

Vergabe News | **43**

Progetti nel settore delle energie rinnovabili: Quando trova applicazione il diritto sugli appalti pubblici?

La Svizzera persegue obiettivi climatici ambiziosi: entro il 2030 le emissioni di gas serra dovranno infatti essere ridotte del 50% rispetto ai livelli del 1990, mentre, entro il 2050, Confederazione e Cantoni dovranno raggiungere l'obiettivo delle emissioni nette di gas serra pari a zero (cosiddetto "*Netto-Null*").

Una delle componenti essenziali di questa strategia è la riduzione delle emissioni di gas serra nel settore energetico e il conseguente potenziamento delle energie rinnovabili. Proprio per raggiungere questo obiettivo, sono attualmente in fase di progettazione e di realizzazione numerosi progetti che riguardano in particolare i settori dell'energia solare, dell'energia idroelettrica e del teleriscaldamento (calore a distanza).

Considerato il frequente coinvolgimento in questa tipologia di progetti degli enti pubblici – che possono partecipare in qualità di responsabili di progetto, oppure attraverso l'impiego di fondi pubblici – anche il tema legato all'applicabilità del diritto sugli appalti pubblici assume particolare rilevanza. I responsabili dei progetti si trovano infatti spesso confrontati con la domanda a sapere se e in che misura essi siano tenuti rispettare le disposizioni applicabili in materia di appalti pubblici.

Il presente contributo vuole offrire una panoramica del quadro normativo applicabile in materia di appalti pubblici e illustrare quali aspetti, da un punto di vista pratico, richiedono particolare attenzione.



RAMONA WYSS

MLaw, LL.M., Avvocato
Partner
Telefono +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com



ISABELL SCHELLHAS

Avvocato (associazione degli avvocati Kassel)
Associate
Telefono +41 58 658 55 51
isabell.schellhas@walderwyss.com



LUCA BELLONI

MLaw, Avvocato
Senior Associate
Telefono +41 58 658 44 35
luca.belloni@walderwyss.com

1. In quali casi i progetti nel settore delle energie rinnovabili sottostanno al diritto sugli appalti pubblici?

Il diritto sugli appalti pubblici trova applicazione quando:

- il committente rientra nel campo d'applicazione soggettivo del diritto sugli appalti pubblici; e
- le prestazioni oggetto dell'appalto rientrano nel campo d'applicazione oggettivo degli atti normativi applicabili[1].

Se entrambe queste condizioni sono adempiute, allora il progetto in questione risulta di principio assoggettato al diritto sugli appalti pubblici. Per i responsabili dei progetti è quindi essenziale verificare questi aspetti con il necessario anticipo e con la dovuta diligenza.

1.1. Campo d'applicazione soggettivo del diritto sugli appalti pubblici

All'interno del campo d'applicazione soggettivo del diritto sugli appalti pubblici non rientrano unicamente le autorità e gli enti di diritto pubblico, bensì anche le cosiddette imprese settoriali e gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali.[2] Il diritto sugli appalti pubblici trova inoltre applicazione – a livello soggettivo – anche a oggetti e prestazioni di servizio che sono sovvenzionati con fondi pubblici per oltre il 50% dei costi complessivi.[3]

a) Imprese settoriali

La condizione per un assoggettamento in qualità di impresa settoriale è innanzitutto lo svolgimento di un'attività rientrante in uno dei settori di cui all'art. 4 cpv. 2 CIAP 2019. Tra queste rientrano in particolare la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo della *produzione*, del trasporto o della distribuzione di energia elettrica, nonché l'approvvigionamento di queste reti.[4]

È inoltre necessario operare la seguente differenziazione: le imprese pubbliche sottostanno senza dubbio, a livello soggettivo, al diritto sugli appalti pubblici per quanto riguarda la loro attività nei citati settori. Sono considerate imprese pubbliche – indipendentemente dalla loro forma giuridica – tutte le imprese sulle quali le autorità dello Stato possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante in virtù di rapporti di proprietà, di una partecipazione finanziaria o delle disposizioni applicabili a tali imprese.[5] Di conseguenza, le imprese del settore energetico sono spesso considerate imprese pubbliche (settoriali) già solo in virtù della struttura di proprietà che le caratterizza oppure delle possibilità di influenza esistenti. Tuttavia, anche le imprese private non controllate dallo Stato possono essere qualificate come imprese settoriali. A questo scopo è però necessario che esse adempiano compiti pubblici e dispongano di diritti esclusivi o speciali, che conferiscano loro una posizione esclusiva dal punto di vista economico ("*ökonomische Exklusivstellung*"), escludendo in tal modo la concorrenza da parte di terzi. Non sono per contro sufficienti eventuali autorizzazioni di polizia oppure altre tipologie di autorizzazioni, nella misura in cui queste risultino essere accessibili, alle stesse condizioni, anche a potenziali concorrenti.[6]

