

10.051

**Messaggio
concernente la modifica della legge federale
sugli acquisti pubblici
(Effetto sospensivo dei ricorsi)**

del 19 maggio 2010

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo, per approvazione, il disegno di modifica della legge federale sugli acquisti pubblici.

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

19 maggio 2010

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Doris Leuthard
La cancelliera della Confederazione, Corina Casanova

Compendio

Il disciplinamento attuale della procedura di aggiudicazione degli acquisti pubblici causa importanti ritardi nella realizzazione dei progetti della Confederazione, impedendo così l'impiego razionale dei fondi pubblici. Il presente disegno di legge si prefigge di accelerare la realizzazione di progetti importanti.

Situazione iniziale

Nel maggio 2008 il Consiglio federale aveva aperto la consultazione su un avam-progetto di revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici (AP LAPub). Dopo aver valutato i pareri in merito e visti i ritardi nella revisione dell'Accordo del 15 aprile 1994¹ sugli appalti pubblici (Accordo OMC sugli appalti pubblici; AAP), sul quale la revisione della LAPub si deve conformare, il 18 giugno 2009 il Consiglio federale ha deciso di procedere nel modo seguente:

- i lavori relativi alla revisione totale sono sospesi fintanto che non saranno chiariti gli sviluppi futuri dell'AAP;*
- dovranno essere anticipati gli elementi dell'AP LAPub che sono urgenti dal punto di vista della politica congiunturale e che devono essere introdotti a livello di ordinanza;*
- andrà presentato alle Camere federali un messaggio concernente una revisione parziale della legge sugli acquisti pubblici, limitata alle misure volte ad accelerare la procedura di acquisto.*

Tale messaggio è presentato qui di seguito.

Secondo il diritto vigente, i ricorsi nel settore degli acquisti pubblici – contrariamente agli altri settori del diritto amministrativo – non hanno di massima effetto sospensivo; i tribunali possono tuttavia accordarlo successivamente.

L'esperienza ha mostrato che questo disciplinamento non è soddisfacente:

- può avere come conseguenza che acquisti urgenti restino bloccati per anni a causa di processi;*
- non tiene sufficientemente conto dell'interesse a garantire un impiego quanto più razionale possibile dei fondi pubblici. Implica il rischio che i maggiori costi per la Confederazione dovuti ai ritardi causati da eventuali ricorsi siano assai più elevati rispetto alla differenza di prezzo tra l'offerta più a buon mercato e quella più cara.*

Contenuto del progetto

Il nuovo disciplinamento intende realizzare l'obiettivo principale del diritto in materia di acquisti pubblici, ossia promuovere l'impiego economico dei fondi pubblici. Occorre tuttavia continuare a garantire sufficienti possibilità d'impugnazione.

¹ RS 0.632.231.422

Concretamente, il presente disegno propone di apportare la seguente correzione ai rimedi giuridici in vigore:

I ricorsi contro le decisioni nel settore degli acquisti pubblici dovranno di massima avere – come negli altri settori del diritto amministrativo – un effetto sospensivo, tuttavia con un'eccezione importante: se un acquisto è necessario per realizzare un progetto nell'interesse del Paese e se la conclusione del contratto con l'offerente che ha ottenuto l'appalto non può essere differita senza compromettere la realizzazione del progetto entro le scadenze, il ricorso non deve avere effetto sospensivo. L'autorità di ricorso non deve nemmeno poter conferire l'effetto sospensivo in un secondo tempo. Per introdurre questo nuovo disciplinamento è necessaria una modifica della legge federale sugli acquisti pubblici.

Messaggio

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Attuale disciplinamento dei rimedi giuridici nel settore degli acquisti pubblici

La legge federale del 16 dicembre 1994² sugli acquisti pubblici (LAPub) persegue i seguenti obiettivi (art. 1):

- disciplinare e strutturare in maniera trasparente la procedura per l'aggiudicazione di commesse pubbliche;
- rafforzare la libera concorrenza tra gli offerenti;
- promuovere l'impiego economico dei fondi pubblici; e
- garantire la parità di trattamento tra gli offerenti.

Esiste una certa antinomia tra gli ultimi due obiettivi. Più i rimedi giuridici sono estesi più aumenta il rischio che gli acquisti subiscano ritardi a causa dei ricorsi, pregiudicando l'impiego economico dei fondi pubblici. Questo conflitto era già noto al legislatore al momento dell'emanazione della LAPub ed è il motivo per cui, in materia di ricorsi, si è optato per una soluzione che si discosta dalla procedura amministrativa ordinaria:

- i ricorsi inoltrati al Tribunale amministrativo federale e al Tribunale federale *non* hanno effetto sospensivo;
- il Tribunale amministrativo federale può tuttavia accordare l'effetto sospensivo a un ricorso se ne è fatta richiesta. Il Tribunale federale dispone della stessa competenza.

