

Scheda informativa

Trasferimento di compiti pubblici e rilascio di concessioni (art. 9 LAPub/CIAP)

Luglio 2021

Fase della procedura d'appalto: l'art. 9 LAPub/CIAP estende la nozione di commesse pubbliche assoggettate.

Sono espressamente assoggettati al diritto in materia di appalti pubblici: il trasferimento di compiti pubblici e il rilascio di concessioni, a condizione che così facendo venga conferito all'offerente un diritto esclusivo per adempiere ad un compito pubblico nell'interesse della collettività, ottenendo per questo una controprestazione. L'art. 9 LAPub/CIAP assoggetta tale incarico al **diritto in materia di appalti pubblici**, a condizione che nessuna legge speciale prevalga. L'adempimento di compiti pubblici e il rilascio di concessioni sottostanno quindi al pubblico concorso regolato dalla procedura di aggiudicazione secondo LAPub/CIAP.

Leggi speciali possono derogare, segnatamente escludendo il processo di selezione dal campo d'applicazione del diritto in materia di appalti pubblici (p. es. art. 3a LAEI, LTV). [Anche il diritto cantonale può prevedere eccezioni o riserve in tal senso nell'ambito di leggi speciali.](#)

Situazione: di che cosa si tratta?

L'art. 9 LAPub/CIAP estende il campo di applicazione del diritto in materia di appalti pubblici assoggettando non solo le commesse «classiche», ossia l'acquisto di beni e servizi da parte dell'Amministrazione, ma, in linea di principio, anche il trasferimento di compiti a un fornitore di prestazioni (privato) o il rilascio di una concessione per l'adempimento di un compito pubblico.

L'estensione del campo di applicazione del diritto in materia di appalti pubblici disciplinata dall'art. 9 LAPub/CIAP non è contemplata nel GPA. Il trasferimento di compiti pubblici e il rilascio di concessioni riguardano dunque fundamentalmente le commesse che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

I *valori soglia* si applicano per analogia al trasferimento di compiti pubblici e al rilascio di concessioni al fine di determinare la procedura di aggiudicazione applicabile. Così come per le altre commesse pubbliche, il tipo di commessa va determinato sulla base della prestazione caratteristica (prestazione edile, fornitura, prestazione di servizi); nel caso di commesse miste, determinante è la prestazione prevalente.

Trasferimento di un compito pubblico

Il caso tipo di trasferimento di un compito pubblico è il trasferimento di un compito ad un privato o ad un'organizzazione privata (mandatario), che fornisce i servizi al cittadino al posto o per conto dell'ente pubblico. Generalmente, ma non sempre, trattasi di offerte di servizio pubblico per l'erogazione delle quali l'ente pubblico o l'Amministrazione e il mandatario stipulano uno specifico *contratto di prestazione* (o «mandato di prestazione»).

Sono da osservare le seguenti condizioni generali:

- il trasferimento presuppone una base legale che disciplini l'adempimento in generale del compito da parte di privati, al fine di garantire una sufficiente tutela del pubblico interesse; l'art. 9 LAPub/CIAP non costituisce una base in tal senso;
- lo Stato deve *sorvegliare/controllare* l'attività svolta dai privati;
- è necessario garantire che i privati esercitino la loro attività nel rispetto della Costituzione, in particolare dei *diritti fondamentali*.

Esempi: offerte del trasporto pubblico (traffico urbano), servizi Spitex, gestione di una struttura ospedaliera che figura nell'elenco cantonale degli ospedali, costruzione e gestione di un'infrastruttura pubblica, consulenza in materia energetica).

Rimangono riservate le procedure di pubblicazione del concorso disciplinate da leggi speciali (cfr. in proposito anche di seguito).

Rilascio di una concessione

Sinora era assoggettato al diritto in materia di appalti pubblici unicamente il rilascio di concessioni con le quali veniva *adempito un compito pubblico* (DTF 144 II 177 consid. 1.3.2). Ciò continua a valere sulla base dell'art. 9 LAPub/CIAP, anche se dal tenore del testo si potrebbe dedurre che ai fini dell'assoggettamento al diritto in materia di appalti pubblici sia sufficiente un mero interesse pubblico per il rilascio della concessione. Decisivo è che il privato adempia un compito pubblico:

- al mandatario privato sono conferiti diritti particolari ed esclusivi, *fundamentalmente riservati allo Stato* e che in precedenza non spettavano a privati (carattere di monopolio). Il mandatario può realizzare i diritti a lui aggiudicati contro un compenso pecuniario (p. es. tasse agli utenti).

- l'ambito delegato è correlato ad un *compito pubblico*. Concessioni non correlate all'adempimento di un compito pubblico (p. es. concessioni per uso particolare in rapporto con l'uso del suolo pubblico tra cui: stand di mercato, superfici pubblicitarie ecc.) **non** rientrano nella fattispecie di cui all'art. 9 LAPub/CIAP, ma eventualmente nell'art. 2 cpv. 7 LMI. Sono tuttavia possibili forme miste, che potrebbero comunque soggiacere al diritto in materia di appalti pubblici (cfr. per esempio un sistema di noleggio biciclette di una città).
- con il rilascio della concessione il mandatario ottiene generalmente una *posizione esclusiva* nei confronti dei concorrenti (esclusività, stato di monopolio).

Esempi: costruzione e/o gestione di un parcheggio pubblico, smaltimento di determinati rifiuti, tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, compiti di assistenza in ambito sanitario e sociale, costituzione e gestione di un sistema di noleggio di biciclette cittadino (almeno nella misura in cui l'ente pubblico ha definito il corrispondente compito pubblico, come ad es. la promozione della mobilità lenta, e non mette solo a disposizione il suolo pubblico).