Quali esempi di diritti esclusivi o speciali si possono citare le concessioni ai sensi della legislazione sulle acque oppure della legislazione sull'energia nucleare.[7] Questa tipologia di diritti può inoltre essere concessa anche per le reti di riscal-

1 A seguito della ratifica da parte della Confederazione dell'Accordo riveduto sugli appalti pubblici del WTO adottato nel 2012 (*Government Procurement Agreement* risp. GPA), la Confederazione e i Cantoni hanno sottoposto il proprio diritto sugli appalti pubblici a una revisione totale e lo hanno ampiamente armonizzato. Questi obblighi derivanti dai trattati internazionali vengono implementati, a livello federale, attraverso la Legge federale sugli appalti pubblici del 21 giugno 2019 (LAPub) mentre, a livello cantonale, attraverso il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 15 novembre 2019 (CIAP 2019).

2 Ritenuto che gli enti preposti a compiti cantonali e comunali nell'ambito di progetti nel settore delle energie rinnovabili rappresentano un fenomeno marginale, il presente contributo non approfondirà ulteriormente questo argomento.

3 Vedi art. 4 cpv. 2 LAPub/CIAP 2019 e art. 4 cpv. 4 CIAP 2019.

4 Vedi art. 4 cpv. 2 lett. b e g LAPub/CIAP 2019.

5 Vedi art. 3 lett. b LAPub/CIAP 2019.

6 Vedi Daniel Zimmerli, in: Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, n. 37 ad art. 4.

7 Vedi Appendice I Allegato 3 cifra 2 GPA 2012.

damento (cosiddette "*Wärmeverbünde*"), mentre di norma non sussiste nel caso di progetti di produzione di energia elettrica da fonte eolica o solare. Anche in questo caso resta tuttavia riservato un eventuale assoggettamento basato su altre fattispecie, in particolare in caso di prestazioni di servizio o oggetti sovvenzionati in misura prevalente (a questo riguardo vedi il punto 1.1, lett. b).
Va inoltre precisato che, a differenza delle autorità dello Stato, i committenti settoriali sottostanno al diritto sugli appalti pubblici solo nella misura in cui in cui la specifica procedura di appalto serva la loro attività settoriale principale (cosiddetta "*Sektorenkerntätigkeit*").[8] Ciò risulta essere il caso quando l'appalto è necessario dal punto di vista funzionale (direttamente o indirettamente) per il corretto e adeguato svolgimento di tale attività principale.

b) Prestazioni di servizio e oggetti sovvenzionati in misura prevalente

Al di fuori dell'ambito di applicazione dei trattati internazionali[9], il campo d'applicazione soggettivo comprende anche gli oggetti e le prestazioni di servizio che sono sovvenzionati con *fondi* pubblici per oltre il 50% dei costi complessivi.[10] Ciò comporta un assoggettamento (parziale) diretto dell'entità interessata al diritto sugli appalti pubblici, anche se detta entità non risulterebbe altrimenti esservi assoggettata soggettivamente.

Con il termine fondi pubblici si intendono gli aiuti finanziari e le indennità che vengono erogati dal settore pubblico, nonché da organizzazioni appartenenti alla sfera pubblica. Il termine "fondi" va interpretato in maniera ampia: esso comprende qualsiasi vantaggio economico concesso al beneficiario della sovvenzione, indipendentemente dal fatto che si tratti di denaro, di beni o di prestazioni di servizio. Ad essere inoltre determinante è il grado di finanziamento del progetto, rispettivamente dell'incarico concreto. Finora non è stata chiarita in modo definitivo la questione a sapere se i sussidi della Confederazione comportino un assoggettamento basato sulla clausola relativa alle sovvenzioni contenuta nel CIAP 2019.[11]

Alla luce di quanto riportato, i progetti che sono finanziati per oltre il 50% da contributi di investimento statali sottostanno – quantomeno di principio – a livello soggettivo al diritto sugli appalti pubblici.