Da questo disciplinamento speciale il *Tribunale federale* ha dedotto una costante giurisprudenza, secondo cui le condizioni per la concessione dell'effetto sospensivo ai ricorsi in materia di acquisti pubblici sono *più severe* rispetto agli altri settori del diritto amministrativo. Per fondare la sua interpretazione, il Tribunale federale si è basato anche sul messaggio relativo alla LAPub, in cui il Consiglio federale motivava la sua proposta di disciplinamento dell'effetto sospensivo argomentando che: «Riguardo all'introduzione dell'effetto sospensivo, vi sono motivi a favore e motivi contro. Nel primo caso, un appalto illegale potrebbe sempre essere annullato e il risarcimento dei danni non rivestirebbe importanza prioritaria. Contro l'introduzione dell'effetto sospensivo troviamo importanti interessi pubblici, segnatamente considerazioni di ordine pratico. Se un ricorso beneficiasse automaticamente dell'effetto sospensivo e la conclusione del contratto venisse differita fino al momento della decisione, vi sarebbe il pericolo di ritardi e di considerevoli costi supplementari per l'acquisto. [...] Pertanto, nella presente legge si rinuncia a riconoscere automaticamente al ricorso l'effetto sospensivo»³.

² RS 172.056.1

³ FF 1994 IV 1165

Per quanto concerne la prassi del *Tribunale amministrativo federale*, si distinguono tre periodi⁴:

- in un primo tempo, il Tribunale ha ripreso la prassi della Commissione di ricorso allora competente per i ricorsi in materia di acquisti pubblici, la quale accoglieva sistematicamente le domande di concessione dell'effetto sospensivo;
- in una seconda tempo, il Tribunale amministrativo federale ha avvicinato la sua prassi a quella del Tribunale federale;
- in una decisione presa alla fine del 2007 in merito a un acquisto per la NFTA, il Tribunale amministrativo federale si è allineato per la prima volta all'interpretazione del Tribunale federale, secondo cui nel diritto relativo agli acquisti pubblici il legislatore non si è discostato dal diritto amministrativo generale per puro caso, bensì volutamente, per attribuire un valore preponderante all'interesse pubblico a un'esecuzione per quanto possibile rapida della decisione d'aggiudicazione. Nel caso in questione (Decisione B-5838/2007, consultabile su www.bundesverwaltungsgericht.ch), il Tribunale è dunque giunto alla seguente conclusione: «Ainsi donc, force est de constater que l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication, dont le report pourrait entraîner des frais importants l'emporte sur l'intérêt privé du recourant dont les chances de succès du recours apparaissent aléatoires.»

1.1.2 Importanza pratica della decisione sull'effetto sospensivo dei ricorsi in materia di acquisti pubblici

Se un ricorso contro una decisione di aggiudicazione *non ha* effetto sospensivo, l'autorità competente per l'aggiudicazione può concludere il contratto con l'offerente che ha ottenuto l'appalto. Qualora, in un secondo tempo, il tribunale dichiara fondato il ricorso, il ricorrente non ottiene che il contratto già concluso sia sciolto e che si proceda a una nuova valutazione delle offerte. Gli viene semplicemente riconosciuta una pretesa di risarcimento nei confronti della Confederazione per le spese sostenute in ragione della partecipazione alla procedura di aggiudicazione (art. 32 segg. LAPub).

Se, invece, il ricorso ha effetto sospensivo, l'autorità non è autorizzata a concludere un contratto finché il tribunale:

- ha ritenuto il ricorso infondato; o
- ha revocato al ricorso l'effetto sospensivo nel corso della procedura; la revoca avviene mediante decisione incidentale impugnabile separatamente (art. 32 segg. LAPub; art. 46 della legge federale del 20 dicembre 1986⁵ sulla procedura amministrativa [PA]).

Se infine il tribunale accoglie il ricorso dotato di effetto sospensivo, di regola l'autorità competente per l'aggiudicazione deve procedere a una nuova valutazione

⁴ Jacques Dubey, *La pratique judiciaire depuis 2006*; in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (ed.), *Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés Publics 2008*, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2008.

⁵ RS 172.021

delle offerte pervenute (almeno in parte) e prendere una nuova decisione. La nuova decisione può essere a sua volta impugnata con tutte le opzioni citate.

Generalmente, l'offerente scartato che fa ricorso contro una decisione di aggiudicazione non si accontenta di ricevere un risarcimento delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Il suo scopo primario è quello di vedersi aggiudicato il lavoro, o perlomeno di ottenere una seconda possibilità. Tale obiettivo può essere raggiunto – come illustrato – soltanto se il ricorso impedisce all'autorità di concludere un contratto con la ditta cui è stato aggiudicato l'appalto, quindi se il tribunale accorda l'effetto sospensivo al ricorso. In effetti capita spesso, nell'ambito degli acquisti pubblici, che il ricorrente interrompa di sua iniziativa la procedura quando al suo ricorso non è stato accordato l'effetto sospensivo.

1.1.3 Problemi legati all'attuale disciplinamento

Il seguente resoconto dello svolgimento di due procedure di aggiudicazione relative alla galleria di base del San Gottardo illustra come in materia di appalti pubblici, nonostante viga una procedura più severa rispetto alla «procedura amministrativa ordinaria», l'obiettivo della promozione di un impiego economico dei fondi pubblici spesso non possa essere raggiunto e come, segnatamente nell'ambito di grandi progetti, non solo non sia possibile risparmiare bensì risultino addirittura notevoli oneri supplementari.

