

Parere legale – riassunto (traduzione)

Appalti pubblici sostenibili

Confronto tra le direttive UE 2014/24/UE e 2014/25/UE e le nuove LAPub e OAPub in relazione ai requisiti e al margine di manovra per quanto attiene agli appalti pubblici sostenibili

Su incarico dell'Ufficio federale dell'ambiente (UFAM)

Matthias Hauser, lic. iur., avvocato

Réka Piskóty*, MLaw, LL.M.

* Co-autrice dei capitoli Costi del ciclo di vita e Innovazione, collaborazione all'intero parere legale

Con la collaborazione di Chiara Skirl, Blaw

26 aprile 2021

Nota editoriale

Committente:

Ufficio federale dell'ambiente (UFAM), Div. Economia e Innovazione, CH-3003 Berna
L'UFAM è un ufficio del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC).

Mandatario:

Matthias Hauser, studio legale Matthias Hauser, Freiestrasse 205, CH-8032 Zurigo, www.hauserlegal.ch

Autore e autrici:

Matthias Hauser, lic. iur., avvocato
Réka Piskóty, MLaw, LL.M. (co-autrice dei capitoli Costi del ciclo di vita e Innovazione, collaborazione all'intero parere legale)
con la collaborazione di Chiara Skirl, BLaw

Accompagnamento UFAM:

Ruth Freiermuth Knuchel, Sébastien Nguyen-Bloch e Nathalie Clausen

Traduzione italiano

Katharina Schuhmacher, Lugano, www.eambiente.ch

Indicazione:

Il presente studio è stato condotto su mandato dell'Ufficio federale dell'ambiente (UFAM). Il mandatario è responsabile unico del contenuto.

Diritto d'autore:

Questo testo è protetto dal diritto d'autore. La riproduzione per scopi non commerciali è permessa a condizione che sia effettuata integralmente, in forma inalterata e con l'indicazione dell'autore e delle autrici così come del committente. Le modifiche richiedono il consenso scritto di Matthias Hauser.

Download:

<https://www.bafu.admin.ch/bafu/it/home/temi/economia-consumo/diritto/parere.html>
<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/economie-consommation/droit/avis.html>

Versione originale tedesca completa del parere legale:

Matthias Hauser/Réka Piskóty (2021), Nachhaltige öffentliche Beschaffung. Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU mit dem neuen BöB und der neuen VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung
<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html>

Tabella dei contenuti

A. Situazione iniziale e oggetto dell'indagine	4
B. Considerazioni generali sulla rilevanza del diritto dell'Unione europea sugli appalti pubblici per l'interpretazione del diritto svizzero in materia di acquisti pubblici	5
C. Scopo e principi	5
1. In generale	5
2. Trasporto	6
D. Nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto	8
E. Condizioni di partecipazione e motivi di esclusione	9
F. Criteri di idoneità	10
G. Regole di aggiudicazione e criteri di aggiudicazione in generale	10
H. Costi del ciclo di vita (CCV) nello specifico	12
1. In generale	12
2. Metodo di calcolo	13
3. CCV interni	15
4. Considerazione dei costi esterni ambientali	15
5. Costi esterni sociali	17
I. Descrizione della prestazione, comprese le specifiche tecniche e le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto	17
J. Certificazioni	19
K. Marchio	19
L. Innovazione	20

A. Situazione iniziale e oggetto dell'indagine

- 1 Con la previgente legge sugli appalti considerare gli obiettivi ambientali e sociali negli appalti pubblici in Svizzera era un compito piuttosto arduo. Una delle ragioni era il diffuso timore di violare i principi della concorrenza sanciti dal diritto nazionale e internazionale in materia di appalti. A livello federale, il 1° gennaio 2021 sono entrate in vigore la legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub), integralmente riveduta, e l'ordinanza del 12 febbraio 2020 sugli appalti pubblici (OAPub), anch'essa oggetto di revisione totale. Il nuovo articolo concernente lo scopo della LAPub esprime il desiderio del Parlamento di un cambiamento nella cultura degli appalti pubblici, passando dalla concorrenza basata sui prezzi alla concorrenza basata sulla qualità. Le tre dimensioni della sostenibilità – la giustizia sociale, la protezione dell'ambiente (tenendo conto dei limiti di sopportabilità del sistema) e l'economia - costituiscono un tassello essenziale di questa visione che pone l'accento sulla qualità. Anche il Concordato intercantonale del 15 novembre 2019 sugli appalti pubblici (CIAP) è stato ampiamente riveduto conformemente alla LAPub.
- 2 Con la revisione della LAPub la Svizzera ha inoltre ratificato formalmente il Government Procurement Agreement (GPA) 2012¹ dell'OMC. Anch'esso riconosce che la sostenibilità è un tema importante in ambito di appalti pubblici. In seno all'UE, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha già pronunciato importanti sentenze relative alla considerazione degli aspetti sociali ed ecologici negli appalti pubblici. Con le direttive 2014/24/UE² e 2014/25/UE³, adottate nel 2014, l'Unione europea ha definito un quadro di riferimento per gli Stati membri dell'UE, il quale favorisce gli appalti sostenibili e li regola più dettagliatamente in vari punti. Le direttive UE sono attuate negli Stati membri da diversi anni ormai. Inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha sviluppato un'importante giurisprudenza sui temi legati alla sostenibilità nel diritto in materia di appalti pubblici, la quale parallelamente alle disposizioni delle direttive e ai pareri della dottrina, può servire come riferimento per la Svizzera nell'attuazione della nuova LAPub.
- 3 Il presente lavoro confronta la situazione giuridica nell'UE secondo le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e in Svizzera secondo la nuova LAPub e la OAPub in relazione ai requisiti e ai margini di manovra per quanto attiene agli appalti pubblici sostenibili. Tutte e tre le dimensioni della sostenibilità saranno prese in considerazione - la dimensione economica, tuttavia, solo nella misura in cui si sovrappone alla dimensione ambientale o sociale, per esempio nell'ambito dei costi del ciclo di vita e dell'innovazione. È qui esaminato quanto le conclusioni del diritto europeo siano rilevanti per l'interpretazione del diritto svizzero sugli appalti pubblici. Le disposizioni del CIAP sono in gran parte identiche a quelle della LAPub, ed è per questo che non vengono menzionate specificamente, ad eccezione delle poche disposizioni qui trattate che differiscono nel contenuto.

¹ Versione riveduta: Government Procurement Agreement (Accordo GATT/OMC sugli appalti pubblici del 30 marzo 2012, RS 0.632.231.422; anche Accordo OMC sugli appalti pubblici).

² Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

³ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

B. Considerazioni generali sulla rilevanza del diritto dell'Unione europea sugli appalti pubblici per l'interpretazione del diritto svizzero in materia di acquisti pubblici

- 4 Dall'entrata in vigore della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli appalti pubblici e del Concordato intercantonale del 25 novembre 1994 sugli appalti pubblici, il diritto svizzero moderno in materia di acquisti si basa sull'applicazione degli accordi internazionali, in particolare l'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici (inizialmente del 15 aprile 1994, più recentemente nella versione riveduta del 30 marzo 2012). Più tardi, si è aggiunto l'accordo bilaterale sugli appalti pubblici con l'UE⁴. Quando si interpreta il diritto svizzero in materia di acquisti pubblici, appare quindi logico considerare non solo le disposizioni dei trattati internazionali stessi, ma anche la loro attuazione da parte dell'UE e la giurisprudenza pertinente. Ciò si giustifica anche per il fatto che si è spesso confrontati a fattispecie analoghe. Di conseguenza, nell'interpretazione del diritto svizzero in materia di appalti pubblici, i tribunali svizzeri hanno ripetutamente integrato il diritto europeo pertinente in materia.
- 5 Soprattutto per rafforzare la possibilità di impiegare l'appalto pubblico per sostenere obiettivi sociali comuni e considerare così criteri di politica ambientale, sociale e occupazionale, il legislatore svizzero, nella revisione totale della vecchia LAPub, ha attinto alla legislazione dell'UE sugli appalti pubblici. Di conseguenza, nell'interpretazione della LAPub, della OAPub e del CIAP, è necessario tenere conto del diritto dell'UE sugli appalti pubblici. In particolare quando nel diritto dell'UE sugli appalti pubblici si applicano gli stessi principi o principi simili a quelli del diritto svizzero sugli appalti pubblici, o quando anch'esso attua il GPA. Tuttavia, laddove le direttive sugli appalti pubblici sono specifiche all'UE, non appare opportuno, per via interpretativa, trarre delle conclusioni vincolanti per il diritto svizzero degli appalti pubblici.

