

Messaggio

numero

6252

data

18 agosto 2009

Dipartimento

TERRITORIO

Concerne

Rapporto del Consiglio di stato sull'iniziativa parlamentare 16 febbraio 2009 presentata nella forma elaborata da Edo Bobbià e cofirmatari per la modifica dell'articolo 2 della Legge sulle commesse pubbliche (assoggettamento casse pensioni dello Stato e dei Comuni alla LCPubb)

Signor Presidente,
signore e signori deputati,

avvalendoci della facoltà concessaci dall'articolo 97 cpv. 3 della Legge sul Gran consiglio e sui rapporti con il Consiglio di Stato del 17 dicembre 2002, formuliamo le seguenti considerazioni.

PREMESSA

La Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato, come sostenuto dall'avv. G. Corti¹, è un'istituzione di diritto pubblico (art. 2 cpv. 1 LCPD) con personalità giuridica propria. Dal profilo strettamente giuridico la Cassa presenta tuttavia una componente essenziale della corporazione di diritto pubblico e riveste quindi una forma mista o ibrida. La CPDS, contrariamente alle istituzioni di diritto pubblico in senso stretto, non ha infatti una cerchia di utenti bensì dei membri (art. 3 LCPD), gli assicurati ed i pensionati beneficiari di rendite (art. 4 LCPD).

La CPDS viene normalmente considerata istituzione pubblica non autonoma, avuto riguardo soprattutto alla garanzia dello Stato (art. 51 LCPD) e alla nomina dei suoi dipendenti da parte del Governo cantonale (art. 44 LCPD).

Ad essa viene però riconosciuta *"un'autonomia amministrativa"*, ossia l'indipendenza riconosciuta agli organi dell'istituzione pubblica, nell'adempimento dei compiti amministrativi che le sono demandati.

In tema di autonomia, di parere parzialmente divergente è l'opinione espressa dall'avv. C. Marazza². Anche se non discende in modo chiaro dalla legge, egli ritiene che la Cassa ha personalità giuridica propria. Essa, quale ente (istituzione) o corporazione di diritto pubblico, è autonoma e non è sottoposta al potere gerarchico, ma solo a quello di vigilanza del Consiglio di Stato. In altri termini la Cassa non fa parte dell'Amministrazione cantonale intesa quale amministrazione generale.

Per rapporto alle normative sulle commesse pubbliche è utile comunque sottolineare che tutte e due gli autori assimilano comunque la CPDS ad un istituto o ad una corporazione di diritto pubblico.

¹G. Corti, I rapporti fra CdS e Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato secondo la LCPD, in RDAT I-2000 pag. 158 e seg.

²Parere 11 febbraio 2002 dell'avv. C. Marazza all'intenzione del direttore della Cassa pensioni dello Stato;

DEFINIZIONE DI COMMITTENTE AI SENSI DELLA LEGGE CANTONALE SULLE COMMESSE PUBBLICHE E DELLA LEGGE FEDERALE SUL MERCATO INTERNO

L'art. 2 cpv. 1 paragrafo 1 della Legge cantonale sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (in seguito LCPubb)³ considera committenti:

“Il Cantone i Comuni e gli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali retti dal diritto cantonale o intercantonale, che non hanno carattere commerciale o industriale”.

La definizione riprende quanto stabilito dall'art. 5 cpv. 1 della Legge federale sul mercato interno (in seguito LMI) del 6 ottobre 1995 (stato 20 giugno 2006)⁴.

Il disposto federale 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.

Ora l'espressione *“Cantoni Comuni come pure altri enti preposti a compiti pubblici”* di cui all'art. 5 cpv. 1 LMI, si ritrova pure agli articoli 2 cpv. 2 e 11 cpv. 1 LMI. Essi, per rapporto all'art. 5, presentano però una differenza. Questi due disposti accentrano infatti la loro attenzione sulla natura del compito pubblico. La volontà espressa dall'art. 5 cpv. 1 LMI di limitare la sua applicazione a quegli enti che svolgono compiti cantonali o comunali, si spiega quindi con la volontà del Legislatore federale di sottrarre, nell'ambito delle commesse pubbliche, le Autorità federali⁷. Per queste è infatti applicabile la Legge federale sugli acquisti e la relativa ordinanza di applicazione⁸.

L'art. 5 cpv. 1 LMI è quindi, a nostro avviso, applicabile pure agli istituti e aziende create in virtù di normative cantonali e questo a prescindere dal fatto che le stesse adempiano a scopi fissati da leggi federali.

L'interpretazione data appare poi oltremodo suffragata da quanto sancito dal capoverso 2 del medesimo disposto.

