

Rapporto

numero	data	Dipartimento
5364 R	28 aprile 2004	TERRITORIO
Concerne		

**della Commissione della legislazione
sull'iniziativa parlamentare 3 giugno 2002 presentata nella forma generica da Riccardo Calastri per la modifica della legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) del 20 febbraio 2001 per l'introduzione del concetto di autocertificazione e di un margine di apprezzamento per la sede appaltante**

(v. messaggio 18 febbraio 2003 no. 5364)

1. OGGETTO DELL'INIZIATIVA PARLAMENTARE GENERICA

L'iniziativista propone alcune modifiche alla legge sulle commesse pubbliche entrata da poco in vigore, che suscita, a suo dire, malumori negli ambienti coinvolti: amministratori pubblici, tribunali e concorrenti.

Le modifiche proposte sono le seguenti:

- **L'autocertificazione**, ovvero la facoltà di presentare, in sostituzione delle tradizionali certificazioni richieste (avvenuto pagamento degli oneri sociali, delle imposte, e rispetto dei contratti collettivi di lavoro) apposite dichiarazioni sottoscritte dall'interessato, senza autentica di firma. L'approvazione dell'iniziativa permetterebbe alla pubblica amministrazione di accettare le dichiarazioni, riservandosi la possibilità di controllo e verifica in caso di ragionevoli dubbi sulla veridicità del loro contenuto. Trattasi di documenti di durata limitata che costringono il concorrente a più concorsi a doverli richiedere più volte. Questa postulata modifica permetterebbe una ridotta burocrazia. L'iniziativista propone infine una sanzione per chi attesta il falso, quale ad esempio l'esclusione dalle aggiudicazioni per un determinato periodo.
- **Il margine d'apprezzamento della stazione appaltante**. L'iniziativista propone di introdurre l'apprezzamento della stazione appaltante nei diversi criteri che permettono l'aggiudicazione di una commessa. L'iniziativista ricorda che vi sono già oggi criteri con una forte componente soggettiva quali il termine, l'adeguatezza della prestazione, e la compatibilità ambientale. A sostegno della sua proposta cita una sentenza del Tribunale federale svizzero riguardante una controversia cantonale. Osserva infine che con questa modifica si riconoscerebbe agli Esecutivi, Consiglio di Stato e Municipi, un giusto margine di apprezzamento.

2. IL MESSAGGIO DEL CONSIGLIO DI STATO

Nel messaggio del 18 febbraio 2003, concernente la precitata iniziativa parlamentare, il Consiglio di Stato, dopo aver ricordato i principi normativi e giurisprudenziali riguardanti i due oggetti toccati dall'iniziativista, ha considerato quanto segue.

Il sistema di autocertificazione, così come proposto nell'iniziativa, potrebbe condurre ad abusi, segnatamente tenuto conto di una possibile estensione degli accordi bilaterali con l'Unione Europea anche alle commesse al di sotto dei valori soglia attuali. Per evitare gli abusi, i committenti dovrebbero procedere regolarmente ad effettuare controlli e verifiche di questi certificati, il che non eliminerebbe l'iter burocratico attuale.

In merito al postulato riconoscimento del margine d'apprezzamento della stazione appaltante l'Esecutivo ha ricordato dapprima che il sistema d'aggiudicazione propugnato, sia dal Concordato sia dalla Legge sulle commesse pubbliche, è quello della miglior offerta, ossia quella che presenta il miglior rapporto fra prezzo e prestazione¹. Essa è giudicata tale in conformità a criteri analitici oggettivi, quali il prezzo, l'economicità, la qualità, il valore tecnico e simili², criteri predefiniti nei documenti di concorso³. In ossequio al principio della trasparenza, il committente ha l'obbligo di indicare nei documenti di gara i criteri di aggiudicazione in ordine di importanza. In ossequio al summenzionato principio, il committente deve pure indicare gli eventuali sotto criteri che utilizzerà per la valutazione delle offerte. Se esso, ad esempio, fa uso di una matrice di valutazione, la stessa deve essere resa nota ai concorrenti⁴. L'iniziativa propone nella sostanza di ritornare al vecchio sistema, in auge con l'abrogata Legge appalti del 12 settembre 1978. Un tale sistema non è più compatibile con il diritto federale ed in particolare con i dettami fissati dall'art. 5 LMI, come peraltro ricordato dal Tribunale federale⁵. L'iniziativa su questo punto è in contrasto con il diritto federale (art. 5 LMI) e non può quindi essere accolta.