C. Scopo e principi

1. In generale

- 6 L'articolo concernente lo scopo della LAPub (art. 2 lett. a LAPub) stabilisce espressamente che la sostenibilità è un obiettivo perseguito in ambito di appalti pubblici e la pone sullo stesso piano degli aspetti economici. Questo esprime chiaramente la volontà del legislatore di integrare il settore degli acquisti pubblici nella strategia dello sviluppo sostenibile. La sostenibilità comprende aspetti economici (macroeconomici), ecologici e sociali. Inoltre, la legge mira all'impiego economico dei fondi pubblici, alla trasparenza della procedura di aggiudicazione, al trattamento paritario e non discriminatorio degli offerenti, e al promovimento di una concorrenza efficace ed equa tra gli offerenti. Questi scopi e questi principi devono essere osservati anche in relazione alla considerazione degli obiettivi di sostenibilità negli appalti pubblici. In particolare, gli aspetti della sostenibilità non devono essere sfruttati impropriamente per discriminare gli offerenti non locali o stranieri.

⁴ Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici, RS 0.172.052.68.

- 7 Con la revisione della legge sugli appalti pubblici, la Svizzera segue in linea di principio e sotto molti aspetti l'UE, per la quale la CGUE ha emesso da subito importanti sentenze riguardo alla presa in considerazione degli aspetti di sostenibilità negli appalti pubblici. Nell'ambito dell'attuazione della strategia "Europa 2020", l'UE ha quindi assegnato un ruolo chiave all'appalto pubblico, in quanto strumento economico, per la crescita sostenibile e la promozione di un'economia basata sulla salvaguardia delle risorse, rispettosa dell'ambiente e più competitiva. Ciò è stato implementato dall'UE con la revisione della legge sugli appalti pubblici nel 2014, dopo che l'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici (GPA) era stato riveduto e dunque la possibilità di considerare gli aspetti della sostenibilità era stata meglio ancorata e chiarita. Il diritto dell'UE sugli appalti pubblici è molto più esaustivo di quello svizzero e comprende soprattutto disposizioni dettagliate relative ai marchi e ai costi del ciclo di vita. Per diversi temi la legislazione UE può essere d'aiuto per l'interpretazione e l'applicazione del diritto svizzero in materia di appalti pubblici.
- 8 Nonostante un marcato rafforzamento degli obiettivi di sostenibilità, la nuova legislazione sugli appalti pubblici ha introdotto solo pochi obblighi per tenerne debitamente conto. Tali obblighi esistono, in particolare per quanto attiene al rispetto delle disposizioni in materia di protezione ambientale, di tutela dei lavoratori e delle condizioni lavorative, di parità salariale tra donne e uomini e, per le prestazioni fornite all'estero, al rispetto delle otto convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), nonché di alcune convenzioni internazionali per la protezione dell'ambiente. Inoltre, è responsabilità dei committenti pubblici e dei rispettivi servizi di aggiudicazione - e anche nel loro potere discrezionale - determinare in che misura e in che maniera attuare gli obiettivi di sostenibilità previsti dalla legge sugli appalti pubblici. Le direttive e i manuali emessi dagli enti pubblici o dai loro servizi di aggiudicazione, così come anche standard indipendenti, possono contribuire a stabilire delle condizioni quadro solide per collegare la strategia in materia di appalto pubblico con quella dello sviluppo sostenibile di un ente pubblico e a promuovere la sostenibilità grazie a un efficace impiego delle possibilità offerte dal diritto in materia di appalti pubblici.

2. Trasporto

- 9 A dipendenza dell'oggetto dell'acquisto, importanti impatti ambientali possono essere ricondotti al trasporto. La presa in considerazione dell'impatto ambientale dovuto al trasporto è messa in discussione in particolare perché comporta degli svantaggi per i fornitori con una sede aziendale lontana. Delle motivazioni oggettive relative alla protezione dell'ambiente possono tuttavia giustificare tali svantaggi qualora i requisiti ecologici di aggiudicazione abbiano un sufficiente nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto e quando con questi requisiti è perseguito in modo appropriato e proporzionato un obiettivo ambientale. Questo vale anche per la considerazione dell'impatto ambientale risultante dal trasporto o dagli spostamenti. Se vengono rispettate le condizioni citate, l'inclusione del trasporto e degli spostamenti rispettivamente dell'impatto ambientale causato, non costituisce una discriminazione illegale nei confronti di fornitori ubicati più lontano, nonostante lo svantaggio che ne deriva. Poiché quando si tiene conto della distanza del tragitto vi è un maggiore rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti non locali, il nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto e la proporzionalità devono essere valutati con particolare attenzione nella definizione e nell'elaborazione dei criteri relativi al trasporto.

- 10 Sebbene il committente abbia un ampio margine di manovra nella scelta degli impatti ambientali da prendere in considerazione, non è ammissibile, se ciò non è oggettivamente giustificato, selezionare singoli aspetti ambientali che sono ecologicamente secondari e comportano in maniera specifica uno svantaggio per gli offerenti non locali, mentre altri aspetti altrettanto importanti della compatibilità ambientale sono trascurati. È riconosciuto che, nel quadro di una valutazione globale degli effetti ambientali rilevanti di una commessa, è ammissibile considerare anche il carico ambientale prodotto in funzione della distanza di trasporto.
- 11 In confronto alla LAPub, il diritto europeo sugli appalti pubblici pone un accento ancora più chiaro sul ciclo di vita dell'oggetto dell'appalto e questo include espressamente il suo trasporto. Poiché nei requisiti di aggiudicazione è ammissibile considerare fattori che non sono parte integrante materiale delle prestazioni, anche l'inclusione del trasporto e dell'impatto ambientale da esso causato si dimostra ammissibile. Ciò è possibile a condizione che ci sia una connessione con l'oggetto della commessa e che il requisito sia proporzionale.
- 12 I criteri di idoneità e le specifiche tecniche riguardanti la presa in considerazione delle distanze di trasporto rispettivamente del carico ambientale generato dal trasporto sono considerati particolarmente sensibili, poiché l'inadempimento di un criterio determinante porta di principio all'esclusione dell'offerta. Per questo motivo hanno un effetto particolarmente elevato sulla competitività di un offerente. La disponibilità di un sito ubicato a una certa distanza massima - e di conseguenza la lunghezza del tragitto di trasporto e di spostamento - è di principio concepibile come criterio di idoneità nel senso di una prestazione tecnica o organizzativa dell'offerente, ma ciò è giustificato solo in casi specifici e in particolare quando sono soddisfatti gli aspetti di necessità, di trattamento paritario e di concorrenza.
- 13 Nelle specifiche tecniche, i requisiti per la riduzione degli effetti ambientali da ricondurre al trasporto possono fondarsi sull'art. 30 cpv. 4 LAPub. Ciò significa che possono in questo contesto essere definiti ad esempio dei requisiti ecologici minimi per i tipi di veicoli da utilizzare, il che sarebbe giustificato soprattutto nel caso di un oggetto d'appalto che richiede trasporti intensivi.
- 14 La prescrizione sul trasporto motivata dal punto di vista ecologico ed espressa come specifica tecnica o criterio di aggiudicazione deve essere adatta a promuovere l'obiettivo ambientale e non deve esistere un'altra misura meno restrittiva per il commercio che possa raggiungere ugualmente lo stesso obiettivo. Considerato che le emissioni associate al trasporto non dipendono solo dalla distanza percorsa, ma anche dai veicoli utilizzati e dalle misure organizzative, di solito non è la distanza il parametro che dovrebbe essere specificato come prescrizione, bensì lo stesso impatto ambientale o altri indicatori significativi. I limiti massimi fissi per le emissioni causate dal trasporto del bene oggetto di appalto (per esempio le emissioni di CO₂) sono particolarmente sensibili, poiché, se sono fissati senza un motivo valido, possono costituire una discriminazione indiretta inammissibile sia all'interno della Svizzera sia nei confronti dei fornitori stranieri (questi ultimi solo nel campo di applicazione del GPA). Tuttavia, qualora il servizio di aggiudicazione dimostri che il trasporto di un bene su lunghe distanze comporta inevitabilmente un rischio per l'ambiente o per la salute pubblica, allora sono ammesse delle relative specifiche tecniche.