Esempio 1: lotto della galleria di Erstfeld⁶

- maggio 2004: l'AlpTransit Gottardo SA (ATG) pubblica il bando per l'aggiudicazione dei lavori di costruzione della galleria di Erstfeld. Il volume della commessa è di circa 413 milioni di franchi (IVA esclusa);
- agosto 2005: l'ATG aggiudica l'appalto all'offerente A;
- settembre 2005: l'offerente B impugna la decisione di aggiudicazione dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici e chiede di accordare al ricorso l'effetto sospensivo. Il tribunale accorda l'effetto sospensivo a titolo superprovvisionale;
- novembre 2005: la Commissione di ricorso accoglie la domanda di concessione dell'effetto sospensivo;
- febbraio 2006: la Commissione di ricorso accoglie il ricorso, annulla la decisione di aggiudicazione e rinvia l'incanto all'ATG per una nuova valutazione;
- maggio 2006: l'ATG aggiudica nuovamente l'appalto all'offerente A. L'offerente B impugna anche questa decisione dinanzi alla Commissione di ricorso e chiede nuovamente che sia accordato l'effetto sospensivo. La Commissione di ricorso accorda al ricorso l'effetto sospensivo;

⁶ «Rapporto della Delegazione di vigilanza della NFTA delle Camere federali in merito alle indagini del suo gruppo di lavoro sulle critiche formulate in relazione all'aggiudicazione del lotto 151 (Erstfeld) da parte dell'AlpTransit San Gottardo SA» del 19 marzo 2007, FF 2007 3313.

- settembre 2006: la Commissione di ricorso accoglie parzialmente il ricorso, annulla la decisione di aggiudicazione e rinvia l'incanto all'ATG per una nuova valutazione;
- ottobre 2006: la Delegazione di vigilanza della NFTA prende atto del fatto che il Consiglio federale non dispone degli strumenti giuridici per accelerare la procedura di aggiudicazione di questo lotto. Raccomanda al capo del DATEC di tentare una mediazione tra l'offerente A e l'offerente B. Il capo del DATEC invita le due parti a un colloquio;
- febbraio 2007: l'ATG aggiudica il lotto all'offerente A per la terza volta. Questa terza decisione di aggiudicazione non è impugnata: l'ATG può dunque concludere il contratto con l'offerente A;
- aprile 2007: inizio dei lavori di costruzione della galleria di Erstfeld.

Nel giugno 2006, l'ATG aveva valutato in 24,5 milioni di franchi il danno causato dal ritardo dovuto alla procedura, stimando che ogni mese supplementare avrebbe provocato costi supplementari per 3,5 milioni di franchi⁷. L'Ufficio federale dei trasporti aveva allora esaminato e ritenuto corrette tali stime: ogni giorno di ritardo nella procedura ha causato costi supplementari pari a 100 000 franchi. La procedura in esame, durata dall'agosto 2005 al febbraio 2007, ha dunque aumentato il costo del progetto di circa 50 milioni di franchi.

Esempio 2: lotto concernente la posa delle installazioni di tecnica ferroviaria nella galleria di base del San Gottardo

- il volume di questa commessa ammonta a quasi 1,7 miliardi di franchi;
- la decisione di aggiudicazione del 4 maggio 2007 è impugnata mediante ricorso al Tribunale amministrativo federale da un offerente scartato. Il ricorrente chiede contemporaneamente al Tribunale di accordare l'effetto sospensivo al suo ricorso;
- il 27 novembre 2007 – sei mesi abbondanti dopo la presentazione del ricorso – il tribunale respinge la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo;
- nel dicembre 2007, l'ATG e il ricorrente raggiungono il seguente accordo:
 - il ricorrente ritira il suo ricorso;
 - l'ATG versa al ricorrente un importo unico di 1 milione di franchi.

Nel novembre 2007, l'ATG stimava che ogni mese di ritardo nell'aggiudicazione definitiva dell'appalto avrebbe causato costi supplementari pari a 10 milioni di franchi. Secondo l'ATG, il ritiro del ricorso avrebbe consentito di evitare costi supplementari di diverse centinaia di milioni di franchi⁸.

Esempio 3: acquisto di un nuovo sistema informatico per l'Amministrazione federale delle finanze

Il Tribunale federale era chiamato a giudicare se l'autorità di prima istanza aveva rifiutato a ragione l'effetto sospensivo a un ricorso contro una decisione di aggiudicazione, con il quale si chiedeva la pubblicazione di un nuovo bando di concorso.

⁷ Rapporto n. 53 di Alp Transit Gottardo del 16 giugno 2006 a destinazione dell'Ufficio federale dei trasporti.

⁸ Comunicato stampa di AlpTransit Gottardo SA del 7 dicembre 2007.

L'autorità di prima istanza aveva ripreso nelle sue motivazioni la stima dell'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica secondo cui un nuovo bando di gara avrebbe causato costi supplementari da 150 a 200 milioni di franchi all'anno. Il Tribunale federale ha confermato la decisione dell'autorità di prima istanza (DTF 134 II 192; consid. 2.1 *in fine*).

1.1.4 Necessità di rivedere la legge

Come illustrato in precedenza (n. 1.1.2 e 1.1.3), nell'ambito degli acquisti pubblici l'interesse dei ricorrenti di disporre di rimedi giuridici quanto più estesi – e dunque anche di ottenere l'effetto sospensivo di un ricorso – si scontra con l'interesse della collettività di realizzare opere pubbliche in tempi quanto più brevi e secondo il principio dell'economicità.

