le prestazioni che si attende dai concorrenti: Il committente ha disposto una modifica della dimostrazione delle referenze dell'offerente che pecca di chiarezza. Il principio della trasparenza impone al banditore di illustrare in modo inequivocabile le prestazioni che si attende dai concorrenti e requisiti che esse devono dimostrare per poter partecipare alla gara (STA 52.2021.170 e 52.2021.192 del 16 luglio 2021 consid. 3.3).
- Prestabilire i criteri di aggiudicazione: L'esigenza di fissare preventivamente i criteri di aggiudicazione in ordine d'importanza discende soprattutto dal principio di trasparenza, che informa la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche. I criteri di aggiudicazione, scelti in funzione della natura e delle caratteristiche della commessa, devono essere indicati già in sede di pubblicazione del bando, allo scopo di predeterminare, secondo tale principio, 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 invero limitata, se non esclusa, la libertà del committente di valutare le offerte pervenutegli secondo parametri elaborati a posteriori nell'ottica di giustificare una determinata scelta (DTF 125 II 86 consid. 7c pag. 100 segg.). Sempre nel quadro della preventiva definizione dei criteri di aggiudicazione, il committente deve di principio indicare almeno sommariamente anche il metodo che intende applicare per valutare concretamente le offerte. Diversamente, lasciando al committente la più ampia libertà di scegliere il metodo di valutazione dei singoli criteri di aggiudicazione soltanto dopo l'apertura delle offerte, può essere disatteso il principio di trasparenza, che l'obbligo di predeterminare questi parametri assieme ai fattori di ponderazione intende invece salvaguardare (STA 52.2008.152 dell'11 luglio 2008 consid. 2.1). Il committente non deve tuttavia necessariamente prestabilire complesse griglie di valutazione. Esso può anche limitarsi a definire preventivamente soltanto una scala delle note, congruente per tutti i criteri d'aggiudicazione, che indichi sommariamente, anche mediante semplici predicati, come intende valutare le offerte sulla base delle informazioni concretamente richieste dal bando e fornitegli dai concorrenti. Dovrà poi, nella motivazione del provvedimento di

delibera, fornire una giustificazione adeguata e sostenibile della nota che ha attribuito ai singoli concorrenti per ogni criterio d'aggiudicazione, dopo averne comparato in modo rispettoso della parità di trattamento gli aspetti, che secondo il bando si è impegnato a valutare (STA 52.2019.47 del 6 maggio 2019 consid. 2.1).

- **Diritto a consultare gli atti e tutela della natura confidenziale dei dati:** Il diritto di consultare gli atti, sancito dall'art. 29 cpv. 2 della *Costituzione federale della Confederazione Svizzera* del 18 aprile 1999 (Cost. - [RS 101](#)) e, a livello cantonale, dall'art. 32 della *Legge sulla procedura amministrativa* del 24 settembre 2013 (LPAm - [RL 165.100](#)), può essere limitato solo a protezione di legittimi interessi pubblici o privati o di una istruttoria in corso (cfr. art. 33 cpv. 1 LPAm). In materia di commesse pubbliche, il committente è tenuto a tutelare la natura confidenziale dei dati comunicati dagli offerenti, ma deve anche salvaguardare rigorosamente il principio della trasparenza e non ostacolare, senza valide ragioni, l'esercizio del diritto di ricorso. Posto che una certa discrezionalità si giustifica unicamente in presenza di documenti riguardanti segreti commerciali o di fabbricazione, di regola i concorrenti hanno il diritto di compulsare tutti gli atti concorsuali, in particolare allorquando posteriormente alle decisioni prese dalla stazione appaltante chiedono di poter visionare il rapporto di valutazione del committente o le offerte degli altri partecipanti alla gara per esaminarne la correttezza in vista di un eventuale ricorso (STA 52.2017.644 del 16 aprile 2018 consid. 2.3).
- **Pubblicazione dell'avviso di gara:** La pubblicazione dell'avviso di gara è volta a salvaguardare il principio cardine della trasparenza e a garantire un'efficace e libera concorrenza. Inammissibile procedere solo alla pubblicazione su un albo comunale (STA 52.2015.305 del 14 ottobre 2015).
- **Verbale di apertura delle offerte:** L'apertura delle offerte, il loro esame preliminare e la stesura del relativo verbale costituiscono delle formalità essenziali di procedura, volte ad affermare la corretta attuazione del principio della trasparenza che governa l'aggiudicazione di ogni genere di commessa pubblica. Con l'apertura delle offerte e l'iscrizione a verbale dei relativi importi si rende noto innanzitutto il nominativo di chi ha concorso e si conferma la ricezione delle offerte inoltrate. Ma non solo. Si attesta che l'importo offerto corrisponde a quello effettivamente proposto e che l'offerta contiene tutti i documenti richiesti, scongiurando manipolazioni o negoziazioni ex post. In sostanza, il verbale di apertura delle offerte certifica quanto avviene durante tale operazione, contraddistinta dall'apertura vera e propria delle buste contenenti le offerte, dalla lettura degli importi proposti e da una prima verifica sommaria degli atti pervenuti. Il documento ha valore probatorio e garantisce il rispetto del principio della trasparenza, il quale a sua volta assicura ai concorrenti un'adeguata protezione giuridica (STA 52.2012.306 del 10 ottobre 2012 consid. 3).