Di regola è preferibile integrare le emissioni del trasporto in una valutazione globale degli aspetti più importanti relativi alla sostenibilità ecologica dell'oggetto d'appalto.

D. Nesso oggettivo con l'oggetto dell'appalto

- 15 Nel diritto svizzero in materia di appalti pubblici, i criteri ambientali e sociali devono sempre avere un nesso oggettivo con la prestazione fornita. Questo vale sia per le specifiche tecniche sia per i criteri di aggiudicazione e di idoneità. Questa condizione, a differenza della LAPub, è disciplinata in modo relativamente dettagliato nel diritto dell'UE sugli appalti pubblici. Diversi principi fondamentali del diritto dell'UE sugli appalti pubblici sono significativi anche per la Svizzera, anche se l'apertura delle normative svizzere concede spazi di manovra più ampi nell'applicazione dei principi del diritto in materia di appalti pubblici. Quando si fa il confronto con il diritto dell'UE sugli appalti pubblici, si deve tenere conto del fatto che, per quanto riguarda le specifiche tecniche, esse sono solo una parte della descrizione delle prestazioni. Ne fanno in particolare parte le condizioni di esecuzione dell'appalto che nel diritto svizzero, a differenza di quello europeo, non sono regolamentate espressamente.
- 16 Gli aspetti sociali ed ecologici possono riguardare non solo le *caratteristiche materiali* della prestazione fornita (veicoli efficienti dal punto di vista energetico, accessibilità per le persone con disabilità), ma anche la sua *produzione* – e questo anche se non sono visibili nel prodotto (prodotti del commercio equo e solidale; produzione biologica di alimenti, elettricità da fonti di energia rinnovabili). Questi possono estendersi a qualsiasi fase del ciclo di vita della prestazione fornita, ma devono presentare una connessione con essa. Secondo la definizione legale in vigore nell'UE, per "ciclo di vita" si intendono tutte le fasi che un prodotto attraversa durante la sua vita, dall'acquisizione delle materie prime o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o dell'utilizzazione. Il ciclo di vita include, in particolare, anche la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, il commercio (e le condizioni ad esso collegate), il trasporto, l'utilizzo e la manutenzione. Questa larga concezione della connessione con l'oggetto dell'appalto è interessante anche per la Svizzera.
- 17 Gli *aspetti ecologici legati alla produzione* sono ammessi come criteri di aggiudicazione e come specifiche tecniche. Gli *aspetti sociali legati alla produzione* possono in ogni caso essere utilizzati come criteri di aggiudicazione. Tuttavia, ci sono anche buone ragioni per cui possono anche essere definiti nei requisiti obbligatori della descrizione delle prestazioni (anche se a nostro avviso non è così decisivo se questi requisiti sono assegnati alle specifiche tecniche all'interno della descrizione delle prestazioni).
- 18 I requisiti che non si riferiscono in modo specifico alla produzione della prestazione fornita, bensì che *sono legati al comportamento dell'azienda nel suo complesso* (alla politica aziendale generale) erano, secondo l'opinione maggioritaria, inammissibili in base al diritto in materia di appalti pubblici previgente. Si partiva dal presupposto che non avessero un nesso oggettivo sufficiente con la prestazione fornita. Quali criteri inammissibili si citano per esempio un impegno generale dell'azienda in ambito sociale ed ecologico, l'impiego di una quota di disoccupati di lunga durata in seno all'azienda nel suo complesso (quindi slegati dalla produzione della prestazione fornita)

o una quota di genere a livello di management dell'azienda. D'altra parte, ci sono ora buone ragioni, con la nuova LAPub, per considerare ammissibili i requisiti relativi alla condotta generale dell'azienda nella misura in cui questa è difficile da scindere dalle condizioni di produzione della prestazione fornita. Questo vale in particolare per le condizioni di lavoro dignitose ed eque e il rispetto dei diritti umani, che non sono "scorporabili" né all'interno di un'azienda, né in base al luogo di produzione del prodotto. A parer nostro, all'ammissibilità di tali criteri non devono essere posti dei requisiti superiori rispetto a quelli posti ad altri criteri qualitativi che pure si riferiscono all'azienda nel suo complesso, come, ad esempio, l'ammissibilità della condizione di disporre di un sistema di gestione della qualità. Ciò è sostenuto dal messaggio concernente la LAPub: da esso si evince, infatti, che l'ammissibilità dei criteri relativi alla condotta aziendale alle condizioni sopra menzionate è possibile e, in particolare, ci si riferisce qui alla possibilità di acquistare dei prodotti del commercio equo e solidale. Sembra quindi che sia la volontà del legislatore di poter utilizzare i marchi del commercio equo e solidale. Tali marchi richiedono spesso il rispetto di determinati requisiti a livello aziendale, come nel caso del marchio Max Havelaar, molto diffuso in Svizzera. Va notato che si tratta di un quesito interpretativo che non è stato ancora chiarito dai tribunali.

- 19 Tuttavia, come si evince dalla sentenza della CGUE nella causa Wienstrom, non sono ammissibili criteri di idoneità, criteri di aggiudicazione e specifiche tecniche che riguardano la politica aziendale generale al di fuori dell'oggetto dell'appalto, come il fatto che un produttore di elettricità produce da energie rinnovabili anche l'elettricità che fornisce ad altri clienti. È anche inammissibile, per esempio, richiedere la certificazione del sistema di gestione ambientale in generale per tutte le commesse e non solo per quelle particolarmente sensibili dal punto di vista ambientale o richiedere che la gamma di prodotti dell'offerente includa esclusivamente prodotti del commercio equo e solidale.

E. Condizioni di partecipazione e motivi di esclusione

- 20 Per condizioni di partecipazione si intendono i presupposti fondamentali per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, che hanno validità per tutti gli offerenti. A differenza dei criteri di idoneità, esse non dipendono dall'oggetto concreto dell'appalto. Se non vengono rispettate, il committente esclude di principio l'offerente dalla procedura di aggiudicazione o revoca l'aggiudicazione (art. 44 LAPub). Anche i subappaltatori sono obbligati ad adempiere le condizioni di partecipazione e ciò deve essere controllato e garantito dal committente. L'art. 12 in combinato disposto con l'art. 26 cpv. 1 LAPub e l'art. 4 OAPub prevede che le commesse per prestazioni che devono essere fornite in Svizzera possano essere aggiudicate solo a offerenti che rispettano le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e le condizioni di lavoro, gli obblighi di annuncio e di autorizzazione secondo la legge federale contro il lavoro nero e le disposizioni sulla parità salariale tra donna e uomo. Le disposizioni e le condizioni da rispettare comprendono le disposizioni obbligatorie del Codice delle obbligazioni, della legge sul lavoro e le sue ordinanze d'esecuzione, i contratti di lavoro collettivi e normali e, in mancanza di questi, le condizioni di lavoro usuali per il luogo e il ramo settoriale. Se esiste un contratto collettivo di lavoro in un settore, gli offerenti non sono obbligati ad aderirvi, ma quando si aggiudicano le commesse pubbliche, essi

possono essere tenuti a rispettarlo per quanto riguarda le relative condizioni di lavoro, compresi i salari minimi previsti.

