

JAAC 64.60

Decisione della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici del 29 feb-braio 2000 nella causa C. [CRM 1999-010]

Marchés publics. Notion de marché public. Indication erronée des voies de droit.

- *Le marché public a un caractère synallagmatique (art. 5 LMP). En l'absence d'un échange de prestations, une aide financière ne peut pas être qualifiée de marché public (consid. 1b).*
- *Le régime juridique applicable aux subventions doit être distingué de celui relatif aux concessions (consid. 1b).*
- *Le recourant qui s'est fondé sur une indication erronée des voies de droit, et qui était légitimé à le faire, ne doit subir aucun préjudice de ce fait (art. 38 PA). En conséquence, le recours doit être transmis à l'autorité compétente et le recourant doit être libéré du paiement des frais de justice (consid. 2).*

Öffentliches Beschaffungswesen. Begriff der öffentlichen Beschaffung. Unzutreffende Rechtsmittelbelehrung.

- *Die öffentliche Beschaffung hat synallagmatischen Charakter (Art. 5 BoeB). In Ermangelung eines Leistungsaustausches kann eine Finanzhilfe nicht als öffentliche Beschaffung qualifiziert werden (E. 1b).*
- *Die auf die Subventionen anzuwendenden Rechtsvorschriften sind von denen, welche die Konzessionen betreffen, zu unterscheiden (E. 1b).*
- *Dem Beschwerdeführer, der sich berechtigterweise auf eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung verlässt, darf daraus kein Rechtsnachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Entsprechend ist die Beschwerde der zuständigen Behörde zu überweisen und der Beschwerdeführer von der Auferlegung von Verfahrenskosten zu befreien (E. 2).*

Acquisti pubblici. Nozione di commessa pubblica. Indicazione erronea del rimedio giuridico.

- La commessa pubblica ha carattere sinallagmatico (art. 5 LAPub). Vista l'assenza di uno scambio di prestazioni, un aiuto finanziario non può essere qualificato quale commessa pubblica (consid. 1b).

- Il regime giuridico applicabile ai sussidi deve essere distinto da quello relativo alle concessioni (consid. 1c).

- Il ricorrente che si è fondato su un'indicazione erronea del rimedio giuridico, e che era legittimato a farlo, non deve subire pregiudizio alcuno da questo fatto (art. 38 PA). Di conseguenza il ricorso deve essere trasmesso all'autorità competente e il ricorrente deve essere esonerato dal pagamento delle spese processuali (consid. 2).

Nel corso del mese di dicembre 1998 l'Ufficio federale della sanità pubblica (in seguito: UFSP), unitamente alla Conferenza svizzera dei direttori cantonali della pubblica istruzione, indiceva un concorso per la promozione della sanità in seno alla scuola nell'ambito di un programma pilota denominato «Scuola e sanità». L'obiettivo del concorso consisteva nell'assegnare aiuti finanziari a progetti legati alla promozione della sanità nella scuola, con preferenza data a quelli aventi carattere intercantonale o cantonale. I progetti dovevano essere inoltrati entro il 31 luglio 1999. In data 23 giugno 1999 il C. inviava all'UFSP il proprio progetto denominato «Progetto Incontro». Con decisione del 27 settembre 1999 l'UFSP comunicava al C. l'esclusione del suo progetto dal programma d'aiuto federale e indicava quale istanza ricorsuale la Commissione federale di ricorso in materia d'acquisti pubblici (in seguito: Commissione acquisti pubblici).

Contro la suddetta decisione è insorto, con ricorso del 12 ottobre 1999, il C. (in seguito: il ricorrente). Delle censure sollevate si dirà, se necessario, nei considerandi di diritto. L'UFSP, in sede di risposta, ha contestato la competenza della Commissione acquisti pubblici, in quanto l'indicazione del rimedio giuridico è avvenuta erroneamente, essendo la decisione del 27 settembre 1999 definitiva.

Gli altri fatti saranno ripresi, se del caso, nei considerandi di diritto della presente decisione.

Estratti dei considerandi:

1.a. Giusta l'art. 71a della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA, RS 172.021), le Commissioni federali di ricorso non beneficiano di un potere cognitivo generale, bensì di una competenza per clausola enumerativa o attributiva (*Peter Uebersax*, in: Moser/Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basilea e Francoforte sul Meno 1998, n. 1.3.1; *André Grisel*, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, pag. 1016; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3^a ed., Zurigo 1998, n. 1468 e seg.). La loro

giurisdizione è quindi attribuita da leggi speciali (art. 71a cpv. 1 PA). In limine, occorre pertanto esaminare se la Commissione acquisti pubblici è competente per entrare nel merito del gravame.

b. In virtù dell'art. 27 cpv. 1 della legge federale sugli acquisti pubblici del 16 dicembre 1994 (LAPub, RS 172.056.1), contro le decisioni del committente è dato ricorso alla Commissione acquisti pubblici. La LAPub è applicabile all'aggiudicazione di commesse di forniture, di commesse di servizi o di commesse edili da parte dell'Amministrazione generale della Confederazione (art. 2 cpv. 1 lett. a e art. 5 LAPub).