## 1.4 Qualità

Gli scopi generali della legislazione in materia di commesse pubbliche, e più in particolare quello dell'impegno parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche, sono intesi a favorire l'ottenimento della commessa migliore dal profilo finanziario tenendo però conto, ad esempio, anche dei costi di esercizio o di manutenzione di un determinato oggetto e di altri aspetti qualitativi. In altre parole, lo scopo del diritto delle commesse pubbliche non è quello di ottenere, a tutti i costi, il prezzo più basso ma quello che offre la miglior rapporto tra la qualità (art. 1 cpv. 1 lett. d LCPubb) e il prezzo.

In questo ordine di idee, in particolare la limitazione della ponderazione massima di ogni singolo criterio di aggiudicazione (tra cui il prezzo), che non deve superare il 50% (cfr. art. 32 cpv. 1 RLCPubb/CIAP) determina la necessità di tenere in particolare considerazione gli aspetti qualitativi, con influsso – in definitiva – anche sull'aspetto meramente finanziario. A dipendenza delle particolarità della commessa si possono scegliere criteri di aggiudicazione quali i costi di servizio, il servizio clientela, l'adeguatezza della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale, la responsabilità sociale.

Anche l'inserimento di criteri di idoneità particolari, tra cui le referenze o l'esigenza capacità tecniche o professionali superiori agli standard legali, rappresentano gli strumenti necessari per perseguire lo scopo della qualità.

La deroga a tale principio può avvenire solo per i beni ampiamente standardizzati (cfr. art. 32 cpv. 3 RLCPubb/CIAP), nei quali la qualità deve essere già data e quindi non gioca nessun ruolo. Si sottolinea che si tratta di un concetto giuridico indeterminato e dipende dalla possibilità di standardizzazione della prestazione (cfr. STA 52.2019.646 del 26 ottobre 2020 consid. 3.1).

Questo scopo è intimamente legato a quello dell'impegno parsimonioso delle risorse pubbliche (al riguardo cfr. in particolare la STA 52.2008.116/120 del 18 aprile 2008 riassunta al punto 1.5).

## 1.5 Impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche

Il principio dell'impegno parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche (artt. 1 cpv. 3 lett. d CIAP e 1 cpv. 1 lett. e LCPubb) è intimamente legato agli altri scopi e persegue un utilizzo oculato delle risorse a disposizione dei committenti. Con la riforma del diritto delle commesse pubbliche, entrata in vigore il 1. gennaio 2020 si è voluto andare in questo senso anche per quanto riguarda gli incarichi diretti, prevedendo in particolare la possibilità di sollecitare fino ad un massimo di tre offerte.

### Esempi giurisprudenziali:

- Accordi illeciti in materia di concorrenza: Intese di tipo cartellistico, quali offerte fiancheggiatrici, suscettibili di intralciare in modo rilevante il gioco della concorrenza disattendono in effetti l'obiettivo di promuovere un'efficace e libera concorrenza tra gli offerenti, quello di favorire un impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche, rispettivamente quello di garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti (STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019 consid. 3.2.1)
- Definizione dei criteri di aggiudicazione: Nella scelta e nella definizione dei criteri d'aggiudicazione e dei relativi fattori di ponderazione il committente fruisce di un'ampia latitudine di giudizio, che è tenuto ad esercitare in funzione delle particolarità della commessa oggetto della gara. I criteri d'aggiudicazione devono comunque essere fissati sulla base di parametri valutabili in modo oggettivo e rispettare i principi generali che governano la materia (promozione di un'efficace e libera concorrenza, nonché dell'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche (STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019 consid. 2.2).
- Scelta errata della procedura: Se il committente opta per una procedura sbagliata, rispettivamente promuove una gara a concorrenza limitata in assenza dei presupposti sanciti dalla legge per poter applicare siffatto procedimento, 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 (STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018 consid. 2.2.).
- Offerente preimplicato: La conseguenza dell'esclusione per preimplicazione dipende sempre dalle circostanze del singolo caso. Nella valutazione occorre procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco, tenendo conto non solo del principio della parità di trattamento tra offerenti, ma anche dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche (STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3.1; riguardo la preimplicazione si rimanda al punto 2.4.1).
- Difetto di impostazione del capitolato: La mancata, preventiva definizione dei quantitativi (nella fattispecie di medicinali di cui l'istituto abbisogna nel periodo interessato dalla commessa) costituisce senz'ombra di dubbio un difetto essenziale d'impostazione del capitolato, che pregiudica irrimediabilmente qualsiasi possibilità di pervenire ad un'aggiudicazione conforme all'obiettivo di promuovere un'efficace concorrenza e l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche secondo la LCPubb (STA 52.2012.489 del 1. marzo 2012 consid. 4).
- Offerta che presenta il miglior rapporto tra la qualità ed il prezzo: L'obbligo di aggiudicare le commesse pubbliche in base a criteri quantitativi e qualitativi adeguatamente ponderati è essenzialmente volto ad individuare l'offerta che presenta il miglior rapporto tra la qualità ed il prezzo, in modo da ottimizzare l'impiego parsimonioso delle risorse pubbliche; la comune esperienza insegna invero che le offerte a miglior mercato non sono necessariamente le più convenienti (STA 52.2008.116/120 del 18 aprile 2008).