La ponderazione di questi interessi contrastanti comporta un giudizio sui valori in gioco. La legge sugli acquisti pubblici vigente affida tale decisione interamente ai tribunali. Li incarica di statuire su domande di conferimento dell'effetto sospensivo senza indicare loro né criteri concreti né un principio orientativo generale, sebbene lo scopo dichiarato della procedura di aggiudicazione sia di evitare costi supplementari o addirittura di risparmiare sui costi. Si pensava di poter accelerare notevolmente la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici negando semplicemente l'attribuzione automatica dell'effetto sospensivo al ricorso.

Le spiegazioni che precedono illustrano tuttavia gli inconvenienti di questa delega in bianco ai tribunali di importanti decisioni sui valori prioritari:

- è possibile che due diverse autorità di ricorso (o la stessa autorità in tempi diversi) ponderino gli interessi in modo completamente diverso. Viene dunque mancato un importante obiettivo della giurisprudenza, ossia quello di favorire la certezza del diritto;
- il legislatore rischia però soprattutto che la prassi giudiziaria evolva in un senso che non corrisponde alla sua volontà e che gli acquisti subiscano importanti ritardi.

Riteniamo che l'applicazione pratica delle disposizioni relative all'effetto sospensivo dei ricorsi contro le decisioni di aggiudicazione abbia portato a simili risultati. Siamo convinti che non fosse volontà del legislatore attribuire alla garanzia di rimedi giuridici in materia di acquisti pubblici un'importanza maggiore rispetto all'interesse di portare a termine in tempi ragionevoli e secondo i principi dell'economicità opere pubbliche quali la NFTA, utili a tutto il Paese,.

Questo inconveniente è stato riconosciuto anche dalla Delegazione di vigilanza della NFTA (DVN) delle Camere federali, che ha avvertito l'esigenza di formulare la seguente raccomandazione: «La DVN raccomanda al DFF di esaminare come si potrebbe rendere più restrittivo l'utilizzo dell'effetto sospensivo nei ricorsi in materia di appalti. Occorre che la disposizione di legge permetta all'autorità di ricorso di conferire l'effetto sospensivo soltanto se gli interessi del ricorrente non si oppongono a interessi pubblici preponderanti. La DVN è dell'avviso che ciò sia il caso in

particolare quando il ricorso provoca costi elevati o ritardi per il committente o mette in pericolo la sicurezza pubblica.»⁹

L'attuale disciplinamento della procedura in materia di acquisti pubblici presenta dunque lacune evidenti. L'obiettivo del legislatore di garantire acquisti pubblici in base all'offerta economicamente più vantaggiosa non ha potuto essere raggiunto a causa dell'inversione, in materia di effetto sospensivo, del rapporto tra regola e eccezioni. È quindi compito del legislatore impostare la procedura in modo da realizzare l'obiettivo di un impiego economico dei fondi pubblici.

1.2 Soluzioni analizzate

1.2.1 Esigenze in materia di rimedi giuridici

«Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria» (art. 29a della Costituzione federale; Cost.¹⁰). Questa disposizione costituzionale garantisce che gli offerenti che non hanno ottenuto un appalto possano adire almeno *un* tribunale, che provvederà a esaminare liberamente in fatto e in diritto le questioni giuridiche¹¹. Anche se la Costituzione federale autorizza il legislatore a prevedere eccezioni a questa *garanzia della via giudiziaria*, il legislatore finora non ne ha mai fatto uso nel settore degli acquisti pubblici.

Riteniamo che nel settore degli acquisti pubblici non vi siano tuttora validi motivi per rinunciare completamente ai rimedi giuridici. Un tale modo di procedere sarebbe altresì contrario alle prescrizioni dell'Accordo del 15 aprile 1994¹² sugli appalti pubblici (Accordo OMC sugli appalti pubblici; AAP), al quale la Svizzera ha aderito. Tale Accordo esige dagli Stati parte procedure di ricorso rapide, trasparenti, efficaci e non discriminatorie (art. XX n. 2 AAP). Gli Stati parte devono inoltre prevedere provvedimenti cautelari rapidi, intesi a garantire all'offerente la possibilità di partecipare alla procedura di aggiudicazione. L'AAP delega al diritto nazionale la competenza di stabilire quali autorità devono garantire i rimedi giuridici, come dev'essere impostata la procedura di attribuzione dell'effetto sospensivo, come pure la competenza di determinare quali interessi devono essere presi in considerazione all'atto della concessione o del rifiuto dell'effetto sospensivo (art. XX n. 7 AAP).

Riassumendo, il legislatore è tenuto a:

- prevedere almeno *una* autorità incaricata di statuire sui ricorsi contro le decisioni di aggiudicazione che esamini liberamente le questioni in fatto e in diritto;
- determinare se il ricorso contro una decisione di aggiudicazione debba avere effetto sospensivo e quali interessi devono essere presi in considerazione all'atto di decidere se accordare o rifiutare l'effetto sospensivo.

⁹ FF **2007** 3338

¹⁰ RS **101**

¹¹ Kälin/Kiener, Grundrechte, Berna 2007, pag. 434; Andreas Kley, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (ed.): Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2^a ed. 2008, nota 15 all'art. 29a Cost., con riferimenti.

¹² RS **0.632.231.422**

1.2.2 Proposte di soluzione

Nell'ambito del diritto amministrativo generale, il ricorso ha per principio effetto sospensivo. Tuttavia, l'autorità che pronuncia la decisione, o successivamente l'istanza di ricorso, può revocare l'effetto sospensivo.