Schema di verifica

Per verificare se la fattispecie rientra nell'art. 9 LAPub/CIAP (concessione o trasferimento di compiti) può essere utile il seguente schema:

1) Trasferimento della responsabilità per l'adempimento di un compito pubblico (sulla base della legge pertinente)

È innanzitutto necessaria una *base giuridica*, in virtù della quale l'Amministrazione ha facoltà di trasferire ai privati la *responsabilità dell'adempimento* di uno specifico compito pubblico. Dalla legge speciale deve risultare che, con il trasferimento del compito pubblico, vengono conferiti anche i diritti (esclusivi) necessari all'adempimento della responsabilità. L'art. 9 LAPub/CIAP non costituisce una base giuridica nel succitato senso, bensì disciplina soltanto la *modalità* e la procedura di selezione di un mandatario nella misura in cui definisce che il trasferimento del compito o la concessione deve avvenire nel quadro di una procedura di aggiudicazione. **Importante**: anche il rilascio di concessioni e il trasferimento di compiti pubblici effettuati (indebitamente) senza una base giuridica speciale possono rientrare nell'ambito di applicazione del diritto in materia di appalti pubblici conformemente all'art. 9 LAPub/CIAP.

2) Adempimento dei diritti conferiti nel pubblico interesse

I mandatari esercitano una funzione statale, di conseguenza devono operare in primo luogo *nel pubblico interesse*. I mandatari possono tuttavia perseguire anche interessi commerciali, così la loro attività viene finanziata nell'interesse pubblico.

3) Retribuzione, indennità diretta o indiretta

La *controprestazione* può consistere anche nel semplice conferimento del diritto (esclusivo) d'utilizzo, sicché terzi, per esempio gli utenti dell'impianto, e non l'ente pubblico indennizzano il mandatario (retribuzione indiretta). L'indennizzo del mandatario può essere costituito anche da indennità finanziarie ai sensi della legislazione sui sussidi.

4) Eccezioni

Le *eccezioni generali al campo di applicazione secondo l'art. 10 LAPub/CIAP* (elenco delle eccezioni secondo il capoverso 1, monopoli e commesse all'interno della sfera statale secondo il capoverso 2/capoverso 3, ulteriori eccezioni secondo il capoverso 3/capoverso 4) devono essere osservate per tutte le commesse pubbliche, quindi anche nel caso di trasferimento di compiti pubblici e di rilascio di concessioni.

Riserva della legge speciale e della legge sul mercato interno

Leggi speciali della Confederazione e dei Cantoni possono contenere **disposizioni derogatorie**. Il trasferimento di compiti pubblici o il rilascio di concessioni può avvenire nel quadro di un'altra procedura propria secondo una legge speciale, sicché l'art. 9 LAPub/CIAP e il diritto in materia di appalti pubblici **non sono applicabili**.

Esempi nel diritto federale si trovano nel settore dell'approvvigionamento elettrico e idrico: art. 3a LAEI, art. 60 cpv. 3^{bis} e art. 62 cpv. 2^{bis} LUF. Anche il rilascio di una concessione per il trasporto viaggiatori secondo la LTV non rientra nelle disposizioni del diritto in materia di appalti pubblici. **A livello federale anche la legge sui sussidi (LSu) è considerata una legge speciale rispetto alla LAPub (con conseguenze sulla tutela giurisdizionale e sulla pubblicazione).**

Anche i Cantoni possono prevedere eccezioni in leggi speciali.

Esempio: un Cantone può applicare una procedura propria per il rilascio di una concessione per l'utilizzo del sottosuolo (estrazione di risorse naturali o simili), che sostituisce il diritto in materia di appalti pubblici. Questa disposizione derogatoria che definisce criteri diversi deve tuttavia essere concepita come una procedura trasparente e non discriminatoria.

Se il compito può essere eccezionalmente trasferito a privati, senza osservare il diritto in materia di

appalti pubblici, e per il compito si propongono più offerenti, la procedura di selezione deve avvenire comunque in modo *trasparente, oggettivo e imparziale*. Ciò si deriva dai principi generali dello stato di diritto (per il trasferimento di concessioni per monopoli, già così, per esempio, l'art. 2 cpv. 7 LMI). Inoltre, nella legge speciale devono ora essere disciplinate separatamente anche la forma giuridica del trasferimento (decisione o contratto di diritto pubblico), i requisiti per il trasferimento dei compiti e la tutela giurisdizionale.

Tutela giurisdizionale

Così come per gli altri appalti pubblici, la tutela giurisdizionale è retta sostanzialmente dall'art. 51 segg. LAPub/CIAP. A livello federale l'articolo 9 LAPub gode di una rilevanza limitata, siccome praticamente tutti i rilasci di concessioni da parte della Confederazione sono retti secondo leggi

speciali. Inoltre, l'art. 15b LSu costituisce una disposizione speciale di portata relativamente vasta: trova applicazione alla delega di compiti federali per i quali è concessa un'indennità e stabilisce disposizioni speciali per la pubblicazione della procedura di selezione e anche per la «decisione finale», inclusa la tutela giurisdizionale (art. 35 LSu). A livello dei Cantoni e dei Comuni si applica fondamentalmente la piena tutela giurisdizionale, in altri termini, il trasferimento del compito o il rilascio della concessione in questione può essere oggetto di esame per un giudice e, se necessario, può essere corretto.

Consulenza sul diritto in materia di appalti pubblici: Segreteria della DCPA/CAP o Centro di competenza per gli acquisti pubblici della Confederazione CCAP.