## 2. Principi procedurali

---

Agli scopi appena esposti sono strettamente legati una serie di principi procedurali da osservare specificatamente nell'ambito dell'aggiudicazione delle commesse:

- l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, il pagamento delle imposte, del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei contratti collettivi di lavoro vigenti per categorie di arti e mestieri e/o i contratti nazionali mantello (artt. 11 lett. e CIAP e 5 lett. a LCPubb);
- la parità di trattamento tra uomo e donna (artt. 11 lett. f CIAP e 5 lett. b LCPubb);
- il rispetto delle norme ambientali (art. 5 lett. c LCPubb);
- il rispetto degli obblighi di ricusa e del divieto di preimplicazione (artt. 11 lett. d CIAP e 5 lett. d LCPubb);
- la tutela dei dati confidenziali comunicati dall'offerente (artt. 11 lett. g CIAP e 5 lett. e LCPubb);
- la non discriminazione e parità di trattamento tra gli offerenti (art. 11 lett. a CIAP, per approfondimenti vedi punto 1.1);
- la concorrenza efficace (art. 11 lett. b CIAP, per approfondimenti vedi punto 1.2);
- il divieto di negoziazioni (art. 11 lett. c CIAP, per approfondimenti vedi punto 1.1).

### 2.1 Adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali e fiscali, protezione dei lavoratori e rispetto dei contratti collettivi di lavoro

---

L'adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali, il pagamento delle imposte, il rispetto delle disposizioni relative alla protezione dei lavoratori e alle condizioni di lavoro mirano (artt. 11 lett. e CIAP e 5 lett. a LCPubb) in particolare ad evitare il potenziale vantaggio concorrenziale (in particolare, prezzo inferiore) di un offerente rispetto ad altri che rispettano gli obblighi sociali. Trattandosi di una condizione imperativa all'accesso alle commesse pubbliche, il principio ha inoltre valore di incentivo generale al rispetto dell'ordinamento giuridico anche per le attività a carattere privato (cfr. Clerc, 2012, n. 132 p. 2021; Poltier, 2014, n. 288 p. 180, n. 305 p. 190).

Come ribadito dal Tribunale federale (cfr. DTF 140 I 285 consid. 5) il mancato rispetto di questi obblighi comporta l'esclusione dell'offerente, indipendente dalla capacità e qualifiche dello stesso al compimento della commessa (cfr. anche STA 52.2018.281 del 3 settembre 2018 consid. 3.1; STA 52.2015.498 del 8 gennaio 2016 consid. 3).

Le disposizioni relative alla protezione dei lavoratori corrispondono a quelle del diritto pubblico, in particolare la *Legge federale sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio* del 13 marzo 1964 (Legge sul lavoro, LL - [RS 822.11](#)) e le relative ordinanze e al diritto privato. Sono comprese le normative contenute in contratti collettivi di lavoro (CCL), inclusi i contratti nazionali mantello (CNM) e i contratti normali di lavoro (CNL). L'offerente è tenuto, in ogni tempo, a provare il rispetto dei requisiti delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori, delle condizioni di lavoro e dell'adempimento degli obblighi di pagamento nei confronti delle istituzioni sociali e dell'ente pubblico, così come il rispetto della parità tra uomo e donna, ed è tenuto ad autorizzare il committente ad eseguire verifiche in tal senso. Il committente è inoltre tenuto a stipulare questi obblighi nel contratto, a carico dell'aggiudicatario e degli eventuali subappaltatori, e vigilare sul loro adempimento (art. 7 RLCPubb CIAP e, per gli offerenti esteri, art. 7a RLCPubb/CIAP). L'art. 39 RLCPubb/CIAP indica le dichiarazioni che devono essere allegate all'offerta al fine della necessaria verifica. Per maggiori dettagli si rinvia alla scheda informativa [*Criteri di idoneità*].

Il mancato rispetto di quanto sancito all'art. 5 lett. a LCPubb è infine uno specifico motivo di esclusione o di revoca dell'aggiudicazione (art. 25 lett. c LCPubb).

## 2.2 Parità di trattamento tra uomo e donna

---

Il principio deriva dall'art. 8 cpv. 3 della *Costituzione federale della Confederazione Svizzera* del 18 aprile 1999 (Cost. - [RS 101](#)) e il Tribunale federale ha avuto modo di precisare che in diritto delle commesse pubbliche la parità salariale tra uomo e donna deve essere rispettata da ogni offerente, pena l'esclusione (cfr. DTF 140 I 285 consid. 5; STA 52.2002.175 del 29 maggio 2002 consid. 4). Inoltre la parità tra donna e uomo è un aspetto del principio dell'efficace concorrenza (per approfondimenti vedi punto 1.2). In effetti gli offerenti che versano salari inferiori alle donne per lo stesso lavoro affidato a uomini, beneficiano indebitamente di costi del personale più bassi dei loro concorrenti (cfr. Clerc, 2012, n. 132 p. 2021).