L'art. 5 LAPub definisce la commessa pubblica un contratto tra il committente e un offerente riguardante l'acquisto di beni mobili (commessa di forniture), la fornitura di prestazioni di servizio (commessa di servizi) o l'esecuzione di lavori edili o del genio civile (commessa edile). Per l'interpretazione della nozione di «contratto» può essere utile far riferimento alla regolamentazione delle Comunità europee, ritenuto che il legislatore ha voluto assicurare, nella misura del possibile, l'eurocompatibilità del diritto svizzero in materia di acquisti pubblici (Messaggio 2 GATT, FF 1994 IV 1154 seg. e 1183 seg.; *Evelyne Clerc*, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Friburgo 1997, pag. 405; decisione della Commissione acquisti pubblici del 29 giugno 1998, pubblicata nella [GAAC 63.15](#) consid. 1d, e dell'8 ottobre 1998, pubblicata nella [GAAC 63.16](#) consid. 1a). L'art. 1 lett. a delle direttive delle Comunità europee sulle commesse di forniture, di servizi e edili e l'art. 1 § 4 della direttiva settoriale prevedono che una commessa pubblica è un contratto a titolo oneroso (direttiva 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse di forniture, Gazzetta ufficiale [GU] 1993 L 199/1; direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse edili, GU 1993 L 199/54; direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse di servizi GU 1992 L 209/1; direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, GU 1993 L 199/84). Di conseguenza, affinché siano dati gli estremi di una commessa pubblica, è necessario che sia versata una remunerazione all'offerente in cambio della sua prestazione (cfr. anche *Christian Bock*, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, Basilea e Francoforte sul Meno 1993, pag. 265; *Thierry Vinois*, L'ouverture des marchés publics à l'horizon, in: Aspects du droit des marchés publics, Friburgo 1992, pag. 40; *Nicolas Michel*, La passation des marchés publics en droit européen, in: Journées du droit de la construction, vol. II, Séminaire pour le droit de la construction, Friburgo 1993, pag. 69).

La commessa pubblica ha quindi carattere sinallagmatico. Non vi è in particolare contratto a titolo oneroso in caso di prestazioni unilaterali, quali gli aiuti finanziari, la messa a disposizione di capitali o i trasferimenti contabili che permettono al beneficiario di svolgere determinati compiti nell'interesse pubblico (cfr. a questo proposito la motivazione della Commissione europea relativa alla proposta di direttiva del Consiglio sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse pubbliche di servizi COM (90) 372 *in fine* del 6 dicembre 1990, punto 25). Vista l'assenza di uno scambio di prestazioni (prestazione e controprestazione), un aiuto finanziario non può

essere qualificato quale commessa pubblica. In effetti, gli aiuti finanziari sono, secondo l'art. 3 cpv. 1 della legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (LSu, RS 616.1), «vantaggi pecuniari». Secondo la dottrina, un vantaggio pecuniario o un sussidio si distinguono dal fatto che il beneficiario non deve fornire nessuna controprestazione conformemente alle regole abituali di mercato. Non si tratta pertanto di uno scambio di prestazioni come nel caso di un contratto di vendita, di appalto o di una retribuzione salariale. Ciò non significa tuttavia che il beneficiario non debba fornire alcuna prestazione, nella misura in cui essa possa essere pretesa in ragione delle sue capacità economiche (*Barbara Schaerer*, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Coira/Zurigo 1992, pag. 39).

In sostanza gli aiuti finanziari consistono nel prezzo pubblico che versa lo Stato per ridurre i costi di un'operazione al fine di incrementare certi settori, indipendentemente da qualsiasi vantaggio diretto che dall'opera ridonda all'Ente sussidiante (*Marco Borghi*, Giurisprudenza amministrativa ticinese, Agno, n. 753).

Scopo finale del concorso indetto dall'UFSP è di assegnare aiuti finanziari a progetti legati alla promozione della sanità nella scuola. Nella fattispecie l'UFSP non riceverà nessuna controprestazione dalle entità che egli intenderà sostenere con i sussidi. Queste entità hanno unicamente l'obbligo di realizzare i progetti sovvenzionati, che consistono in azioni tendenti a promuovere l'educazione e la promozione della sanità nelle scuole. I sussidi rappresentano una prestazione unilaterale dell'UFSP e non un contratto a titolo oneroso. Ora, la procedura adottata dall'ente pubblico per l'assegnazione di un aiuto finanziario non rientra nel campo d'applicazione della LAPub (cfr. decisione del Tribunale amministrativo del Canton Berna del 25 giugno 1999, pubblicata nella Giurisprudenza amministrativa bernese 1999, pag. 507 e segg.). Tale procedura, infatti, non tende alla fornitura da parte dell'offerente di una prestazione di servizio a titolo oneroso ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. b LAPub, quanto e piuttosto all'ottenimento da parte del richiedente di una prestazione positiva dall'ente pubblico (art. 3 cpv. 1 LSu). Constatato il mancato adempimento delle condizioni di una commessa pubblica ai sensi dell'art. 5 LAPub, discende che la Commissione acquisti pubblici non è competente per esaminare il gravame.