- 21 Per le prestazioni che devono essere fornite all'estero, il committente aggiudica una commessa pubblica solo agli offerenti che rispettano almeno le convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) di cui all'allegato 6 LAPub. Il committente può inoltre esigere che siano osservati altri standard internazionali importanti in materia di lavoro. Per quanto riguarda la protezione dell'ambiente, secondo l'art. 12 cpv. 3 LAPub viene sancito il principio secondo cui il committente può aggiudicare una commessa pubblica soltanto a offerenti che osservano almeno le prescrizioni in materia di protezione dell'ambiente e di conservazione delle risorse naturali in vigore nel luogo della prestazione. Per la Svizzera si applicano le disposizioni del diritto svizzero in materia ambientale. In caso di prestazioni da fornire all'estero, in base all'art. 4 cpv. 3 OAPub, si applica il diritto in materia ambientale vigente nel luogo della prestazione e le convenzioni di cui all'allegato 2 OAPub.

F. Criteri di idoneità

- 22 Secondo l'art. 27 LAPub, i criteri di valutazione dell'idoneità degli offerenti devono essere stabiliti in maniera esaustiva nella documentazione del bando. Devono essere oggettivamente necessari e verificabili in considerazione del progetto di appalto pubblico, per cui devono essere definiti in funzione specifica della commessa. A questo proposito, il servizio di aggiudicazione dispone di un ampio potere discrezionale. Dal requisito di necessità rispettivamente dal principio di proporzionalità secondo l'art. 5 cpv. 2 della Costituzione federale consegue che i criteri di idoneità possono limitare la cerchia dei possibili offerenti solo nella misura in cui ciò sia giustificato in relazione all'oggetto dell'appalto.
- 23 I criteri di sostenibilità o di protezione ambientale non sono esplicitamente menzionati nel testo di legge come possibili criteri di idoneità. Affinché gli elementi di sostenibilità possano essere tenuti in considerazione in un'aggiudicazione, ci deve essere un nesso oggettivo con l'oggetto della prestazione. Così, ad esempio nel caso di un progetto di costruzione impegnativo dal punto di vista ambientale, è considerato ammissibile - tenendo conto del diritto dell'UE sugli appalti pubblici e in particolare dell'art. 62 della direttiva 2014/24/UE - richiedere familiarità con i sistemi di gestione ambientale o una formazione ulteriore attinente alle particolarità del progetto.
- 24 Secondo la sentenza Max Havelaar, sono inammissibili i criteri di idoneità che non presentano un nesso concreto con la prestazione richiesta, ma riguardano solo la politica commerciale generale dell'offerente. Per esempio, il committente pubblico non può richiedere che gli offerenti dispongano esclusivamente di prodotti del commercio equo nella loro gamma di prodotti.

G. Regole di aggiudicazione e criteri di aggiudicazione in generale

- 25 La regola di nuova formulazione dell'art. 41 LAPub, secondo cui l'"offerta più vantaggiosa" ottiene l'aggiudicazione, corrisponde fundamentalmente alla regola vigente fino ad ora dell'aggiudicazione alla "offerta più favorevole dal profilo economico", mettendo però in evidenza gli aspetti

qualitativi. La valutazione viene effettuata sulla base dei criteri di aggiudicazione che devono essere definiti conformemente all'art. 29 LAPub.

- 26 Il criterio di aggiudicazione della "sostenibilità", ora sancito a livello di legge, comprende tre dimensioni: economica, ecologica e sociale. La dimensione ecologica è definita dagli aspetti della compatibilità ambientale nonché della salvaguardia e dell'uso efficiente delle risorse. Questi aspetti possono includere fattori come il tenore di sostanze nocive, l'inquinamento dell'acqua, del suolo e dell'aria come pure il consumo di energia e di acqua o l'impatto sulla biodiversità. Gli aspetti ecologici e quelli legati alla conservazione delle risorse possono riferirsi all'oggetto stesso dell'appalto, ma anche alla sua produzione, al suo utilizzo e allo smaltimento. La dimensione sociale comprende condizioni di produzione e commercio equo e consente, ad esempio, di acquistare beni prodotti in modo equo e solidale o di emanare direttive concernenti la sicurezza sul lavoro.
- 27 Tutti i criteri di aggiudicazione, compresi quelli relativi alla sostenibilità, devono avere un nesso oggettivo con l'oggetto della prestazione. A nostro modo di vedere, il margine di manovra è stato esteso, in particolare per quanto attiene al commercio equo e solidale e al rispetto dei diritti umani (in proposito si vedano le spiegazioni formulate nel capitolo III.C.5 del parere, in particolare al n. marg. 95 e seguenti). Nel settore delle costruzioni, le raccomandazioni della KBOB indicano come prendere in considerazione gli aspetti economici, ecologici e sociali: dalla decisione dell'ubicazione, allo sviluppo del progetto fino alla realizzazione e all'esercizio di un edificio.
- 28 La legislazione dell'UE ha una regolamentazione simile: secondo l'art. 67 n. 1 della direttiva 2014/24/UE, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti (sempre) sulla base della "offerta economicamente più vantaggiosa". L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere determinata sulla base del prezzo o del costo (compreso il costo del ciclo di vita) o sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, valutato sulla base di criteri che includono aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali. I criteri devono avere un nesso con l'oggetto dell'appalto. Tuttavia, non è indispensabile che i criteri di aggiudicazione conferiscano anche un vantaggio diretto al committente pubblico; essi possono anche riguardare interessi generali, come la protezione delle specie animali minacciate. L'art. 67 n. 2 lett. a della direttiva 2014/24/UE menziona vari criteri di aggiudicazione che sono particolarmente rilevanti per la sostenibilità, vale a dire: "accessibilità" (per le persone con disabilità), "progettazione adeguata a tutti gli utenti" e "caratteristiche sociali, ambientali e innovative", e "la commercializzazione e relative condizioni". L'elenco è a titolo di esempio e dunque non esaustivo.
- 29 Come esempi di possibili criteri di aggiudicazione ambientali o sociali (e condizioni di esecuzione), i consid. 93 e 97-99 della direttiva 2014/24/UE citano: la stampa di libri su carta riciclata o su carta prodotta utilizzando legname sostenibile, i costi imputati alle esternalità ambientali e l'agevolazione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto, l'assenza di sostanze chimiche tossiche nella produzione, l'uso di macchine efficienti dal punto di vista energetico, l'utilizzazione di prodotti del commercio equo, le regole sulla fornitura, sull'imballaggio e sullo smaltimento di prodotti,

la riduzione dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse. I criteri di aggiudicazione legati alla sostenibilità possono anche riguardare il trasporto e il relativo impatto ambientale.

- 30 Un esempio di criterio di aggiudicazione non ammissibile è il criterio del rispetto di una determinata politica di responsabilità sociale d'impresa (Corporate Social Responsibility Policy). Allo stesso modo, sono considerati inammissibili i criteri di aggiudicazione che si basano sul fatto che i generi siano equamente rappresentati nel management dell'azienda, che le persone svantaggiate costituiscano una certa quota dei dipendenti o che l'intera produzione di uno stabilimento soddisfi determinati obiettivi ambientali.