Analogamente a quanto indicato al punto precedente, l'offerente è tenuto in ogni tempo al rispetto della parità e il committente deve a stipulare questo obbligo nel contratto (art. 7 LCPubb) e alla verifica preventiva (art. 39 RLCPubb/CIAP).

Per maggiori dettagli si rinvia alla scheda informativa [*Criteri di idoneità*].

Il mancato rispetto di quanto sancito all'art. 5 lett. b LCPubb è infine uno specifico motivo di esclusione o di revoca dell'aggiudicazione (cfr. art. 25 lett. c LCPubb).

## 2.3 Rispetto delle norme ambientali

---

La protezione dell'ambiente è in primis assicurata dalle specifiche leggi settoriali, considerato del resto che solo beni e prestazioni forniti nel rispetto dell'ordinamento giuridico possono essere oggetto di procedure di aggiudicazione (cfr. STF 2C\_498/2017 del 5 ottobre 2017 consid. 4).

Per favorire politiche in materia ambientale superiori agli standard è data la possibilità quale criterio di aggiudicazione di fare capo alla compatibilità ambientale (art. 32 cpv. 1 LCPubb; cfr. Clerc, 2012 n. 131-134 pp. 2019-2025) anche quale componente della responsabilità sociale (art. 53 cpv. 2 lett. c RLCPubb/CIAP). Su quest'ultimo aspetto per maggiori dettagli si rinvia alla scheda informativa [*Criterio di aggiudicazione (facoltativo): responsabilità sociale delle imprese (4%)*].

## 2.4 Rispetto degli obblighi di ricusa e del divieto di preimplicazione

---

Si tratta di un altro principio primordiale del diritto delle commesse pubbliche, per assicurare una corretta ed equa aggiudicazione (cfr. Cassina, 2008, pp. 37-38).

### 2.4.1 Preimplicazione

---

Giusta l'art. 35 RLCPubb/CIAP, gli offerenti che hanno partecipato alla preparazione della commessa non sono autorizzati a presentare un'offerta se il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati e se questa esclusione non pregiudica una concorrenza efficace tra offerenti (cpv. 1). Il cpv. 2 della medesima norma soggiunge che sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale: la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari (lett. a), la comunicazione dei partecipanti alla preparazione (lett. b) e la proroga dei termini minimi (lett. c) per la presentazione dell'offerta. Ad ogni modo, Un'analisi di mercato da parte del committente prima del bando pubblico non costituisce una preimplicazione degli offerenti consultati (cpv. 3).

Secondo il Tribunale federale il cosiddetto impedimento per prevenzione (o "preimplicazione"; Vorbefassung; préimplication) è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche dell'oggetto della commessa (cfr. STF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 3.4, riassunta al punto 1.1). La preimplicazione è infatti atta a disattendere il principio della parità di trattamento tra concorrenti. Il concorrente che versa in tale situazione può essere tentato in effetti di indirizzare il committente a privilegiare la sua offerta o può sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze

acquisite nell'ambito della preparazione del concorso. L'impedimento per prevenzione comporta in genere l'esclusione dell'offerta. Una partecipazione alla gara d'appalto può tuttavia essere ammessa se il vantaggio di conoscenze è esiguo o se la collaborazione del concorrente prevenuto all'allestimento della documentazione di gara è soltanto marginale. È inoltre ammissibile quando la prestazione messa a concorso può essere fornita soltanto da pochi offerenti o quando la collaborazione rispettivamente il vantaggio di conoscenze sono comunicati ai rimanenti offerenti secondo il principio della trasparenza (cfr. STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3; STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010 consid. 3.3).

La conseguenza dell'esclusione per preimplicazione dipende sempre dalle circostanze del singolo caso. Nella valutazione occorre procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco, tenendo conto non solo del principio della parità di trattamento tra offerenti, ma anche dell'impiego parsimonioso ed efficiente delle risorse pubbliche (cfr. STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3).

In altre parole, si può considerare che gli offerenti che hanno partecipato alla preparazione della commessa non sono autorizzati a presentare un'offerta se il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati e se questa esclusione non pregiudica una concorrenza efficace tra offerenti. Se il committente non compensa il vantaggio di un offerente preimplicato, tale offerente deve essere escluso dalla procedura ulteriore (cfr. Cassina, 2008, p. 37; Zufferey, Maillard & Michel, 2002 pp. 102-103).