Esso obbliga Cantoni e Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti pubblici di tenere conto degli impegni internazionali assunti dalla Confederazione⁹.

A prescindere dalla personalità giuridica del committente o del tipo di prestazione richiesta, l'art. 5 cpv. 1 LMI si applica pure a tutti i contratti in cui vengano acquisite delle prestazioni che servono per l'assolvimento di compiti pubblici^{10/11}.

Ora la gestione degli immobili a reddito, facenti parte dei beni patrimoniali della cassa non rientra nel novero dei compiti pubblici. Questa impostazione è condivisa da diversi autori¹²,

³RL 7.1.4.1;

⁴R.S. 943.02;

⁵Il testo in lingua tedesca parla di “andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben”.

⁶H. Lang, Binnenmarkt: op. cit. pag. 22 e segg.

⁷Messaggio FF 1995 I vol. 10 pag 1061 e seg.

Come si legge dal messaggio, “l'art. 5 cpv. 1 stabilisce l'accesso non discriminatorio ai pubblici appalti cantonali e comunali”. Per meglio comprendere questa riserva si invita il lettore a leggere le considerazioni espresse al n. 154 pag. 1052 e seg. del messaggio. Vedi poi le considerazioni espresse alla nota 16.

⁸R.S. 172.056.1 e R.S. 172.056.11.

⁹O. Schaller, Clause d'exemption et loi sur le marché intérieur, in RPW/DPC 2001/3 N. 3 pag. 618.

¹⁰Observations 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; DC 4/99 N. 141, STF 6 maggio 2001 A/Consiglio di Stato n. 2P.19/2001.

¹¹D. Esseiva, op. cit. N. 3 pag. 9;

¹²H. Lang, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, raccolta pubblicata da N. Michel e Roger Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zurigo 1998, pag 23 seg. Giusta quest'autore: “Was die Tätigkeit von öffentlichen Pensionskassen anbelangt, ist zwischen der Anlagetätigkeit einerseits und Beschaffungen wie dem Erwerb von Büromöbel und Computer oder der Erstellung eines Verwaltungsgebäudes andererseits zu unterscheiden. Währendem die Anlagetätigkeit nicht erfasst wird (derartige

opinione pure condivisa in via ufficiosa dalla Conferenza svizzera dei direttori dei lavori pubblici, della pianificazione del territorio e dell'ambiente¹³.

Ora da quanto appena descritto si può legittimamente sostenere che le Casse pensioni pubbliche sono assoggettate alle disposizioni della LCPubb e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici unicamente per quanto concerne la gestione dei beni amministrativi propri.

A questa soluzione si giunge pure ritenendo che la gestione patrimoniale può essere annoverata tra le attività aventi carattere commerciale o industriale e pertanto ai sensi dell'art. 2 paragrafo 1 LCPubb¹⁴.

SCOPO DELL'INIZIATIVA

Come si desume dal testo di presentazione dell'iniziativa, "... La Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato (CPDS) è un'istituzione di diritto pubblico con personalità giuridica propria.

Rientra quindi nel cpv. 1 dell'art. 2.

Secondo diversi pareri giuridici, confermati da quello recente dell'avv. Malfanti, Capo dei servizi generali del DT nella sua lettera del 2 febbraio 2009, si ritiene che l'attività di gestione degli immobili a reddito, facenti parte dei beni patrimoniali della Cassa pensioni, non rientra nel novero di compito pubblico. In base all'art. 5 cpv. 1 della Legge federale sul mercato interno (LMI) queste attività non sono quindi assoggettate nemmeno a questa legge, che prevede la non discriminazione dei concorrenti di tutta la Svizzera.

Sono invece assoggettate alla LCPubb le attività legate alla gestione dei beni amministrativi propri. Per queste attività sembra che la stessa Cassa pensioni abbia elaborato una direttiva che ne prevede appunto l'assoggettamento.

La recente vicenda apparsa sulla stampa cantonale ha risollevato il problema che, almeno giuridicamente, sarà chiarito dal Tribunale, chiamato ad esprimersi su di un ricorso.

L'aspetto politico è di altra natura e la sua soluzione deve comportare una modifica dell'art. 2 della legge, facendo maggiore chiarezza sui committenti assoggettati o meno alla legge.

La formulazione attuale dei cpv. 1 e 2 dell'art. 2 permette, infatti, troppe interpretazioni, che rendono insicura l'applicazione.

È quindi auspicata un'enunciazione più generale che, di principio, assoggetti tutte le attività comunemente ritenute pubbliche svolte dalle amministrazioni, con indicate le eventuali eccezioni. È il caso, ad esempio, dell'avamprogetto di Legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub), la cui consultazione si è appena conclusa e che dovrebbe diventare l'unica legge alla quale sottostarebbero Confederazione, Cantoni e Comuni."