Per quanto concerne le condizioni per la revoca dell'effetto sospensivo *nell'ambito del diritto amministrativo generale* esiste una copiosa giurisprudenza, il cui contenuto può essere riassunto come segue¹³:

- la revoca dell'effetto sospensivo entra in considerazione soltanto se altrimenti ne risulterebbe un grave svantaggio;
- la revoca dell'effetto sospensivo deve inoltre essere proporzionata allo scopo. A tal fine, occorre ponderare l'interesse alla revoca dell'effetto sospensivo e gli eventuali interessi contrapposti. In questo processo rientrano anche le prospettive sull'esito del procedimento, purché la loro valutazione consenta di ottenere un risultato chiaro.

Nella legislazione vigente in materia di acquisti pubblici, per contro, il ricorso all'autorità di prima istanza non ha automaticamente effetto sospensivo. Il tribunale può tuttavia accordare successivamente, su richiesta del ricorrente, l'effetto sospensivo a un ricorso. Le decisioni in merito alle domande di concessione dell'effetto sospensivo si fondano sempre su una ponderazione di interessi contrastanti.

Come illustrato in precedenza, la prassi ha finora dimostrato che è irrilevante se l'effetto sospensivo sia considerato la regola o l'eccezione. Il fattore determinante è piuttosto la ponderazione degli interessi (rimedi giuridici o interessi economici in ragione dei ritardi) da parte dei tribunali. Se intende realmente influire su questo aspetto, il legislatore deve ponderare esso stesso questi interessi e decidere se il ricorso debba avere sempre o mai l'effetto sospensivo, o perlomeno impartire ai tribunali indicazioni precise su come ponderare gli interessi contrastanti. A tale scopo, il legislatore potrebbe prevedere norme uniformi per tutti i casi di ricorso in materia di acquisti pubblici o elaborare norme speciali per determinati acquisti. Il legislatore ha un ampio margine di manovra in tal senso.

1.3 Il nuovo disciplinamento proposto

Come illustrato in precedenza, l'effetto sospensivo di un ricorso, ostacolando la conclusione del contratto con l'aggiudicatario e dunque l'effettuazione dell'acquisto, causa notevoli costi supplementari dovuti al ritardo.

La negazione dell'effetto sospensivo, per contro, comporta che i rimedi giuridici si limitino a un risarcimento che rimborsa al massimo le spese sostenute per la procedura di aggiudicazione. In questi casi, tuttavia, è impossibile ottenere l'appalto in seguito al ricorso.

Le conseguenze della mancata attribuzione dell'effetto sospensivo sono quindi molto pesanti. Non può dunque entrare in considerazione un diniego sistematico dell'effetto sospensivo nelle questioni concernenti gli acquisti pubblici. In linea di

¹³ Alfred Kölz/Isabelle Häner: *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, (2a ed.), Zurigo 1998, n. marg. 650.

massima, è opportuno procedere caso per caso alla ponderazione degli interessi. Come esposto sopra, per la ponderazione degli interessi è irrilevante se il ricorso ottiene per principio effetto sospensivo o no. Non sussistono dunque motivi per derogare alla norma vigente negli altri settori del diritto amministrativo. Tale norma può dunque di principio essere applicata tale e quale anche ai ricorsi in materia di acquisti pubblici. Sarà così possibile di regola svolgere in prima istanza anche nel settore degli acquisti pubblici una normale procedura amministrativa – ma limitata a una sola istanza.

Nell'ambito di tale nuovo disciplinamento generale, più aperto, occorre tuttavia prevedere eccezioni in casi ben precisi in cui la ponderazione degli interessi deve comunque concludersi con un rifiuto dell'effetto sospensivo. Questi casi non devono sottostare al potere d'apprezzamento del Tribunale amministrativo federale, ma devono essere definiti dal legislatore.

La modifica legislativa prevede dunque che il ricorso non abbia effetto sospensivo se l'interesse del Paese o di una sua grande parte richiede che un'opera pubblica venga costruita o che un compito della Confederazione sia adempiuto entro una scadenza che non permette di rinviare la conclusione del contratto. In tali casi, nemmeno l'autorità di ricorso è autorizzata ad accordare l'effetto sospensivo.

Per quanto concerne le eccezioni di cui sopra, si tratta di casi in cui l'interesse pubblico a una rapida aggiudicazione dev'essere preponderante al punto da giustificare che i rimedi giuridici si limitino all'accertamento dell'illiceità e al risarcimento dei danni. Questo modo di procedere è sostenibile poiché il diritto in materia di acquisti pubblici è un settore particolare, nel senso che lo Stato stesso si ritrova molto limitato nella sua libertà di scelta delle parti contraenti e i fornitori e le imprese di costruzione si trovano in una posizione comunque migliore rispetto a quanto avviene nell'economia privata, poiché lo Stato è tenuto a garantire un'equa selezione. È dunque senz'altro giustificato garantire, per determinati acquisti fondamentali per il Paese, che la durata della procedura di aggiudicazione non abbia eccessive ripercussioni negative. In questi casi l'effetto sospensivo dei ricorsi dev'essere escluso per legge.