#### Esempi giurisprudenziali:

- Assenza di preimplicazione: Studio d'ingegneria esterno incaricato dal committente della progettazione e della consulenza specialistica in materia sanitaria, di riscaldamento e di ventilazione in relazione all'ampliamento di uno stabile. In tale veste, ha sicuramente approntato il progetto degli impianti di raffreddamento e riscaldamento occorrenti all'opera e ha stilato il modulo d'offerta con prezzi. Come annunciato nel bando, è inoltre intervenuto attivamente nella procedura concorsuale ricevendo le domande di partecipazione degli interessati alla gara ed è stato incaricato dal committente di rispondere a eventuali domande tecniche dei concorrenti. Ha pure allestito il preventivo di riferimento del committente, decisivo sia per valutare l'attendibilità delle offerte, sia per procedere all'esclusione delle offerte superiori all'importo massimo prefissato. Per contro la deliberataria non ha partecipato in alcun modo alla preparazione della documentazione e della procedura di aggiudicazione. Essa non ha collaborato all'allestimento degli atti di gara. Il solo fatto che la deliberataria sia stata l'unica offerente ad aver proposto un prezzo inferiore a quello massimo preventivato dalla stazione appaltante non permette di dedurre una parvenza di prevenzione in vista dell'attribuzione della commessa. Dalle tavole processuali non è peraltro possibile inferire che in suo favore vi sarebbe stata una fuga di informazioni in merito alle cifre esposte dallo studio d'ingegneria esterno nel proprio preventivo (STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 3.4).
- Assenza di preimplicazione e compensazione vantaggio: Coinvolgimento dell'aggiudicatario, antecedente all'apertura del concorso, in merito a una stima delle azioni esterne (sollecitazioni meccaniche, in particolare del vento) cui sarà sottoposta la torre, per calcolare indicativamente lo spessore della struttura portante, oltre alla sua massa (con rivestimento esterno). Tale studio riguarda dunque solo un aspetto tecnico dell'opera messa a concorso. Nel suo complesso, la torre viene descritta in modo assai generale. Lo studio non contiene informazioni dettagliate sulla struttura autoportante (con ancoraggi, fissaggi, aperture, eccetera), come pure sulla tecnica interna e sui camini interni (condotta gas di scarico per caldaia a olio, eccetera) o sul rivestimento, considerati in pratica solo per il loro peso totale. In tal senso, i valori dedotti dallo studio hanno mero carattere indicativo. Non è anzitutto dato di vedere in che modo con il controverso studio – assimilabile a un progetto di massima o uno studio di fattibilità, concepito anche come ausilio informativo per i concorrenti – l'aggiudicatario possa aver manipolato l'oggetto della delibera in suo favore. Non è inoltre possibile ritenere che i dati generali (alla base dello studio) messi a disposizione possano avergli procurato un significativo vantaggio di conoscenze dell'opera messa a concorso, sfruttabile ai fini dell'allestimento dell'offerta. Considerato inoltre che nessuna circostanza permette nel caso in questione seriamente di dubitare che alla ditta pilota del consorzio in questione fosse già nota l'opera, così come messa a concorso. Questo, a maggior ragione, se si considera che, nel rispetto del principio della trasparenza, allegando lo studio al capitolato, le informazioni da esso risultanti sono state condivise con tutti i concorrenti, privando la ditta capofila del consorzio aggiudicatario di qualsiasi conoscenza esclusiva. Inoltre è anche stato fissato ai concorrenti un adeguato termine di allestimento dell'offerta. Pertanto, nella fattispecie non è ravvisabile un motivo di preimplicazione e, ad ogni modo, l'esistenza di un vantaggio concorrenziale non compensato (STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3.2).