Dienstleistungen sind insbesondere nicht im Annex 4 des GATT/WTO-übereinkommens enthalten) sind Beschaffungen durch die Pensionskasse für den Eigengebrauch unterstellt". Confronta pure Christian Bovet, Marchés publics et patrimoine financier, in DC/2/02 pag. 66;

¹³Verbale della 25 riunione del forum del 16 novembre 2006, trattanda n. 19, " *Caisses de pension*

La ville de Zurich a publié un rapport, selon lequel les caisses de pension ne sont pas soumises au droit des marchés publics. La CMCC s'était déjà exprimée à ce sujet et avait indiqué que les marchés des caisses de pension qui servent à la satisfaction des tâches propres (achat d'un programme informatique, construction d'un bâtiment administratif) seraient soumis au droit des adjudications publiques, par contre pas les marchés qui correspondent à l'utilisation économique des fonds confiés aux caisses. Les cantons traitent les caisses de pension différemment. Cette question doit encore une fois être discutée de façon approfondie à la prochaine occasion".

Come pure, presa di posizione del Forum del 20 novembre 2007 al punto 5.2.

" La question de la subordination des caisses de pension est, dans une certaine mesure, analogue. Les avis divergent également entre les différents offices, bureaux, etc. La CMCC avait une fois indiqué à ce sujet que la fortune administrative devait être soumise mais pas les placements. Cette interprétation est défendable. La CMCC mettra prochainement en discussion dans la commission une prise de position correspondante".

¹⁴Sulla definizione confronta Jean Baptiste Zufferey L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in DC"/2006 pag. 100 e seg;

Al proposito, gli stessi iniziativaisti prendono comunque atto che, al di là del testo di legge proposto, anche la Confederazione per quanto concerne le attività di gestione patrimoniale della Cassa pensioni federale, ha optato per la non applicazione della Legge cantonale sugli acquisti. Malgrado le riserve espresse nel testo di messaggio, alla fine lo stesso Consiglio federale ha ritenuto che *“... Nella proposta di nuova legge l'Amministrazione federale ha ritenuto di non assoggettare l'attività di gestione degli immobili a reddito delle casse pensioni e ne ha previsto l'esclusione nell'ordinanza”*.

Si desume quindi che, anche in futuro gli investimenti patrimoniali della Cassa pensioni federale, in analogia con quanto previsto dagli altri Cantoni svizzeri, saranno sottratti al regime al campo di applicazione delle normative sulle commesse pubbliche.

A seguito dell'esito della consultazione sul progetto di Legge federale sugli acquisti, la Confederazione ha deciso, visto il netto rifiuto dei Cantoni, di rinunciare, per il momento, a uniformare parzialmente la legislazione in materia di acquisti pubblici sul territorio nazionale¹⁵.

I Cantoni rimangono pertanto autonomi nella loro politica di armonizzazione intercantonale.

CONCLUSIONI

In esito a quanto precede, il presente Consiglio pur comprendendo le motivazioni che stanno alla base dell'iniziativa, chiede di respingerla; questo anche alla luce della scelta operata dalla Confederazione e delle scelte operate dagli altri Cantoni svizzeri.

Si sottolinea da ultimo pure il fatto che, queste disposizioni si applicherebbero unicamente a quegli enti pubblici che hanno optato per una cassa pensioni pubblica, non toccando altri Comuni o enti che hanno optato invece per una cassa pensioni privata e ciò malgrado che il finanziamento della quota parte spettante dall'ente pubblico sia garantita mediante pubblici proventi.

L'accoglimento dell'iniziativa porterebbe all'assoggettamento alla LCPubb di tutte le attività di tipo commerciale delle casse pensioni di diritto pubblico. Quindi non solo alle commesse nel settore immobiliare, ma anche ai mandati di gestione patrimoniale con conseguenze molto problematiche in particolare per quanto riguarda l'applicazione delle procedure e l'allungamento dei tempi di attuazione delle decisioni di investimento mobiliare.

Per quanto riguarda la CPDS anche per il futuro, come già avvenuto in passato, vi è la disponibilità di assoggettarsi volontariamente alla LCPubb anche quando opera nell'ambito della gestione del suo patrimonio immobiliare, per costruzioni di un certo rilievo.

Va da sé che nel caso di commesse in ambito immobiliare per infrastrutture amministrative, l'assoggettamento delle Casse pensioni di diritto pubblico alla LCPubb risulta pacifico.

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

¹⁵ Comunicato del Consiglio federale del 18 giugno 2009 concernente la revisione dell'ordinanza sugli acquisti pubblici