3. I LAVORI COMMISSIONALI

La Commissione della legislazione si è occupata in più sedute della problematica sollevata dall'iniziativa, segnatamente nella seduta del 25 novembre 2003 è stato sentito l'avv. Vinicio Malfanti, Capo Divisione dei servizi generali del Dipartimento del territorio, nella seduta dell'11 febbraio 2004 l'iniziativista, infine nella seduta del 3 marzo 2004 nuovamente l'avv. Malfanti e il signor Piergiorgio Minoretti, responsabile del Centro di consulenza LCPubb. In altre sedute, la Commissione ha poi discusso e cercato di approfondire i temi dell'iniziativa.

4. LE DECISIONI COMMISSIONALI

L'iniziativa in esame pone due problemi distinti.

4.1.

Per quanto attiene all'introduzione nella Legge sulle commesse pubbliche del principio dell'autocertificazione (documento nel quale il concorrente certifica di aver assolto tutti gli obblighi di legge) deve essere dapprima ricordato che vi sono i criteri d'idoneità generali (ai sensi dell'art. 5 LCPubb, ad esempio, l'adempimento degli obblighi verso le istituzioni

¹ cfr. Rapporto della Commissione della legislazione sul messaggio n. 2543 del 8 settembre 1981 concernente la modifica della legge sugli appalti del 12 settembre 1978, pag. 7

² messaggio n. 4444 del 16 ottobre 1995 N. 3 lett. c pag. 6, come pure direttive d'esecuzione § 28.

³ DTF 125 II 86

⁴ A. Moser, Les marchés publics en Suisse au seuil du XXI siècle, Problemi emergenti di diritto pubblico Atti della giornata di studio del 5 giugno 2000 della Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi pag. 17 e riferimenti

⁵ DTF 125 II pag. 86 e segg. consid. 7

sociali, l'adempimento del pagamento delle imposte e del riversamento delle imposte alla fonte, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori e dei contratti collettivi di lavoro vigenti nei Cantoni per categorie di arti e mestieri) e i criteri d'idoneità particolari (fra i quali i titoli di studio, diplomi, e attestati) che attestano le attitudini del concorrente. Già oggi per quest'ultimi criteri vi è l'autocertificazione. In effetti, al momento della consegna dell'offerta, l'ente banditore richiede la prova documentata dei soli criteri d'idoneità generali e non dei titoli di studio, dei diplomi e degli attestati.

È vero che alcuni Cantoni, in particolare quelli non confrontati con un regime di frontiera, hanno introdotto questo sistema. In Ticino, la preoccupazione maggiore è sempre stata una carente verifica che il concorrente sia effettivamente in regola. Questa mancanza di fiducia ha contribuito in passato anche alla presentazione di diversi atti parlamentari.

In ossequio all'articolo 5 cpv. 1 lett. c) LCPubb e 30 RLCPubb ogni concorrente che intenda partecipare ad una gara d'appalto deve allegare alla propria offerta la documentazione e le dichiarazioni richieste.

Dal profilo dell'applicazione pratica le normative oggi in vigore, che non prevedono l'autocertificazione, non hanno mai dato adito a problemi, trattasi di una prassi corrente dal 1942. Le imprese avevano già prima dell'entrata in vigore della LCPubb l'obbligo di consegnare la documentazione inerente ai criteri di idoneità generali. Per i progettisti (fornitori di servizi), tale obbligo è stato introdotto dalle nuove norme sulle commesse pubbliche (a partire dal 1996). Nella pratica si constata che le imprese non esigono l'autocertificazione a tutti i costi; esse hanno già l'automatismo (l'abitudine) di allestire la documentazione concernente i criteri d'idoneità generali.

Con una modifica del Regolamento di applicazione della Legge cantonale sulle commesse pubbliche, al fine di ridurre al minimo l'esclusione di offerte, per omissione della presentazione delle dichiarazioni (ad esempio, per dimenticanza), è stata concessa la facoltà, se previste nei documenti di gara, di produrle entro un termine perentorio di cinque giorni, fissato dal committente. Dal profilo pratico, va quindi detto che l'applicazione dell'art. 30 del Regolamento non ha mai creato grossi problemi, anche con il sistema attuale. Ci si potrebbe chiedere se non trasformare questa eccezione in regola. Spetterà al Consiglio di Stato valutare una simile modifica. (cfr. però il dispositivo della sentenza del TRAM 52.2003.390, consid. 2.4)".