Da un punto di vista politico-democratico, sarebbe ideale se la legge elencasse in modo esaustivo gli acquisti per i quali l'effetto sospensivo dev'essere escluso a priori. Un siffatto elenco potrebbe tuttavia contenere soltanto gli acquisti conosciuti o prevedibili al momento in cui viene allestito. Al fine di poter tenere il passo con questa dinamica, l'elenco dovrà poter essere adeguato rapidamente. Proponiamo pertanto che il legislatore descriva in senso generale le condizioni in cui l'effetto sospensivo è escluso e autorizzi il Consiglio federale ad allestire e aggiornare un siffatto elenco mediante un'ordinanza (cfr. n. 2.1, spiegazioni relative all'art. 28 cpv. 4 LAPub).

1.4

Risultati della procedura di consultazione

La revisione qui proposta dell'articolo 28 LAPub era contenuta nell'avamprogetto di revisione totale della LAPub messo in consultazione. La versione allora proposta corrispondeva letteralmente alla versione attuale, soltanto il numero di articolo era diverso (art. 74).

Come prevedibile, i risultati della consultazione sono discordanti. Mentre le autorità di aggiudicazione sono sostanzialmente favorevoli alla modifica, pur ritenendo che si potrebbero estendere i casi di esclusione, le organizzazioni che rappresentano potenziali offerenti sono contrarie alla restrizione dei rimedi giuridici. Queste ultime apprezzano tuttavia il fatto che al ricorso verrebbe accordato per principio l'effetto sospensivo. Gli altri partecipanti alla consultazione hanno in gran parte mostrato comprensione per determinate restrizioni dell'effetto sospensivo nei casi di una certa entità.

2 Spiegazioni dei singoli articoli

Ingresso

Come molte altre leggi federali, anche la LAPub vigente fa riferimento nel suo ingresso alla pertinente disposizione della *vecchia* Costituzione federale (qui: art. 85 n. 1 vCost.). Il Consiglio federale sfrutta perciò l'occasione di revisioni parziali dei testi di legge per adeguarne l'ingresso alla Costituzione *attuale*. La LAPub è inoltre l'atto esecutivo di numerosi trattati internazionali; anche per questa ragione l'ingresso deve essere adeguato allo stato attuale.

Art. 28 Effetto sospensivo

Cpv. 1

Il *capoverso 1* è inteso a disciplinare l'effetto sospensivo in materia di diritto degli acquisti pubblici *in linea di principio* come negli altri settori del diritto amministrativo della Confederazione. A livello di tecnica legislativa questo obiettivo è raggiunto mediante un *rimando* alla legge sulla procedura amministrativa (PA). In questo modo sarà sempre possibile, sulla base di una ponderazione concreta degli interessi, rifiutare nei singoli casi l'effetto sospensivo di un ricorso.

Nel settore degli acquisti pubblici, le circostanze seguenti possono giustificare la revoca dell'effetto sospensivo:

- l'acquisto è urgente (ad es. lavori di sgombero e di rimessa in stato per ripristinare un collegamento stradale o ferroviario importante dopo una caduta di massi);
- il differimento dell'acquisto genererebbe costi supplementari sproporzionati (ad es. il danno dovuto al ritardo sarebbe superiore alla differenza tra l'offerta meno cara e l'offerta più cara).

Cpv. 2 e 3

Il *capoverso 2* prevede un'eccezione al disciplinamento generale della PA secondo cui il ricorso davanti al Tribunale amministrativo federale comporta in linea di principio l'effetto sospensivo. Tale eccezione si applica quando:

- esiste un *interesse generale qualificato* all'acquisto;
- l'acquisto è legato a una *scadenza* che non potrebbe essere rispettata se il ricorso avesse effetto sospensivo. La scadenza può risultare sia da un atto legislativo o da una decisione delle Camere federali o del Consiglio federale,

sia da una situazione concreta (p. es. aspetti relativi alla sicurezza o imperativi politici); o

- il rinvio della conclusione del contratto comporterebbe *costi supplementari* sproporzionati.

Nella sua decisione, l'autorità che la pronuncia deve precisare se il caso rientra sotto l'articolo 28 capoverso 2 LAPub. Tale è sempre il caso se si tratta di un'opera pubblica o di un compito della Confederazione previsti nell'ordinanza secondo il capoverso 4. La condizione può ritenersi parimenti adempita se l'opera o il compito non figurano ancora nell'ordinanza ma l'autorità che decide ritiene che le condizioni materiali dell'articolo 28 capoverso 2 LAPub siano comunque soddisfatte.

Le conseguenze giuridiche di una simile eccezione ordinata dall'autorità di aggiudicazione differiscono dal disciplinamento generale della PA nei seguenti punti:

- il ricorso non ha effetto sospensivo;
- se il ricorrente chiede all'autorità di ricorso di pronunciare l'effetto sospensivo, il tribunale non procede a una ponderazione degli interessi, ma al massimo verifica se esistono i presupposti di cui al capoverso 2 che giustificano una simile eccezione. Se i presupposti sono soddisfatti, il tribunale respinge la domanda di conferimento dell'effetto sospensivo. Altrimenti esso procede a una ponderazione degli interessi per ogni singolo caso;
- se i presupposti di cui al capoverso 2 sono adempiti, il tribunale non può ordinare altri provvedimenti cautelari suscettibili di differire la conclusione del contratto.

Per ragioni di completezza, è opportuno menzionare che l'autorità di aggiudicazione è chiaramente autorizzata a revocare l'effetto sospensivo a un eventuale ricorso in tutti i casi non contemplati nel capoverso 2. In tali casi l'autorità di aggiudicazione deve attenersi alle normali regole dell'articolo 55 PA.