1.2. Campo d'applicazione oggettivo del diritto sugli appalti pubblici

Affinché il diritto sugli appalti pubblici risulti applicabile, è inoltre necessario che l'appalto pubblico in questione rientri nel campo d'applicazione oggettivo degli atti normativi applicabili. Ad essere comprese sono le prestazioni edili, le forniture e le prestazioni di servizi, nella misura in cui i valori soglia determinanti vengono superati. A seconda di questi valori soglia è anche possibile determinare il tipo di procedura di aggiudicazione applicabile al singolo appalto.[12] I valori soglia applicabili per le imprese settoriali e i progetti sovvenzionati in misura prevalente possono differire tra loro, in quanto i secondi risultano essere assoggettati al diritto sugli appalti pubblici unicamente al di fuori dell'ambito di applicazione dei trattati internazionali.

I valori soglia determinanti per l'applicabilità dei trattati internazionali agli appalti delle imprese settoriali variano a seconda del settore: nei settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti i valori soglia sono fissati a CHF 700'000 per le forniture e le prestazioni di servizio e a CHF 8'700'000 per le prestazioni edili. Nel settore dell'approvvigionamento termico e di gas valgono dei valori soglia di CHF 640'000 (forniture e prestazioni di servizio), rispettivamente CHF 8'000'000 (prestazioni edili). Qualora ci si dovesse trovare al di sopra di questi valori soglia, è necessario applicare la procedura di pubblico concorso[13] oppure la procedura selettiva[14].

Per determinare la procedura di aggiudicazione applicabile in caso di progetti sovvenzionati in misura prevalente e di appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali di imprese settoriali, si applicano le seguenti soglie: la procedura mediante invito[15] trova applicazione per forniture, prestazioni di servizio e prestazioni edili nel ramo accessorio a partire da un valore della commessa di CHF 150'000, mentre per le prestazioni edili nel ramo principale a partire da CHF 300'000. La procedura di pubblico concorso o la procedura selettiva devono essere applicate per forniture, prestazioni di servizio e prestazioni edili nel ramo accessorio a partire da CHF 250'000, nonché per le prestazioni edili nel ramo principale a partire da CHF 500'000.

Nell'ambito della progettazione, della realizzazione e della conduzione di progetti nel settore delle energie rinnovabili, si ricorre regolarmente a prestazioni edili, forniture e prestazioni di servizi da parte di terzi. Poiché tali prestazioni hanno carattere oneroso e si basano sempre su uno scambio di prestazione e controprestazione, le condizioni per essere qualificate come una "*commessa pubblica*"[16] sono di regola adempiute. Qualora l'appalto in questione dovesse raggiungere i valori soglia sopra indicati, esso deve, in linea di principio, essere attribuito seguendo la procedura di aggiudicazione applicabile.

8 Vedi art. 4 cpv. 3 LAPub/CIAP 2019.

9 Sottostanno all'ambito di applicazione dei trattati internazionali: (1) le prestazioni edili ai sensi della lista (*Positivliste*) riportata nell'Appendice I Allegato 6 GPA 2012 / Allegato 1 LAPub, (2) le prestazioni di servizi ai sensi dell'Appendice I Allegato 5 GPA 2012 / Allegato 3 LAPub e (3) di principio tutte le forniture di beni (Appendice I Allegato 2 GPA 2012 / Allegato 2 LAPub con una lista (*Positivliste*) per la difesa e la sicurezza), per quanto raggiungano i valori soglia di cui all'Allegato 4 numero 1 LAPub / Allegato 1 CIAP 2019 (art. 8 cpv. 4 LAPub).

10 Vedi art. 4 cpv. 4 CIAP 2019.

11 Vedi art. 4 cpv. 4 CIAP 2019.

12 Vedi art. 17 LAPub/CIAP 2019.

13 Nella procedura di pubblico concorso il committente pubblica il bando relativo alla commessa; tutti gli offerenti possono presentare un'offerta, vedi art. 18 LAPub/CIAP 2019.

14 Nella procedura selettiva il committente pubblica il bando relativo alla commessa e invita gli offerenti a presentare, in un primo tempo, una domanda di partecipazione. Il committente sceglie quindi gli offerenti ammessi a presentare un'offerta in funzione della loro idoneità. Per quanto possibile, ammette a presentare un'offerta almeno tre offerenti, vedi art. 19 LAPub/CIAP 2019.