- Impossibilità di compensare il vantaggio concorrenziale: Esclusione di un concorrente il cui direttore ha collaborato nella verifica punto per punto del preventivo di riferimento del committente determinante per la valutazione delle offerte e decisivo per procedere all'esclusione di quelle superiori all'importo massimo prefissato. Questo anche se il direttore non ha trattenuto nessuno degli atti visionati e il capitolato consultato è stato in parte modificato per adattarlo alla versione definitiva del progetto di costruzione dell'edificio. L'aver visto e, laddove necessario, corretto i singoli prezzi di ogni posizione del capitolato, l'ha posto in una condizione indiscusso vantaggio concorrenziale per rapporto agli altri concorrenti (STA 52.2013.109 del 23 maggio 2013 consid. 3.2).
- Assenza di preimplicazione: La ricorrente non ha partecipato in alcun modo alla preparazione della documentazione e della procedura di aggiudicazione. Non risulta nemmeno che abbia in qualche modo collaborato all'allestimento degli atti di gara. Dalle tavole processuali non è neppure possibile inferire che la ricorrente abbia ritratto dai rapporti di parentela fra il suo titolare ed il consulente/specialista in elettrotecnica del committente un vantaggio concorrenziale suscettibile di propiziare un'aggiudicazione a proprio favore. Lo prova la posizione in graduatoria che la ricorrente avrebbe conseguito se non fosse stata a torto esclusa. Non sono dunque dati nemmeno i presupposti del motivo d'esclusione per prevenzione contemplato dall'art. 35 RLCPubb/CIAP (STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010 consid. 4.4).
- Coinvolgimento non trascurabile nella preparazione della documentazione: L'autore dello studio di fattibilità, al quale i concorrenti devono attenersi per l'elaborazione del progetto e la presentazione dell'offerta d'onorario, non può partecipare alla gara in quanto impedito per prevenzione. Qualsiasi vantaggio conoscitivo acquisito da questo professionista rispetto agli altri concorrenti non sarebbe compensato dalla tempestiva messa a disposizione dello studio a tutti i partecipanti alla gara. Infatti il cosiddetto studio di fattibilità è in realtà uno studio di varianti. Esso individua precise modalità di ampliamento della casa per anziani, ponendo a confronto vantaggi e svantaggi e suggerendo di optare per la variante (B) denominata *ampliamento diffuso*. Variante, che il municipio ha effettivamente adottato e sulla quale ha in seguito impostato il concorso. Di ogni variante è stata fatta una presentazione completa in forma di piani di progetto, di una relazione tecnica e di una stima dei costi con un grado di precisione del + 25%. Anche se non si tratta di un progetto di massima, nella circostanza concreta, non si può ragionevolmente negare che lo studio in discussione sia atto a procurare al suo autore un importante vantaggio conoscitivo. La semplice messa a disposizione delle risultanze integrali dello studio a tutti i partecipanti non ristabilisce compiutamente la parità di *chances* tra i concorrenti. Considerato l'alto grado di definizione delle varianti, l'autore dello studio rimane comunque avvantaggiato in misura importante. Anche se non è un progetto di massima, la variante adottata dal committente è talmente elaborata da poter essere assimilata al programma del progetto che i concorrenti sono chiamati a sviluppare (STA 52.2008.321-325 del 13 ottobre 2008 consid. 2.2).
- Assenza di preimplicazione: La situazione dell'aggiudicatario non integra gli estremi di un'incompatibilità da prevenzione suscettibile di giustificare l'esclusione dell'offerta. Il progetto iniziale è stato infatti modificato dal pianificatore generale che ha elaborato il capitolato dell'appalto d'impresa in funzione delle varianti approvate dal committente e si è assunto anche il compito di esperire in piena indipendenza la valutazione delle offerte. Come emerge dalle tavole processuali, lo specialista che ha assistito il pianificatore generale da tempo non ha più nessun legame con l'aggiudicatario, presso la quale ha lavorato fino al 1991, anno in cui ha iniziato un'attività indipendente fondando un proprio studio d'ingegneria. Nemmeno la consulenza esterna prestata al consorzio estensore del progetto di massima e definitivo è atta a sostanziare una situazione di incompatibilità. Una limitata consulenza specialistica prestata in una fase preparatoria di natura progettuale possa aver procurato ad un imprenditore conoscenze, che possono essere utilizzate in seguito nel quadro dell'allestimento di offerte per l'esecuzione effettiva dell'opera nel suo complesso, non sono necessariamente ravvisabili gli estremi di un vantaggio concorrenziale suscettibile di giustificare l'esclusione dal concorso per la realizzazione del progetto modificato scelto dal committente (STA 52.2008.124-125 del 16 giugno 2008 consid. 3.2).

## 2.4.2 Ricusa

L'art. 35a RLCPubb/CIAP precisa la disciplina della ricusa in materia di commesse pubbliche, ribadisce e approfondisce i concetti generali delle corrispondenti disposizioni della *Legge sulla procedura amministrativa* del 24 settembre 2013 (LPAm - [RL 165.100](#); cfr. artt. 50-54). Scopo ultimo della norma è quello di assicurare l'indipendenza e l'imparzialità di autorità con potere decisionale (cfr. STA 52.2020.378 del 2 novembre 2020 consid. 3.1).

### Nozione di committente, suoi consulenti e ausiliari (art. 35a cpv. 1 RLCPubb/CIAP):

Si tratta delle persone identificabili con il committente: i suoi organi, i suoi impiegati e via dicendo, tra cui gli ausiliari ed eventuali consulenti. Non sono soltanto le persone che adottano la decisione di aggiudicazione, ma anche tutti i collaboratori del committente che intervenendo nel procedimento concorsuale possono influenzarne il corretto svolgimento (cfr. STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010 consid. 3.1; al riguardo l'art. 101 del *Codice delle obbligazioni* - [RS 220](#), in analogia anche al tenore dell'art. 50 LPAm: "le persone a cui spetti di prendere o di preparare una decisione").