Neppure la possibilità di richiedere la documentazione, prima della delibera, solo ad una parte dei migliori concorrenti in graduatoria sembra essere una soluzione percorribile senza ostacoli, visto che ciò potrebbe equivalere ad un'anticipata decisione con tutto ciò che essa comporta, a possibili revisioni della classifica in caso di anomalie, oppure ancora alla presentazione di un ricorso da parte di un concorrente non in regola.

Le legislazioni cantonale e federale in materia necessitano di ulteriori approfondimenti e opportune modifiche, anche tenuto conto della recente giurisprudenza; sarà semmai in quella sede che simili proposte potranno essere vagliate nella ricerca di soluzioni armonizzate nell'intero sistema e non su aspetti puntuali che fatalmente perdono di vista il quadro legislativo di riferimento.

La Commissione della legislazione ben comprende lo spirito che ha animato l'iniziativa: una crescente burocrazia che penalizza il piccolo concorrente. Rimane il fatto che per ovviare a questo stato di cose vi sono altre vie più efficaci. L'alternativa all'autocertificazione potrebbe essere una maggiore coordinazione fra i diversi uffici preposti al rilascio dei do-

cumenti. La soluzione dell'art. 30 RLCPubb non è ottimale (cfr. citato dispositivo del TRAM).

Va infine detto che se si ammette l'autocertificazione, questa dev'essere necessariamente ammessa anche a livello internazionale.

Se è vero che le piccole imprese ticinesi concorrono meno volentieri per gli appalti pubblici, è altrettanto vero che si devono trovare delle soluzioni praticabili che non comportino spiacevoli e/o indesiderati effetti. Anche se va nel contempo detto che la fonte di grandi incertezze è piuttosto sita nei bandi imprecisi; sovente il criterio decisivo è il prezzo, ma tutti noi sappiamo che prezzo basso non è sempre sinonimo di qualità.

4.2.

L'iniziativa chiede poi di ritornare al vecchio sistema, in auge con l'abrogata Legge appalti del 12 settembre 1978, lasciando al committente un margine di apprezzamento politico non sindacabile. Si ricorda in effetti che l'allora articolo 22 specificava e quantificava nel 5%, dall'importo dell'offerta prima in graduatoria, il limite entro il quale dovevano essere contenute le aggiudicazioni. In altri termini, se il committente deliberava ad una ditta che aveva presentato un'offerta valida contenuta nel 5% da quella prima in graduatoria, l'aggiudicazione poteva essere annullata solo in presenza di gravi irregolarità.

Un tale sistema non è più compatibile con l'attuale regolamentazione sulle commesse pubbliche e pertanto l'iniziativa su questo punto è in contrasto con il diritto internazionale, federale, intercantonale ed i dettami fissati dall'art. 5 LMI (come ricordato dal Tribunale federale nel consid. 7c del dispositivo DTF 125 II 86), e non può quindi essere accolta.

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). Ora il sistema proposto dall'iniziativista potrebbe non essere compatibile con il diritto internazionale, federale ed intercantonale (DTF 125 II pag. 86 e segg., consid. 7).

La postulata modifica introduce però un apprezzamento estraneo all'intero sistema, scardinando lo stesso. Il sistema prevede infatti che non solo i criteri devono essere noti ma anche i metodi con i quali dovranno essere ponderati questi criteri devono essere conosciuti. L'apprezzamento è già dato nella valutazione dei singoli criteri. Si tratta piuttosto di allestire dei capitolati che riconoscano un prezzo alla qualità.

Si ricorda inoltre che secondo consolidata giurisprudenza non è più ammissibile differenziare i concorrenti sulla base del loro domicilio fiscale, così come preteso dall'iniziativista in sede di audizione.

Per gli ulteriori aspetti si rimanda a quanto esposto dal Consiglio di Stato nel suo messaggio, segnatamente alle osservazioni in merito al fatto che l'iniziativa su questo punto è in contrasto con il diritto federale (art. 5 LMI) e non può quindi essere accolta.

Per tutti questi motivi, osservazioni e considerazioni, la Commissione della legislazione invita questo Parlamento a respingere l'iniziativa, invitando però nel contempo il Consiglio di Stato a tener conto nelle future modifiche legislative delle preoccupazioni dell'iniziativista, fatte proprie dalla presente Commissione, e più precisamente dell'accresciuta burocrazia che penalizza i piccoli concorrenti nei pubblici concorsi.

Per la Commissione della legislazione:

Felice Dafond, relatore

Bertoli - Bobbià - Carobbio W. - Duca Widmer -

Fiori - Genazzi - Ghisletta D. - Jelmini - Mellini -

Pantani - Pini - Quadri - Righinetti - Vitta