15 Nella procedura mediante invito il committente stabilisce quali offerenti intende invitare a presentare un'offerta, senza indire un bando pubblico. Se possibile, il committente si procura almeno 3 offerte, vedi art. 20 LAPub/CIAP 2019.

16 Vedi art. 8 cpv. 1 LAPub/CIAP 2019.

2. Possibili eccezioni

Il diritto sugli appalti pubblici prevede diverse eccezioni, che riguardano sia il campo d'applicazione soggettivo (quindi a livello committenti assoggettati) sia quello oggettivo (quindi a livello di commesse assoggettate). L'applicabilità delle eccezioni dipende sempre dalle circostanze concrete del singolo caso. Alla luce delle molteplici forme di cooperazione esistenti nel settore energetico, la breve descrizione che segue non può sostituire una valutazione individuale.

2.1. Principio della *"Einmaligkeit der Ausschreibung"*

Il principio della "*Einmaligkeit der Ausschreibung*" stabilisce che, a seguito dell'avvenuta aggiudicazione dell'appalto, l'aggiudicatario non sottostà più (almeno di principio) alle disposizioni del diritto sugli appalti pubblici per le prestazioni acquistate da terzi a valle dell'aggiudicazione, nell'adempimento dell'appalto pubblico che gli è stato aggiudicato.[17]

A nostro parere, tale principio può trovare applicazione anche nel caso in cui l'aggiudicatario, individuato tramite una procedura di aggiudicazione, voglia oppure sia tenuto a effettuare ulteriori acquisti per l'adempimento del proprio incarico. Anche in questo caso, tuttavia, rimane necessaria una valutazione concreta del singolo caso.

2.2. Eccezioni relative alle prestazioni fornite in condizioni di concorrenza

Uno degli obiettivi principali del diritto sugli appalti pubblici consiste nel garantire un impiego economico, rispettivamente efficiente dei fondi pubblici.[18]

Qualora, in via eccezionale, dovessero però essere le forze di mercato, e in particolare la pressione concorrenziale sui mercati a valle, ad assumere una tale funzione regolatrice, non si renderebbe allora di principio necessario ricorrere alle disposizioni (relativamente complesse) del diritto sugli appalti pubblici. Il diritto sugli appalti pubblici tiene conto di questo concetto, in particolare attraverso le eccezioni di cui all'art. 7 e all'art. 10 cpv. 1 lett. a LAPub/CIAP 2019.

a) Esenzione dei mercati settoriali (art. 7 LAPub/CIAP 2019)

Se in un mercato settoriale esiste una concorrenza efficace, il Consiglio federale può esentare – integralmente o parzialmente – gli appalti pubblici in tale mercato dall'assoggettamento al diritto sugli appalti pubblici. A tal fine è necessario seguire una procedura di esenzione (cosiddetta "*Ausklinkverfahren*"), che può essere avviata su proposta di un committente oppure dell'Organo intercantonale per gli appalti pubblici (OiAp). La procedura si conclude con un'ordinanza di natura astratta, alla quale possono poi appellarsi tutte le imprese operanti nel mercato settoriale in questione. È quindi importante precisare che un'esenzione non può essere fondata direttamente e individualmente sull'art. 7 LAPub/CIAP 2019.

Sulla base di quanto riportato sopra, occorre sempre verificare nel singolo caso concreto se per il settore in questione esiste già un'ordinanza del Consiglio federale oppure, qualora ciò non dovesse essere il caso, verificare se il mercato è effettivamente idoneo all'attuazione di una procedura di esenzione. Considerato che i mercati sono di frequente definibili solo entro aree geografiche ristrette, quest'ultima ipotesi potrebbe non essere particolarmente rilevante nella pratica.

b) Acquisto di prestazioni destinate alla vendita o alla rivendita commerciale (art. 10 cpv. 1 lett. a LAPub/CIAP 2019)

L'art. 10 cpv. 1 lett. a LAPub/CIAP 2019 prevede inoltre un'eccezione a livello di singolo negozio giuridico oggetto di un appalto. La disposizione trova segnatamente applicazione quando il committente acquista una prestazione di servizio per operare a titolo commerciale, ovvero in condizioni di concorrenza, su un mercato a valle.