### Casi di ricusa:

- Persone con un interesse immediato a una commessa (art. 35a cpv. 1 lett. a): Chi ha un interesse all'aggiudicazione. In particolare, vige un obbligo di ricusa volto a impedire che i membri dell'autorità di aggiudicazione possano nel contempo presentarsi in veste di offerenti, godendo di un privilegio rispetto ad altri concorrenti e un obbligo di riservatezza dei dati confidenziali relativi all'impresa e ai processi di produzione comunicati al committente (cfr. Messaggio 7094 del 3 giugno 2015 concernente la modifica della Legge sulle commesse pubbliche entrata in vigore il 1. gennaio 2020, p. 7; Messaggio 4444 del 16 ottobre 1995 concernente l'adesione del Cantone Ticino al CIAP, p. 8). L'interesse può essere sia diretto sia indiretto.
- Coniugi, partner registrati, coppie di fatto (art. 35a cpv. 1 lett. b): A livello familiare, l'obbligo di ricusa riguarda innanzitutto i coniugi, i partner registrati, comprese le coppie di fatto.
- Parenti e affini in linea diretto o fino al terzo grado in linea collaterale (art. 35a cpv. 1 lett. c): L'obbligo di ricusa di parenti e affini si spinge invece fino al terzo grado collaterale, ossia zii/nipoti e relativi affini (ovvero coniugi e partner registrati), ma non oltre, ad esempio i cugini che corrispondono al quarto grado che risultano quindi esclusi (cfr. Wurzbürger, n. 8-10 pp. 59-60). Ovviamente riguarda inoltre gli ascendenti e i discendenti diretti fino al terzo grado, ovvero genitori, nonni e bisnonni, nonché figli, nipoti e pronipoti. Lo scioglimento del matrimonio o dell'unione registrata non annulla il rapporto di parentela (art. 21 del *Codice civile svizzero* del 10 dicembre 1907 - [RS 210](#)).
- Persone che operano come rappresentanti dell'offerente o hanno operato nella medesima operazione per un offerente (art. 35a cpv. 1 lett. d). Una persona che rappresenta una parte o ha agito per una parte nella stessa questione deve ricusarsi, indipendentemente dal genere di rapporto di rappresentanza (contratto, statuto, legale, eccetera).
- Persone che non dispongono a motivo di altre circostanze dell'indipendenza necessaria all'esecuzione di commesse pubbliche (art. 35a cpv. 1 lett. e): La formulazione aperta riguarda ulteriori situazioni in cui si giustifichi, in concreto, la ricusa.

### Obbligo di comunicazione e di astensione:

Dal profilo generale, considerato che non è possibile verificare in astratto l'esistenza di motivi di ricusa, devono quindi considerarsi applicabili le regole generali dell'art. 51 LPAm secondo cui chi riconosce in sé un motivo di ricusa deve darne immediata comunicazione ed astenersi spontaneamente. L'astensione non riguarda ovviamente solamente il fatto di astenersi formalmente dalle decisioni in questione, bensì implica di rinunciare integralmente alla trattazione commessa (a qualsiasi titolo e in qualsiasi modo). O perlomeno bisognerebbe astenersi da qualsiasi attività una volta saputo che "un caso di ricusa" avrebbe inoltrato un'offerta (cfr. STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010 consid. 4.3).

### Richieste di ricusa (art. 35a cpv. 2 e 3 RLCPubb/CIAP):

L'art. 35a cpv. 2 RLCPubb/CIAP (da leggersi in parallelo con l'art. 52 LPAm) prevede che la richiesta di ricusa deve essere presentata immediatamente dopo la scoperta del motivo di ricusa. Sulle richieste di ricusa statuisce inoltre il committente, con l'esclusione della persona interessata (cpv. 3, cfr. anche l'art. 53 LPAm). Infatti l'istituto della ricusa non interessa i concorrenti, ma chi decide e chi svolge un'attività di una certa importanza a favore dell'organo

che delibera. In caso di collisione di interessi tra un concorrente ed un membro o un collaboratore della committenza, è quest'ultimo che deve astenersi dalle proprie funzioni. L'estromissione dell'offerente per simili ragioni non entra invece in linea di conto, vuoi perché manca una base legale per adottarla, vuoi perché un tale provvedimento si pone in contrasto con il libero accesso al mercato che l'ordinamento sulle commesse pubbliche mira proprio a salvaguardare (cfr. STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010 consid. 4.3).

#### Il caso speciale delle giurie nei concorsi e nei mandati di studio in parallelo (art. 35a cpv. 4 RLCPubb/CIAP):

L'art. 35a cpv. cpv. 4 RLCPubb/CIAP prevede che nei concorsi e nei mandati di studio in parallelo, il committente può prevedere nel bando l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione degli offerenti che presentano un motivo di ricusa in relazione a un membro della giuria. Questa norma potestativa (libera decisione del committente) corrisponde alle disposizioni secondo gli standard SIA (SIA 142 e SIA 143).

### **2.5. Tutela dei dati confidenziali comunicati dall'offerente**

Anche la tutela dei dati confidenziali, corollario della concorrenza efficace, mira infine a mantenere riservate le informazioni contenute nelle offerte presentate (cfr. Poltier, 2014, n. 393 p. 251), in particolare quando contengono dati coperti da segreto industriale o commerciale o che riguardano la proprietà intellettuale. Al riguardo, l'art. 44 RLCPubb/CIAP specifica che nell'offerta va segnalata nel dettaglio la parte di documentazione presentata che riguarda segreti commerciali e di fabbricazione o altri documenti soggetti a protezione (cpv. 1). Tale documentazione non può essere utilizzata, né trasmessa o comunicata a terzi, senza il consenso dell'offerente o senza una valida base legale (cpv. 2).

L'accesso agli atti, in particolare nell'ambito di una procedura giudiziaria, è soggetto a ponderazione degli interessi contrapposti delle parti (cfr. STA 52.2017.536 del 21 novembre 2017). In merito al diritto di consultare gli atti si rinvia alla STA 52.2017.644 del 16 aprile 2018 consid. 2.3 riassunta al punto 1.3 della presente scheda informativa (cfr. anche Poltier, 2014, n. 429-430 pp. 273-275).