c. Il regime giuridico applicabile ai sussidi deve essere distinto da quello relativo alle concessioni (decisione della Commissione acquisti pubblici nella causa S. [BRK 1999-006] del 3 settembre 1999 consid. 1e [*NdR*: ora pubblicata in [GAAC 64.30](#)]). Sia nel caso di sussidi che nel caso di concessioni, il beneficiario del servizio non è il «committente» (come nel caso di una commessa), bensì un terzo estraneo al rapporto contrattuale, generalmente l'insieme degli utenti. Tuttavia, se per il concessionario la remunerazione per il servizio fornito consiste nel prezzo pagato dai beneficiari del servizio medesimo, per l'entità sussidiata essa consiste nel sussidio erogato. Inoltre e soprattutto, il sussidio ha lo scopo di far assumere al «committente» il rischio economico che deriva dalla prestazione di un servizio d'interesse generale, mentre nel caso della concessione, tale rischio è assunto dal concessionario (cfr. il progetto di comunicazione interpretativa della Commissione europea concernente le concessioni nell'ambito del diritto europeo degli acquisti pubblici, GU 1999 C 94/4 punto 1.1; causa Commissione c/Italia C-272/91 Reg. 1994-I pag. 1409 punti

22-25 e 32; punto 15 della motivazione relativa alla proposta di modifica della direttiva del Consiglio sulla coordinazione delle procedure di aggiudicazione delle commesse pubbliche di servizi, COM (91) 322-SYN 293 del 31 agosto 1991).

Come già ricordato sopra, nel caso in esame i sussidi versati dall'UFSP servono a finanziare i progetti atti a promuovere l'educazione e il promovimento della sanità nelle scuole. Le entità sovvenzionate non assumono pertanto il rischio derivante dalla realizzazione dei progetti. Ne discende che tali sussidi non possono essere assimilati alle concessioni e non soggiacciono pertanto al medesimo regime giuridico.

Visto che le regole della LAPub non si applicano all'erogazione di sussidi, la Commissione acquisti pubblici non è competente per entrare nel merito di un gravame sulla concessione o sul rifiuto di sussidi.

L'UFSP ha erroneamente indicato, quale rimedio giuridico contro la sua decisione, il ricorso alla Commissione acquisti pubblici. Da quanto appena esposto si evince che i presupposti per l'applicazione dei dettami della LAPub non sono dati. È parimenti da escludere la competenza della Commissione acquisti pubblici ai sensi dei combinati disposti dell'art. 27 LAPub e dell'art. 71a PA.

2. Il ricorrente che si è fondato su un'indicazione erronea del rimedio giuridico, e che era legittimato a farlo, non deve subire pregiudizio alcuno da questo fatto. Per contro, colui che è a conoscenza dell'inesattezza dell'indicazione di un rimedio giuridico o che avrebbe dovuto riconoscerla facendo uso dell'attenzione richiesta, non può prevalersi di un'indicazione errata ([DTF 123 II 238](#) consid. 8b, [DTF 121 II 72](#) consid. 1e, 2 e 4). Nella fattispecie in esame il ricorrente non era rappresentato da un avvocato, né era immediatamente riconoscibile che il rimedio di diritto indicato dall'UFSP non fosse corretto. In tali circostanze e conformemente alla regola dell'art. 38 PA, l'indicazione inesatta del rimedio giuridico non deve cagionare pregiudizio alcuno al ricorrente.

a. Visto quanto sopra il ricorso deve essere innanzitutto trasmesso all'autorità competente (art. 8 cpv. 1 PA; [DTF 123 II 238](#) consid. 8b). L'art. 35 LSu prevede che le decisioni in materia di aiuti finanziari possono essere impugnate conformemente alle disposizioni generali della PA. Giusta l'art. 47a PA, il dipartimento federale è la prima istanza di ricorso contro le decisioni degli uffici federali. Di conseguenza la causa deve essere trasmessa al Dipartimento federale dell'interno affinché prenda le decisioni che gli competono.

b. L'art. 63 cpv. 1 *in fine* PA prevede che per eccezione si possono condonare le spese processuali (art. 4a lett. b dell'ordinanza del 10 settembre 1969 sulle tasse e spese nella procedura amministrativa [RS 172.041.0]). Ritenuto che il ricorrente non deve subire pregiudizio alcuno dall'indicazione inesatta del rimedio giuridico, egli deve essere esonerato dal pagamento delle spese processuali (cfr. decisione del Consiglio federale del 29 maggio 1991, pubblicata nella [GAAC 56.18 in fine](#)). Al ricorrente viene restituito d'ufficio l'anticipo spese versato.

JAAC 64.60 - Decisione della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici del 29 feb-braio 2000 nella causa C. [CRM 1999-010]

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2000
Année	
Anno	
Band	64
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 802

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.