Questa eccezione, che risulta più flessibile rispetto a quella prevista dall'art. 7 LAPub/CIAP 2019, consente una valutazione caso per caso dell'appalto in oggetto. Ad essere determinante è l'esistenza di una concorrenza efficace sul mercato in questione. Ciò presuppone in particolare che gli utenti (cosiddetti "*Anschlussnehmer*"), rispettivamente i consumatori finali, dispongano di possibilità di approvvigionamento alternative e che, di conseguenza, sul mercato in questione sia presente una sufficiente pressione sui prezzi.

Se tali condizioni risultano essere soddisfatte o meno, deve essere valutato nel singolo caso specifico. A tal fine è in particolare necessario operare una delimitazione del mercato rilevante dal punto di vista geografico e dell'oggetto, nonché effettuare una valutazione delle condizioni di concorrenza concrete. In questo contesto, occorre tenere conto anche di eventuali direttive emanate dagli enti pubblici che possono incidere sulla concorrenza effettiva, nonché di eventuali sovvenzioni incrociate. Se, ad esempio, l'ente pubblico locale impone l'obbligo di allacciamento a una rete locale di teleriscaldamento (calore a distanza), ciò esclude in linea di principio una concorrenza efficace su quel mercato.

Dal momento che per diversi committenti sia l'applicabilità, sia l'esatta estensione dell'eccezione, non sono state al momento chiarite da tribunali di ultima istanza, occorre procedere con un'attenta verifica, comprensiva di un'accurata documentazione del processo decisionale.

2.3. Ulteriori eccezioni

Il diritto sugli appalti pubblici prevede anche ulteriori eccezioni specifiche e puntuali, che potrebbero risultare rilevanti nel caso di progetti nel settore delle energie rinnovabili.

Ad esempio, l'acquisto, la locazione o l'affitto di fondi, costruzioni e impianti non sono di principio assoggettati al diritto sugli appalti pubblici, nella misura in cui tali operazioni non siano connesse con l'adempimento di un compito pubblico (si tratta del cosiddetto "*Grundstücksprivileg*"; art. 10 cpv. 1 lett. b LAPub/CIAP 2019).

---

17 Sebbene tale principio non sia stato recepito nel testo della legge o del concordato, è stato tuttavia già esplicitamente riconosciuto dalle autorità amministrative cantonali e dai tribunali amministrativi ai sensi del diritto sugli appalti pubblici precedente. Vedi a riguardo: Thomas P. Müller, in: Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, n. 14 ad art. 9; Martin Beyeler, Geltungsanspruch, marginale 592 e segg. con ulteriori indicazioni.

18 Vedi art. 2 LAPub/CIAP 2019.

Sono altresì escluse dal campo d'applicazione oggettivo del diritto sugli appalti pubblici le prestazioni edili che, complessivamente, rappresentano meno del 20% valore complessivo dell'opera edile, a condizione che tra queste prestazioni non figurino singole prestazioni edili con un valore di almeno CHF 2'000'000 (la cosiddetta "*clausola bagatellare*"; cfr. art. 16 cpv. 3 CIAP 2019).

Rimangono inoltre riservati gli incarichi diretti ai sensi dell'art. 21 LAPub/CIAP 2019, anche se non si tratta di vere e proprie eccezioni, bensì di una tipologia specifica di procedura di aggiudicazione.

3. Conclusione e consigli pratici

Per evitare costosi ritardi, i responsabili dei progetti nel settore delle energie rinnovabili devono verificare con il dovuto anticipo se e in che misura essi stessi, rispettivamente il progetto energetico previsto, possano risultare assoggettati al diritto sugli appalti pubblici e se l'attribuzione di incarichi a terzi debba essere effettuata mediante una procedura di aggiudicazione.

Si raccomanda inoltre di documentare accuratamente la valutazione giuridica e il processo decisionale interno. Ciò garantisce trasparenza, aumenta la certezza del diritto e, in caso di una successiva procedura di ricorso, facilita la comprensione da parte dei tribunali delle scelte effettuate dal committente.

Vergabe News riporta gli ultimi sviluppi e le tematiche di rilievo nel campo del diritto degli appalti pubblici svizzero. Le informazioni e i commenti ivi contenuti non costituiscono una consulenza legale e le considerazioni espresse non dovrebbero essere prese come base per intraprendere azioni senza aver prima consultato un legale.

All'indirizzo www.beschaffungswesen.ch troverete un'introduzione e ulteriori informazioni sul diritto degli appalti pubblici in Svizzera, in particolare link utili alle diverse fonti giuridiche e articoli pubblicati.

© Walder Wyss SA, Zurigo, 2026