H. Costi del ciclo di vita (CCV) nello specifico

1. In generale

- 31 Riferirsi ai costi del ciclo di vita invece di basarsi unicamente sul prezzo dell'acquisto è in linea con un principio di sostenibilità economica. Una valutazione puramente finanziaria del ciclo di vita potrebbe in molti casi soddisfare anche già il principio della sostenibilità ecologica. L'art. 29 cpv. 1 LAPub menziona ora esplicitamente i costi del ciclo di vita come possibile criterio di aggiudicazione, ma non lo definisce tramite maggiori dettagli e non impone condizioni particolari per la sua applicazione.
- 32 I costi del ciclo di vita comprendono i costi relativi all'acquisto, all'esercizio, allo smantellamento e allo smaltimento, nonché i costi esterni del carico ambientale. I costi di esercizio comprendono i costi di utilizzazione (ad esempio il consumo di energia e di altre risorse) nonché i costi di manutenzione. La direttiva 2014/24/UE definisce con maggiore dettaglio il termine: secondo il suo articolo 68 n. 1 i costi del ciclo di vita comprendono tutti i costi derivanti dalle varie fasi del ciclo di vita. In base alla definizione giuridica dell'art. 2 n. 1 punto 20 della direttiva 2014/24/UE, per "ciclo di vita" si intendono tutte le fasi attraverso le quali passa un prodotto nel corso della sua vita, dall'acquisizione della materia prima alla generazione di risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o dell'utilizzazione. Include anche, in particolare, la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi (e le relative condizioni), il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione. Tuttavia, i committenti sono liberi di prendere in considerazione tutti i costi del ciclo di vita o parti di essi (art. 68 n. 1 direttiva 2014/24/UE). Sia i costi interni sia i costi imputati a esternalità ambientale possono essere inclusi nel calcolo dei costi del ciclo di vita (art. 68 n. 1 lett. a) e b) della direttiva 2014/24/UE).
- 33 Secondo l'art. 29 LAPub, i committenti pubblici sono liberi di utilizzare i costi del ciclo di vita come criterio di aggiudicazione (è così anche per l'UE, ai sensi dell'art. 67 n. 2 della direttiva 2014/24/UE). Ciò è particolarmente appropriato se una parte significativa dei costi è generata durante la fase di utilizzazione o di smaltimento, o se devono essere tenuti in considerazione i costi esterni ambientali.

- 34 Se ci si basa sui CCV, il prezzo dell'acquisto diretto è incluso e non può essere considerato anche separatamente (divieto del doppio conteggio). In Svizzera, non esiste una regolamentazione dettagliata delle condizioni e delle modalità di utilizzo dei costi del ciclo di vita come criterio di aggiudicazione. Pertanto, la regolamentazione dettagliata dell'UE descritta dagli art. 67 n. 1 e in particolare dall'art. 2 n. 1 punto 20, come pure dall'art. 68 della direttiva 2014/24/UE, funge da quadro di riferimento.
- 35 Analogamente al diritto dell'UE sugli appalti pubblici, anche in Svizzera è possibile definire i CCV come criterio di aggiudicazione unico per gli appalti di servizi standardizzati, come previsto dall'art. 29 cpv. 4 LAPub per l'aggiudicazione di appalti secondo l'unico criterio del prezzo complessivo (CIAP: prezzo). Tuttavia, a differenza dell'UE e del CIAP, l'art. 29 cpv. 4 LAPub pone la condizione che in questo caso le specifiche tecniche devono permettere di garantire il rispetto di severi requisiti in materia di sostenibilità sotto il profilo sociale, ecologico ed economico.

2. Metodo di calcolo

- 36 Il committente pubblico ha *un ampio margine di discrezionalità* nel determinare il metodo di calcolo, e dunque nella scelta delle fasi del ciclo di vita e dei costi esterni ambientali da considerare; in questo il committente può ponderare maggiormente determinati fattori ambientali rispetto ad altri.
- 37 Dai principi di trasparenza e di parità di trattamento risultano i requisiti relativi al metodo CCV e nella loro comunicazione anticipata nella documentazione del bando. I parametri utilizzati e in particolare i prezzi dell'impatto ambientale devono essere oggettivamente giustificabili. Contrariamente a quanto affermato nelle spiegazioni del messaggio concernente la revisione della LAPub, l'inclusione dei costi esterni ambientali nei costi del ciclo di vita non presuppone che siano approvati da un organo pubblico "competente". Tale visione non è stata ripresa nel testo di legge e l'UE non ha una disposizione corrispondente nella sua direttiva dettagliata. I committenti possono utilizzare metodi generalmente accettati per calcolare i costi del ciclo di vita o, se necessario, sviluppare i propri metodi, purché soddisfino i requisiti di cui sopra.
- 38 Non esiste un modello generalmente applicabile per il calcolo dei costi del ciclo di vita. Poiché l'elaborazione concreta del metodo di calcolo dipende da molti parametri diversi, i singoli metodi sono molto diversi tra loro. Se possibile e appropriato, i committenti devono usare un metodo di calcolo generale, come richiesto dalla letteratura specializzata sul diritto dell'UE sugli appalti pubblici. Se tale metodo generale esiste e nel caso in cui il committente pubblico ne applichi invece un altro, ad hoc, egli deve giustificare oggettivamente la sua scelta alternativa.
- 39 Come nell'UE, anche in Svizzera valgono in linea di principio elevati requisiti di *trasparenza* nel calcolo dei costi del ciclo di vita (cfr. art. 68 n. 2 della direttiva 2014/24/UE). Da un lato, si devono soddisfare i requisiti di trasparenza ex post e garantire così la possibilità di verificare la decisione di aggiudicazione presa. D'altra parte, si deve garantire la trasparenza ex ante (trasparenza preventiva), che permette agli offerenti di orientare in tal senso le loro offerte e di valutare in anticipo le proprie possibilità di ottenere l'appalto. La documentazione del bando deve specificare i dati che gli offerenti devono fornire e descrivere il metodo utilizzato per determinare i costi del ciclo

di vita. Deve essere chiaro quali aspetti dei costi del ciclo di vita sono considerati e come sono ponderati, se e quali costi esterni ambientali sono inclusi e in che modo viene monetizzato l'impatto ambientale. Così, tra le altre cose, è necessario specificare quali tipi di costo (costi relativi all'acquisizione; costi connessi all'utilizzo quali consumo di energia e altre risorse; costi di manutenzione; costi relativi al fine vita come i costi di raccolta e riciclaggio) sono tenuti in considerazione. Se sono inclusi i costi derivanti dagli effetti esterni dell'impatto ambientale, devono essere fornite informazioni anche su questi. Il principio di trasparenza è attuato in modo ottimale quando la matrice di calcolo completa, comprendente tutti i fattori che confluiscono nei costi del ciclo di vita, i parametri di calcolo e l'iter di calcolo, è inserita nella documentazione del bando. Tuttavia, ciò dovrebbe essere obbligatorio solo nel caso in cui fosse troppo oneroso per gli offerenti farsi un'idea sufficiente del metodo CCV senza conoscere la matrice completa.

- 40 Il calcolo dei costi del ciclo di vita può essere eseguito sia dai servizi di aggiudicazione sia dall'offerente. Se il committente pubblico esegue il calcolo dei costi del ciclo di vita, necessita di alcune informazioni da parte dell'offerente per tale scopo. Se l'offerente è responsabile del calcolo dei CCV, deve indicare nell'offerta sia le informazioni necessarie inerenti al calcolo dei costi del ciclo di vita, sia i costi del ciclo di vita calcolati. In entrambi i casi, i servizi di aggiudicazione devono comunicare agli offerenti la metodologia e le informazioni necessarie, inserendole nella documentazione del bando.
- 41 I dati che gli offerenti devono fornire per il calcolo dei CCV possono essere, per esempio, il consumo di energia o le emissioni inquinanti dell'oggetto dell'appalto o le informazioni sugli intervalli di manutenzione e la riciclabilità. Le informazioni fornite dall'offerente devono essere integrate e vincolate nella commessa, poiché altrimenti si rischia di indurre a dichiarazioni non veritiere.
- 42 Nell'UE, esistono vari strumenti che possono essere usati per calcolare i costi del ciclo di vita, come quelli sviluppati dalla Commissione europea⁵, il progetto SMART SPP⁶, gli strumenti dell'Ufficio federale dell'ambiente tedesco⁷ e del Ministero federale tedesco dell'economia e dell'energia⁸. Anche il rapporto Estevan/Schaefer elaborato per l'organizzazione ICLEI fornisce una panoramica degli strumenti esistenti⁹. Quando sono trattati gli impatti esterni del carico ambientale, tuttavia, i problemi dei dati mancanti e le difficoltà di monetizzazione sono particolarmente elevati.