Per gli acquisti secondo il capoverso 2, l'autorità di aggiudicazione è autorizzata a concludere il contratto malgrado sia pendente un ricorso. Se il ricorso è accolto, il ricorrente non ottiene lo scioglimento del contratto già concluso. Il ricorrente avrà tuttavia diritto al risarcimento delle spese legate alla procedura di acquisto (art. 33 segg. LAPub).

Cpv. 4

Secondo il capoverso 2 l'eccezione presuppone l'esistenza di un acquisto nell'«interesse del Paese o di una sua grande parte». Questa formulazione è inevitabilmente astratta e richiede di conseguenza un'interpretazione particolare. Al fine di garantire la certezza del diritto ed evitare che ogni caso sia oggetto di una controversia giuridica, il *capoverso 4* prevede che il Consiglio federale definisca mediante ordinanza una lista delle opere pubbliche e dei compiti della Confederazione per i quali non è possibile rinviare la conclusione del contratto e ai quali si applica dunque il capoverso 2.

Se un acquisto controverso serve un progetto che figura su tale lista, il ricorso non ha effetto sospensivo. In tal caso, il tribunale adito deve solo esaminare se si tratta effettivamente di un progetto elencato nella lista dell'ordinanza. Fino alla conclusione di tale procedura, il ricorso non beneficia dell'effetto sospensivo. Lo stesso vale se, nel caso di una procedura concreta di aggiudicazione, il ricorso contesta la legalità dell'ordinanza. L'effetto sospensivo non può essere accordato a tale ricorso

durante tutta la procedura (cpv. 3). Soltanto una sentenza passata in giudicato può invalidare una disposizione precisa dell'ordinanza del Consiglio federale.

L'elenco seguente espone *tutti i casi attualmente conosciuti* che, secondo il nostro Consiglio, devono figurare nella lista:

- acquisti per la realizzazione della NFTA e progetti di costruzione secondo la legge federale del 20 marzo 2009¹⁴ sullo sviluppo futuro dell'infrastruttura ferroviaria (LSIF);
- acquisti per l'eliminazione di insufficienze di capacità nella rete stradale nazionale;
- acquisti per il ripristino del funzionamento della rete stradale nazionale o della rete ferroviaria svizzera in seguito a danni causati da eventi naturali (alluvioni, terremoti o caduta di massi) o a difetti di costruzione;
- acquisti per la protezione contro le piene di Reno, Rodano, Aare e Linth, nella misura in cui la Confederazione partecipa al loro finanziamento;
- acquisti nell'interesse della politica nazionale in materia di sicurezza e armamento.

La lista del Consiglio federale può altresì includere acquisti aggiudicati senza bando di concorso. L'aggiudicazione diretta è autorizzata se, a causa di un evento imprevedibile, un acquisto è divenuto a tal punto urgente da non permettere nessuna procedura libera o selettiva (art. 13 cpv. 1 lett. d dell'ordinanza dell'11 dicembre 1995¹⁵ sugli acquisti pubblici [OAPub]).

Art. 37 Disposizione transitoria

Il nostro Consiglio auspica che l'esclusione dell'effetto sospensivo concerna quanti più progetti d'importanza nazionale possibile. Per questa ragione proponiamo che il vecchio diritto si applichi soltanto se la decisione impugnata è stata pronunciata *prima* dell'entrata in vigore della legge proposta in questa sede. Si tiene così sufficientemente conto dell'imperativo della certezza del diritto, secondo il quale il diritto applicabile deve essere conosciuto previamente da tutti i partecipanti.

3 Ripercussioni

3.1 Confederazione

3.1.1 Ripercussioni finanziarie

La revisione prevista dell'articolo 28 LAPub è intesa a fare in modo che gli acquisti urgenti per compiti importanti della Confederazione non subiscano (più) ritardi dovuti a ricorsi e dunque – a seconda dei casi – nemmeno rincari massicci per la stessa ragione. Ne risulta uno sgravio per le finanze della Confederazione.

L'effetto di risparmio dipende dalle circostanze concrete. In caso di acquisti di grande entità, i costi supplementari dovuti ai ritardi determinati dalla procedura possono ammontare a diversi milioni di franchi al mese (cfr. n. 1.1.4). Per l'acquisto

¹⁴ RS 742.140.2

¹⁵ RS 172.056.11

di un nuovo sistema informatico per l'Amministrazione federale delle contribuzioni, il Tribunale federale era chiamato a giudicare se l'autorità di prima istanza aveva rifiutato a ragione di conferire l'effetto sospensivo a un ricorso contro una decisione di aggiudicazione con il quale si chiedeva la pubblicazione di un nuovo bando di gara. Il Tribunale ha confermato la decisione impugnata, che riprendeva nelle sue motivazioni la stima dell'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica secondo cui un nuovo bando di gara avrebbe causato costi supplementari per 150–200 milioni di franchi all'anno (DTF 134 II 192; consid. 2.1 *in fine*).

3.1.2 Ripercussioni sull'effettivo del personale

Il progetto ha due effetti contraddittori:

- per quanto riguarda gli acquisti per i quali il ricorso non potrà mai avere effetto sospensivo, il numero di ricorsi e l'onere di lavoro dei servizi d'acquisto presumibilmente diminuiranno. Anche la proposta di rinunciare a una seconda autorità di ricorso permetterà di sgravare le autorità di aggiudicazione e il Tribunale federale;
- per gli acquisti rimanenti, invece, il fatto che il ricorso comporta generalmente un effetto sospensivo potrebbe provocare un aumento dei ricorsi e di conseguenza un maggiore onere di lavoro per le autorità di aggiudicazione e i tribunali.