### **3. Riferimenti**

<b>Giurisprudenza</b>
<b>Parità di trattamento tra gli offerenti:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- STA 52.2021.170 e 52.2021.192 del 16 luglio 2021</li><li>- STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019</li><li>- STA 52.2018.272 del 4 dicembre 2018</li><li>- STA 52.2018.398 del 15 novembre 2018</li><li>- STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018</li><li>- STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018</li><li>- STA 52.2017.614 del 18 maggio 2017</li><li>- STA 52.2016.573 del 13 febbraio 2017</li><li>- STA 52.2016.226 del 3 ottobre 2016</li><li>- STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015</li><li>- STA 52.2012.251 del 5 settembre 2012</li><li>- STA 52.2012.85 dell'11 maggio 2012</li></ul>
<b>Concorrenza efficace:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019</li><li>- STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019</li><li>- STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018</li><li>- STA 52.2018.133 del 25 giugno 2018</li><li>- STA 52.2015.305 del 14 ottobre 2015</li><li>- STA 52.2012.251 del 5 settembre 2012</li><li>- STA 52.2012.489 del 1. marzo 2012</li><li>- STA 52.2011.169 del 7 luglio 2011</li></ul>
<b>Trasparenza:</b>

- STA 52.2021.170 e 52.2021.192 del 16 luglio 2021
- STA 52.2019.47 del 6 maggio 2019
- STA 52.2017.644 del 16 aprile 2018
- STA 52.2015.305 del 14 ottobre 2015
- STA 52.2012.306 del 10 ottobre 2012

**Qualità:**

- STA 52.2019.646 del 26 ottobre 2020
- STA 52.2008.116/120 del 18 aprile 2008

**Impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche:**

- STA 52.2019.48 del 6 maggio 2019
- STA 52.2019.51 del 17 aprile 2019
- STA 52.2018.305 del 14 novembre 2018
- STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015
- STA 52.2012.489 del 1. marzo 2012
- STA 52.2008.116/120 del 18 aprile 2008

**Adempimento degli obblighi verso le istituzioni sociali e fiscali, protezione dei lavoratori e rispetto dei contratti collettivi di lavoro:**

- STA 52.2018.281 del 3 settembre 2018
- STA 52.2015.498 del 8 gennaio 2016
- DTF 140 I 285 (STF 2D\_58/2013 del 24 settembre 2014)

**Parità tra uomo e donna:**

- DTF 140 I 285 (STF 2D\_58/2013 del 24 settembre 2014)
- STA 52.2002.175 del 29 maggio 2002

**Rispetto delle norme ambientali:**

- STF 2C\_498/2017 del 5 ottobre 2017

**Rispetto del divieto di preimplicazione:**

- STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018
- STA 52.2014.300 del 5 febbraio 2015
- STA 52.2013.109 del 23 maggio 2013
- STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010
- STA 52.2008.124-125 del 16 giugno 2008
- STF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005

**Rispetto degli obblighi di ricusa:**

- STA 52.2020.378 del 2 novembre 2020
- STA 52.2010.49 del 12 marzo 2010

**Tutela dei dati confidenziali comunicati dall'offerente:**

- STA 52.2017.644 del 16 aprile 2018
- STA 52.2017.536 del 21 novembre 2017

**Dottrina**

- M. Cassina, *Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino*, in "Atti della serata di studio del 23 ottobre 2008", Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi: Lugano, 2008, pp. 31-32, 37-38
- E. Clerc, *Principes de la liberté d'accès au marché*, in V. Martenet, C. Bovet & P. Tercier, *Commentaire Romand - Droit de la concurrence*, Helbing Lichtenhahn Verlag: Basilea 2013, pp. 2012-2025
- V. Malfanti, *Principali novità introdotte dalla Legge sulle commesse pubbliche*, in "Rivista ticinese di diritto" RtiD I-2001, pp. 440-442, 446-447
- E. Poltier, *Droit des marchés publics*, Stämpfli Editions SA: Berna, 2014, pp. 159-165, 180, 190-191, 197, 251, 273-275
- O. Rodondi & T. Blanchard, *Jurisprudence vaudoise en droit des marchés publics – 2015 et 2016*, in "Revue de droit administratif" RDAF 2017 I, pp. 509-511
- A. Wurzbürger, *art. 8 LTF*, in B. Corboz, A. Wurzbürger, P. Ferrari, J.-M. Frésard & F. A. Girardin, *Commentaire de la LTF*, Stämpfli Verlag AG, 2014, pp. 56-60
- J.-B. Zufferey, C. Maillard & N. Michel, *Droit des marchés publics: Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Università di Friburgo: Friburgo, 2002, pp. 99-102, 122-124

<b>Data</b>	<b>Modifiche apportate</b>
01.03.2022	Aggiornamento secondo i nuovi disposti entrati in vigore il 1. gennaio 2021 (GPA) e il 1. marzo 2022 (RLCPubb/CIAP) e della giurisprudenza.
01.05.2020	Pubblicazione scheda informativa.