⁵ <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (visitato il 19.4.2021); in dettaglio vedi Henzel, pagg. 100 e ss.

⁶ <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (visitato il 19.4.2021). Il progetto SMART SPP è un progetto europeo che ha, tra le altre cose, promosso soluzioni innovative nel campo dell'illuminazione a LED, nella fase precedente all'appalto pubblico. A tale scopo, è stato creato uno strumento con il quale si possono calcolare i costi del ciclo di vita e le emissioni di CO₂.

⁷ <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (visitato il 19.4.2021).

⁸ <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (visitato il 19.4.2021); vedi von Deimling/Schaupp/Essig, pag. 85.

⁹ Complessivamente ESTEVAN HELENA/SCHAEFER BETTINA, Life Cycle Costing State of the Art Report (Local Governments for Sustainability, European Secretariat 2017), https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf (visitato il 13.02.2021), pagg. 37 e ss. – ICLEI - Local Governments for Sustainability è una rete globale di più di 2'500 autorità locali e re-

3. CCV interni

- 43 I costi interni sono quelli sostenuti dal committente pubblico o da altri utenti, come per esempio i costi relativi all'acquisizione, all'utilizzo e alla manutenzione o i costi relativi al fine vita (per l'UE cfr. l'art. 68 n. 1 lett. a della direttiva 2014/24/UE). Devono essere considerati unicamente quei costi interni che si generano solo dopo l'acquisto dell'oggetto dell'appalto e che dunque non vengono sostenuti dall'offerente. Pertanto, dovrebbero essere determinati in anticipo quali posizioni sono già incluse nel prezzo, come ad esempio la consegna e il montaggio, in modo che queste non siano considerate nell'analisi dei costi del ciclo di vita (divieto del cosiddetto doppio conteggio o Double Counting).
- 44 Se i costi del ciclo di vita sono usati in aggiunta a criteri qualitativi per determinare il miglior rapporto qualità/prezzo, lo stesso aspetto non deve essere utilizzato più di una volta per l'aggiudicazione. Per esempio, se un'analisi dei costi del ciclo di vita include tra gli altri i costi dell'elettricità, i bassi costi dell'elettricità non dovrebbero essere tenuti in considerazione come un criterio qualitativo.

4. Considerazione dei costi esterni ambientali

- 45 Una valutazione puramente finanziaria del ciclo di vita serve non solo alla sostenibilità economica ma anche a quella ecologica. Per i prodotti rispettosi dell'ambiente il vantaggio associato al criterio dei costi del ciclo di vita è ancora più pronunciato se vengono inclusi nel calcolo (environmental life-cycle costing, ELCC) anche i costi imputati alle esternalità ambientali (in breve: costi esterni ambientali). Si tratta qui del valore negativo dell'impatto ambientale, espresso in termini monetari, che deriva, per esempio, dalla produzione o dal consumo e che non deve essere sostenuto direttamente dagli operatori economici che hanno a che fare col prodotto, come le imprese, gli utenti finali o le autorità. Questi possono essere, per esempio, i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione del cambiamento climatico (questi esempi sono esplicitamente menzionati nell'art. 68 n. 1 della direttiva 2014/24/UE).
- 46 L'integrazione dei costi imputati alle esternalità ambientali nel calcolo dei costi del ciclo di vita è espressamente consentita nel diritto dell'UE sugli appalti pubblici (art. 68 n. 1 lett. b della direttiva 2014/24/UE). La loro inclusione è comunque consentita anche dal diritto svizzero in materia di appalti pubblici; il termine "costi del ciclo di vita" deve essere inteso in questo senso ampio. Per quanto attiene all'ammissibilità della considerazione dei costi esterni ambientali, si può sottolineare che nell'UE questi erano considerati ammissibili già prima che fossero ancorati nelle direttive sugli appalti pubblici del 2014. Il criterio di aggiudicazione della sostenibilità di cui all'art. 29 cpv. 1 LAPub costituisce una base giuridica supplementare per l'inclusione dei costi esterni ambientali nei CCV.

gionali che promuove lo sviluppo urbano sostenibile." Testo ingl. originale: "ICLEI – Local Governments for Sustainability is a global network of more than 2'500 local and regional governments committed to sustainable urban development.

- 47 I costi dell'impatto ambientale considerati devono essere connessi all'oggetto dell'appalto durante il suo ciclo di vita (esplicitamente menzionato nell'art. 67 n. 2 della direttiva 2014/24/UE). Il committente può includere nei CCV anche i costi esterni dell'impatto ambientale generati prima dell'acquisizione – questo a differenza dei costi interni, che possono essere inclusi solo nella misura in cui sono generati dopo l'acquisizione. L'inclusione delle esternalità ambientali nei CCV richiede inoltre che essi siano monetizzati. Questo è esplicitamente menzionato nell'art. 68 n. 1 lett. b della direttiva 2014/24/UE e completato dal fatto che il valore monetario può essere verificato. Se ciò non è di facile attuazione o se è prevista una ponderazione diversa da quella che sarebbe efficace nel quadro dei CCV, può essere sensato tenere conto delle esternalità ambientali in criteri separati invece che includerli nei CCV e non integrare dunque gli impatti ambientali correlati nel calcolo dei costi del ciclo di vita.
- 48 Se una regolamentazione statale, facendo uso di uno strumento dell'economia di mercato per la protezione dell'ambiente, impone a un'azienda di compensare determinati impatti ambientali da essa causati con l'acquisto di certificati ambientali (diritti a inquinare negoziabili), ne consegue un'internalizzazione dei costi esterni ambientali, pari almeno al prezzo di acquisto. L'importo che l'azienda spende per l'acquisto dei certificati ambientali si ripercuote fondamentalmente sul prezzo della sua prestazione. In questa misura, i costi (originariamente) esterni ambientali sono già stati internalizzati e possono non essere integrati una seconda volta come costi ambientali esterni nei CCV.
- 49 Poiché la LAPub non contiene alcuna disposizione sulla considerazione dei costi esterni ambientali, la direttiva 2014/24/UE (cfr. art. 68 n. 2 comma 2) può servire da riferimento. Ciò è giustificato dal fatto che il diritto svizzero ha obiettivi e principi simili a quelli del diritto dell'UE in materia di appalti pubblici per quanto riguarda la parità di trattamento degli offerenti e la trasparenza della procedura (art. 2 lett. b e c e art. 11 lett. a e c LAPub) e che la regola di aggiudicazione ai sensi dell'art. 41 LAPub corrisponde nel contenuto a quella dell'art. 67 n. 1 della direttiva 2014/24/UE. Ai sensi dell'art. 68 n. 2 comma 2 di tale direttiva, i seguenti requisiti si applicano al metodo di valutazione dei costi esterni ambientali:
- Il metodo deve basarsi su criteri oggettivi verificabili e non discriminatori.
 - Qualora il metodo non sia stato istituito per un'applicazione ripetuta o continua, non deve avere l'effetto di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici, neppure a causa del fatto che gli offerenti nazionali sono in grado di fornire i dati necessari con maggiore facilità rispetto agli offerenti stranieri.
 - Deve garantire che le offerte possano essere comparate in maniera obiettiva.
 - Deve essere accessibile a tutte le parti interessate.
 - I dati richiesti devono essere forniti con ragionevole sforzo da parte degli offerenti. A cosa corrisponda un ragionevole sforzo, deve essere valutato caso per caso e dipende in particolare dal metodo di calcolo e dal ramo economico in questione.
- 50 Si può supporre che la considerazione dei CCV sia conforme al diritto anche in Svizzera se vengono rispettati i requisiti stabiliti nell'art. 68 della direttiva 2014/24/UE; ciò non significa però che

tutte queste disposizioni dettagliate debbano essere imperativamente rispettate anche in Svizzera.