3.2 Cantoni e Comuni

La modifica suggerita riguardo al disciplinamento dell'effetto sospensivo concerne soltanto gli acquisti della Confederazione.

4 Rapporto con il programma di legislatura

Nel nostro messaggio del 23 gennaio 2008¹⁶ sul programma di legislatura 2007–2011 avevamo annunciato una revisione della LAPub come oggetto incluso nelle grandi linee e le Camere avevano accolto tale progetto nel loro decreto federale del 18 settembre 2008¹⁷ sul programma di legislatura 2007–2011. Condizionata da un ritardo nella revisione dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (AAP), con il quale la revisione totale della LAPub dev'essere armonizzata, la procedura di consultazione su questo oggetto è stata aperta soltanto nell'estate/autunno 2008. Dopo la valutazione dei pareri ricevuti e considerati gli ulteriori ritardi dovuti alla revisione dell'AAP, il 18 giugno 2009 il nostro Consiglio ha deciso di procedere nel modo seguente:

- i lavori relativi alla revisione totale vengono sospesi finché non saranno chiariti gli sviluppi futuri della revisione dell'AAP;

¹⁶ FF 2008 626 660

¹⁷ FF 2008 7469

- le modifiche qui proposte devono essere sottoposte Camere con un progetto separato;
- il DFF prepara una revisione dell'ordinanza relativa alla LAPub.

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità

La Costituzione federale non contiene alcuna norma specifica sugli *acquisti pubblici*. La competenza legislativa della Confederazione in ambito di acquisti pubblici si fonda su diversi articoli costituzionali:

- la competenza delle autorità federali e delle imprese pubbliche della Confederazione di emanare norme vincolanti risulta dalla *competenza organizzativa* (art. 164 cpv. 1 lett. g Cost.);
- su talune singole questioni in materia di acquisti esiste inoltre una competenza della Confederazione disciplinata esplicitamente nella Costituzione federale (p.es. art. 65 Cost. concernente la tenuta di una statistica nazionale degli acquisti).

Il disciplinamento dell'*effetto sospensivo* si fonda – come l'intera PA – anche sugli articoli 177 capoverso 3 e 187 capoverso 1 lettera d Cost. (cfr. ingresso della PA).

La competenza dell'Assemblea federale di modificare legge federali si fonda sull'articolo 173 capoverso 2 Cost.

5.2 Conformità con gli impegni internazionali della Svizzera

La Svizzera ha aderito all'AAP. Le esigenze che ne derivano in materia di disciplinamento dei rimedi giuridici nel settore degli acquisti sono illustrate nel numero 1.2.1. La revisione proposta risponde a tali criteri.

La Svizzera ha inoltre concluso con l'Unione europea l'Accordo del 21 giugno 1999¹⁸ tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici. Questo accordo bilaterale estende il campo di applicazione dell'AAP in Svizzera alle autorità e ai servizi pubblici di Distretti e Comuni. Inoltre gli acquisti nei settori del traffico ferroviario, delle telecomunicazioni, dell'approvvigionamento di gas e acqua, nonché gli acquisti delle imprese private nei settori dell'approvvigionamento di acqua, elettricità e trasporti sono assoggettati al suddetto Accordo (e dunque all'AAP). L'Accordo bilaterale non contiene nessuna disposizione che oltrepassi il quadro dell'AAP per quanto concerne il disciplinamento dei rimedi giuridici.

¹⁸ RS 0.172.052.68

5.3

Rapporto con il diritto europeo

Nel 2007 l'UE ha emanato una direttiva riguardante il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (2007/66/CE), che ha sostituito le due vecchie direttive (89/665/CEE e 92/13/CEE) in materia di rimedi giuridici. Il confronto dimostra che con la nuova direttiva i rimedi giuridici nell'UE risultano rafforzati:

- entrambe le precedenti direttive sulle procedure di ricorso erano in linea di principio conformi all'accordo bilaterale tra la Svizzera e l'UE, che prevede un effetto sospensivo. Esse contemplavano tuttavia (contrariamente all'accordo bilaterale ma conformemente all'AAP) diverse eccezioni, segnatamente il fatto che le autorità di aggiudicazione erano invitate o tenute a prendere in considerazione l'«interesse pubblico» al momento di prendere decisioni sui provvedimenti cautelari;
- la nuova direttiva obbliga le autorità di aggiudicazione a prevedere un termine di almeno 10 giorni tra l'aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto (il cosiddetto «termine sospensivo»). Durante questo periodo gli offerenti interessati possono chiedere il riesame ufficiale della procedura. Se è depositata una simile domanda, l'autorità di aggiudicazione non può concludere contratti durante l'intera procedura di riesame.

Nel settore degli acquisti pubblici la Svizzera non è vincolata da alcun atto normativo dell'UE.

5.4

Forma dell'atto normativo

Con il presente messaggio sottoponiamo alle vostre Camere la modifica di una *legge federale*. Conformemente all'articolo 141 capoverso 1 lettera a Cost., le leggi federali sottostanno a referendum facoltativo.