- 51 Orientandosi al diritto europeo in materia di appalti pubblici, si può concludere che i committenti svizzeri possono sviluppare e utilizzare i propri strumenti per tener conto dei costi esterni ambientali in un calcolo dei costi del ciclo di vita. Il desiderio di metodi standardizzati è da accogliere nella misura in cui questi faciliterebbero notevolmente l'utilizzo dei CCV come criterio di aggiudicazione e contribuirebbero alla loro diffusione.
- 52 Il committente pubblico ha un ampio margine di discrezionalità nel determinare il metodo di calcolo, che comprende la scelta delle fasi del ciclo di vita e dei costi esterni ambientali considerati (questo ultimo punto è espressamente previsto nella direttiva 2014/24/UE, nell'art. 68 n. 2); in questo il committente può ponderare maggiormente determinati fattori ambientali rispetto ad altri. Sia la valutazione prevista dei costi del ciclo di vita sia la ponderazione approssimativa devono essere comunicate e integrate nella documentazione del bando.

5. Costi esterni sociali

- 53 Né la LAPub né la regolamentazione dettagliata relativa ai CCV della direttiva 2014/24/UE menzionano i costi esterni sociali. Nella dottrina è dibattuto il fatto se questi possano essere integrati in un'analisi dei costi del ciclo di vita. In ogni caso, la quantificazione dei costi esterni sociali è attualmente ancora associata a molte incertezze, anche da un punto di vista economico. Le considerazioni di ordine sociale che hanno una connessione con l'oggetto dell'appalto, comprese quelle relative ai costi esterni sociali, possono, in ogni caso, essere prese in considerazione come criterio di aggiudicazione al di fuori dei CCV.

I. Descrizione della prestazione, comprese le specifiche tecniche e le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto

- 54 Il committente deve descrivere l'oggetto dell'appalto pubblico nel bando e nella documentazione del bando (art. 35 lett. c e art. 36 lett. b e h LAPub). Tale descrizione delle prestazioni include le specifiche tecniche e le altre modalità e condizioni necessarie per la presentazione delle offerte. Per descrizione delle prestazioni si intendono qui tutti i requisiti obbligatori relativi alla prestazione da fornire. Il diritto svizzero in materia di appalti pubblici disciplina in maniera dettagliata unicamente le specifiche tecniche (art. 30 LAPub), mentre la legislazione dell'UE regola in modo più dettagliato altri elementi della descrizione delle prestazioni: le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto sono dettagliate nell'art. 70 della direttiva 2014/24/UE, mentre i marchi, le relazioni di prova, le certificazioni e altri mezzi di prova sono disciplinati dagli art. 43 e 44 della direttiva 2014/24/UE. Gli art. 43 e 44 della direttiva 2014/24/UE vengono applicati alle specifiche tecniche e alle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, nonché ai criteri di aggiudicazione. In generale, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici è molto più dettagliata rispetto alle disposizioni di legge della LAPub.

- 55 La LAPub intende il termine "specifiche tecniche" in un modo ampio che include anche i requisiti tecnici nel senso di caratteristiche, funzioni e parametri di prestazione. Le specifiche tecniche possono anche essere espressamente previste per *la conservazione delle risorse naturali o la protezione dell'ambiente* (art. 30 cpv. 4 LAPub). Sono ammissibili anche le specifiche tecniche motivate da esigenze ecologiche che si riferiscono *al processo di produzione, sebbene non siano visibili nel prodotto finito*, a condizione che abbiano una connessione oggettiva con l'oggetto dell'appalto.
- 56 I requisiti dettati da ragioni sociali possono essere stabiliti come specifiche tecniche senza ulteriori indugi se riguardano le caratteristiche fisiche della prestazione fornita o si riferiscono al suo utilizzo, come ad esempio le caratteristiche conformi alle esigenze dei disabili di un edificio pubblico, la facile accessibilità dei dispositivi tecnici o una "Progettazione Universale". A parer nostro, gli *aspetti sociali* che si riferiscono *alla produzione e non si riflettono fisicamente nel prodotto* possono anche essere definiti come specifiche tecniche. Le condizioni di lavoro eque o il commercio equo ne sono un esempio. Ciò è avvalorato dal fatto che tali prodotti si distinguono sul mercato dai prodotti che non soddisfano questi requisiti, in particolare quando sono dotati di un corrispondente marchio. Nelle transazioni commerciali, si tratta di prodotti differenti e il committente pubblico dispone della libertà di decidere se vuole acquistare tali prodotti o altri.
- 57 Nell'UE, all'indomani della sentenza Max Havelaar della CGUE, si ritiene che i requisiti sociali legati alla produzione che non si riflettono fisicamente nel prodotto non siano da qualificare come criteri di idoneità, ma come condizioni relative all'esecuzione dell'appalto. Tuttavia, nel diritto europeo, ciò ha come conseguenza principale che a queste si applicano disposizioni meno restrittive. Trasferire queste considerazioni al diritto svizzero in materia di appalti pubblici non escluderebbe che tali criteri possano essere definiti come requisiti obbligatori, che dovrebbero allora essere assegnati ad altre parti della descrizione delle prestazioni (e non alle specifiche tecniche). Così, anche alla luce della situazione giuridica nell'UE, in Svizzera sembra ammissibile includere gli aspetti sociali della fabbricazione di un prodotto come requisito obbligatorio nella descrizione delle prestazioni.
- 58 L'autorità di aggiudicazione ha *un'ampia discrezionalità* nella determinazione dell'oggetto dell'appalto e quindi anche delle specifiche tecniche. Sulla questione della connessione con l'oggetto dell'appalto, si veda sopra.
- 59 Le specifiche tecniche si contrappongono alla promozione di una concorrenza efficace ed equa e al trattamento paritario e non discriminatorio degli offerenti. Pertanto, *il principio di non discriminazione* in relazione alle specifiche tecniche assume un'elevata importanza. Tuttavia, sulla base delle disposizioni della LAPub e del GPA, è ora chiaro che le specifiche tecniche non sono considerate discriminatorie o aventi l'effetto di distorcere la concorrenza semplicemente perché si riferiscono al processo di produzione e non si riflettono materialmente nel prodotto.
- 60 Per quanto attiene agli esempi di condizioni relative all'esecuzione dell'appalto riferite alla sostenibilità, si può anzitutto fare riferimento agli esempi illustrati per i criteri di aggiudicazione, vista la grande somiglianza dei relativi prerequisiti. Altri esempi di condizioni relative all'esecuzione dell'appalto riferite alla sostenibilità, secondo la legislazione dell'UE, sono la consegna dei beni

acquistati tramite rotaia o con veicoli elettrici oppure le condizioni speciali per lo smaltimento dei rifiuti. Come motivazione per le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, i considerando della direttiva 2014/24/UE riconoscono anche il promovimento dell'uguaglianza tra donne e uomini sul posto di lavoro, la maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro, la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione della salute dei lavoratori coinvolti nel processo di produzione, la protezione dell'ambiente o degli animali, l'occupazione dei disoccupati di lunga durata e l'aumento dell'occupazione delle persone svantaggiate. Secondo il considerando 88 della direttiva 2014/24/UE, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione di un appalto pubblico. Un altro esempio di specifica tecnica ammissibile legata alla produzione è la produzione biologica di prodotti alimentari.

J. Certificazioni

- 61 Per la definizione degli aspetti ambientali e sociali dei criteri di aggiudicazione e delle specifiche tecniche, nonché per la loro verifica, il committente può affidarsi a sistemi di certificazione riconosciuti a livello internazionale. Ciò semplifica le possibilità di verifica e i processi di valutazione. I sistemi di certificazione riconosciuti a livello internazionale possono essere impiegati anche per il controllo del rispetto delle condizioni di partecipazione - vale a dire il rispetto delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, delle condizioni di lavoro, della parità salariale e del diritto in materia ambientale.
- 62 Il messaggio concernente la revisione della LAPub precisa che per un prodotto non certificato offerto deve essere comunque sempre ammessa la prova dell'osservanza di requisiti equivalenti. Se l'offerente non può presentare alcun certificato, il committente ha la possibilità, per esempio, di eseguire un'analisi dei rischi e, in presenza di un rischio (per esempio se la prestazione è fornita all'estero), di chiedere lo svolgimento di un audit. Va da sé, tuttavia, che il potenziale onere che ne deriva per il committente può essere elevato e può costituire un ostacolo per l'utilizzo di criteri di sostenibilità. Dal momento che la legislazione dell'UE permette prove alternative solo tramite certificati di terzi rilasciati da organi di certificazione equivalenti (art. 44 n. 1 comma 2 della direttiva 2014/24/UE), è legittimo ritenere che tale soluzione sia compatibile con il GPA. Nell'ambito dei sistemi di gestione dell'ambiente, il Tribunale amministrativo federale ha sentenziato che i servizi di aggiudicazione possono definire nella documentazione del bando che riconosceranno solo i certificati di terzi e che le autodichiarazioni non sono sufficienti. In questo modo dovrebbe essere ammesso anche secondo il diritto svizzero sugli appalti pubblici, che i committenti, nella documentazione del bando, limitino le prove alternative a certificati di terzi rilasciati da organi di certificazione equivalenti.

K. Marchio

- 63 La nuova legge sugli appalti pubblici non contiene ancora una disposizione specifica per i marchi. Come nella precedente legislazione in materia di appalti pubblici, i marchi possono essere prescritti come specifiche tecniche e come criteri di aggiudicazione. Sono anche ammissibili come

criteri di idoneità, se questo è pertinente. I marchi possono anche fungere da prova del rispetto delle condizioni di partecipazione.

- 64 Come è stato illustrato sin qui, ci sono validi motivi per intendere in senso ampio il nesso con l'oggetto di appalto anche per quanto attiene ai marchi, e ammettere anche marchi che richiedono l'adempimento di determinati requisiti da parte dell'azienda nel suo complesso. Ciò è valido nella misura in cui la produzione sostenibile dal punto di vista sociale e ambientale della prestazione richiesta non può essere separata in maniera sensata da alcuni aspetti della condotta generale dell'azienda, come è il caso del rispetto delle condizioni fondamentali di lavoro dignitose ed eque e del rispetto dei diritti umani.
- 65 Poiché è stata la volontà del legislatore svizzero a permettere l'acquisto di prodotti provenienti da un commercio equo e solidale, è logico supporre che volesse autorizzare i marchi pertinenti. Ciò depone a favore di una comprensione in senso lato del presupposto nesso con l'oggetto di appalto. Così, alle condizioni menzionate, possono essere prescritti e valutati di principio dei marchi che integrano anche requisiti inerenti alla condotta generale dell'impresa, se questo è necessario per ottenere una produzione dell'oggetto dell'appalto responsabile dal profilo sociale e rispettosa dell'ambiente.
- 66 FSC o PEFC sono esempi di marchi che possono essere utilizzati per la gestione sostenibile delle foreste.

L. Innovazione

- 67 L'innovazione è trattata esplicitamente in due punti della LAPub: l'art. 29 cpv. 1 considera il contenuto innovativo come un possibile criterio di aggiudicazione e l'art. 24 cpv. 1 menziona "l'acquisto di prestazioni innovative" come uno dei tre prerequisiti per condurre un dialogo. Con il criterio di aggiudicazione "contenuto innovativo" si tiene conto del fatto che le tecnologie innovative e rispettose delle risorse naturali sono, a lungo termine, più economiche. In tal senso, la capacità di innovazione costituisce un elemento dell'economicità ed è funzionale all'aspetto economico della sostenibilità. Inoltre, l'innovazione gioca anche un ruolo importante nell'affrontare le sfide ambientali e sociali.
- 68 Né la LAPub né il relativo messaggio definiscono come si debba intendere il contenuto innovativo in quanto criterio di aggiudicazione e come questo debba essere valutato. Per descrivere il concetto di innovazione nel diritto in materia di appalti pubblici può essere utile la definizione legale dell'art. 2 n. 1 punto 22 della direttiva 2014/24/UE, secondo la quale la "innovazione" deve essere intesa come la realizzazione di prodotti, servizi o processi nuovi o significativamente migliorati. Ne fanno parte: nuovi processi di produzione, di edificazione e di costruzione, metodi di commercializzazione, metodi organizzativi nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne. Questo include non solo le innovazioni tecniche, ma anche, per esempio, soluzioni nuove o significativamente migliorate. Anche i prodotti possono essere considerati innovativi se non hanno ancora trovato accesso al mercato o se non sono ancora suffi-

cientemente rappresentati sul mercato. Gli esempi concreti in cui le innovazioni sono state promosse con successo negli appalti pubblici includono metodi di lavoro innovativi dal punto di vista sociale e ambientale, materiali ecologicamente innovativi o una tecnologia innovativa. Le caratteristiche innovative ai sensi della direttiva 2014/24/UE sono caratterizzate dal fatto che sono sensate e utili. Esse comportano una semplificazione, un miglioramento o un aumento dell'efficienza o permettono l'esecuzione di nuovi compiti. Nell'ambito di questo criterio di aggiudicazione, possono per esempio essere presi in considerazione determinati vantaggi di un'offerta, che superano gli standard di mercato. Le caratteristiche innovative possono sovrapporsi ai criteri ambientali e sociali, dato che questi possono anche riguardare le innovazioni.

- 69 Promuovendo l'innovazione, il diritto dell'UE sugli appalti pubblici mira, tra l'altro, a contribuire a superare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Tuttavia, come nel diritto svizzero in materia di appalti pubblici, anche dal corrispondente diritto dell'UE non si possono trarre indicazioni chiare su come il criterio del contenuto innovativo debba essere implementato e valutato.
- 70 L'innovazione può probabilmente essere promossa meglio con l'aiuto di altri criteri di aggiudicazione, come per esempio i costi del ciclo di vita, la salvaguardia delle risorse e altri strumenti, come i cosiddetti bandi funzionali, l'autorizzazione di varianti, concorsi e mandati di studio in parallelo, nonché il dialogo. È infelice che la LAPub preveda l'obbligo legale di presentare in aggiunta alla variante un'offerta di base come da bando, il che ha l'effetto di inibire l'innovazione. Le probabilità che un'offerta innovativa si aggiudichi l'appalto sono significativamente aumentate dal criterio di aggiudicazione *costi del ciclo di vita*, poiché le soluzioni innovative hanno spesso un costo relativo all'acquisizione o alla produzione più alto, ma possono essere più economiche se considerate sull'arco dell'intero ciclo di vita. Questo è dimostrato, per esempio, dalle case Minergie. Infine, anche il contratto quadro (art. 25 LAPub) può rivelarsi opportuno per quanto attiene alle innovazioni.
- 71 Nell'UE, il partenariato per l'innovazione permette di combinare l'aggiudicazione di un appalto per lo sviluppo di un prodotto innovativo non ancora disponibile sul mercato con il successivo acquisto di tali prodotti in un'unica procedura di aggiudicazione (art. 31 della direttiva 2014/24/UE). Il diritto svizzero non conosce questo strumento, ma presenta alcune analogie con la possibilità prevista dall'art. 21 cpv. 2 lett. f LAPub di acquistare prodotti (prototipi) o prestazioni nuove realizzati o sviluppati su richiesta del committente nel quadro di una commessa di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo originale. Tuttavia, l'art. 21 della LAPub non permette di combinare una commessa in materia di ricerca con l'acquisto del prodotto sviluppato in un'unica procedura di aggiudicazione.
- 72 Infine, il considerando 74 della Direttiva 2014/24/UE, citato nella sentenza Roche Lietuva della CGUE, merita attenzione anche per la prassi svizzera in materia di appalti pubblici. Secondo questo, le specifiche tecniche devono rendere possibile l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e raggiungere gli obiettivi di sostenibilità. A tal fine, dovrebbe essere possibile presentare offerte che riflettano sul mercato la diversità di soluzioni tecniche, norme e specifiche tecniche.