

Promemoria

Appalti inhouse, quasi-inhouse e instate

Stato: 10.06.2020 / valido dal 01.01.2021

La decisione di decidere se acquistare una prestazione all'interno dell'Amministrazione federale (acquisto *inhouse*, *quasi-inhouse* o *instate*) o sul libero mercato rientra nel potere di apprezzamento del committente. Il diritto in materia di appalti pubblici non è applicabile agli appalti *inhouse*, *quasi-inhouse* o *instate*¹. Queste tre tipologie di appalto sono state inserite nella LAPub rivista. Tuttavia, a livello federale non si è ancora formata una giurisprudenza sugli appalti *quasi-inhouse* e *instate*. Al tempo stesso, è spesso difficile stabilire se le relative condizioni sono soddisfatte. Poiché per diversi punti di dettaglio è necessario chiarire la situazione giuridica, raccomandiamo di ricorrere a una consulenza legale prima di effettuare tali appalti.

A. Inhouse (art. 10 cpv. 3 lett. c LAPub)

1. Definizione

Un appalto è definito *inhouse* quando lo scambio di prestazione e controprestazione avviene *in seno alla stessa persona giuridica*. In questo caso, il committente pubblico acquista la prestazione necessaria da una delle sue unità organizzative non autonome, ad esempio un servizio interno all'Amministrazione.

Sugli appalti *inhouse* si è formata una giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale².

2. Condizione

Il committente e il fornitore di prestazioni fanno parte della stessa persona giuridica.

3. Esempi

Inhouse: un ufficio federale incarica un altro ufficio federale di digitalizzare i documenti archiviati degli anni 1924–1976.

Inhouse: un comune decide di non acquistare più le bare di legno da imprese private e di affidarne la produzione a una divisione interna³.

Non inhouse: un ufficio federale intende conferire mandati relativi all'esecuzione di analisi a un ente autonomo di diritto pubblico (altra persona giuridica).

B. Quasi-inhouse (art. 10 cpv. 3 lett. d LAPub)

1. Definizione

Un appalto è definito *quasi-inhouse* quando il committente pubblico attribuisce un mandato a un fornitore di prestazioni che è una *persona giuridica distinta* dal committente, ma sottoposta al suo ampio controllo e che svolge le sue attività essenzialmente in favore del committente.

2. Condizioni

Le seguenti condizioni devono essere soddisfatte *cumulativamente*:

- il committente pubblico e il fornitore di prestazioni sono persone giuridiche distinte;
- il committente pubblico esercita sul fornitore di prestazioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (controllo e requisito relativo al controllo). La questione decisiva è stabilire se nel caso concreto il committente pubblico può esercitare sul fornitore di prestazioni un'influenza determinante de iure e de facto;
- il fornitore di prestazioni svolge le sue attività essenzialmente in favore del committente pubblico. Questa condizione è soddisfatta se il fornitore di prestazioni fornisce a quest'ultimo almeno l'80 per cento delle sue prestazioni (clientela e requisito relativo all'attività)⁴.

Annotazioni: secondo la giurisprudenza della CGUE, nessuna persona privata può detenere una partecipazione nel capitale del fornitore di

¹ Le regolamentazioni concernenti le competenze organizzative sono tuttora valide.

² Cfr. la sentenza del Tribunale amministrativo federale B-1687/2010 del 21 giugno 2011, consid. 2.

³ Cfr. la sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo VB.2006.00145 del 5 aprile 2006, consid. 1.2.

⁴ Messaggio del 15 febbraio 2017 concernente la revisione totale della legge federale sugli acquisti pubblici, FF 2017, pag.1644.

prestazioni⁵. Il fatto di non accettare partecipazioni private si è finora rivelato opportuno, in quanto una partecipazione intaccherebbe la neutralità competitiva e potrebbe alterare la concorrenza.

L'esistenza di un controllo sufficiente va valutata nel singolo caso sulla base delle circostanze di fatto e di tutte le norme applicabili. Il controllo può essere esercitato anche da diversi committenti pubblici⁶. In questi casi il committente che intende ricorrere all'appalto *quasi-inhouse* deve poter concorrere al controllo, ad esempio per il tramite di membri in seno all'organo direttivo comune.

3. Esempi

Quasi-inhouse: un ufficio federale vorrebbe collaborare con l'istituto di ricerca Y SA, che appartiene per il 100 % alla Confederazione. La direzione della Y SA si compone di rappresentanti di quattro uffici federali. La Y SA lavora per l'Amministrazione federale e fornisce agli altri uffici federali prestazioni esclusivamente non commerciali e neutre sotto il profilo della concorrenza.

No quasi-inhouse: un ufficio federale intende incaricare la X SA (di proprietà dell'ente pubblico) dell'esecuzione di analisi specifiche. La clientela della X SA è ripartita nel seguente modo: Confederazione 50 per cento, Cantoni 20 per cento, Comuni 5 per cento, privati 25 per cento. Inoltre la X SA è regolarmente in concorrenza con offerenti privati.

C. Instate (art. 10 cpv. 3 lett. b LAPub)

1. Definizione

Un appalto è definito *instate* se è *neutro sotto il profilo della concorrenza* ed è effettuato da un committente pubblico presso un altro committente pubblico (fornitore di prestazioni). Il livello statale⁷ del committente e del fornitore di prestazioni è indifferente. Contrariamente agli appalti *quasi-inhouse*, in questo caso non è richiesto il requisito relativo al controllo né quello relativo all'attività. Tuttavia, questo costrutto è caratterizzato dal principio della neutralità competitiva⁸.

2. Condizioni

Le seguenti condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente:

- a) il committente pubblico e il fornitore di prestazioni sono persone giuridiche distinte;

- b) nessun privato detiene partecipazioni nel capitale della società cui partecipa il fornitore di prestazioni⁹;
- c) anche il fornitore di prestazioni è assoggettato al diritto in materia di acquisti pubblici. Può trattarsi del diritto in materia di acquisti pubblici federale o cantonale;
- d) il fornitore di prestazioni non fornisce la prestazione necessaria in concorrenza con privati. Questo significa, ad esempio, che l'attività non deve essere di natura commerciale¹⁰, il fornitore di prestazioni non deve partecipare a una procedura di aggiudicazione pubblica né fornire le sue prestazioni a privati, a meno che queste siano nell'interesse pubblico (valutazione del singolo caso).

3. Esempi

Instate: un Comune esternalizza la produzione di bare di legno trasferendola in un altro Comune.
Instate: un Comune incarica un Ufficio federale di gestire determinate parti della sua infrastruttura informatica o viceversa.

No instate: aggiudicazione di perizie, prove di prodotti ecc. a scuole universitarie o a università, se l'istituto in questione offre questa prestazione anche a privati seguendo una strategia commerciale e partecipa a procedure di aggiudicazione pubbliche.

No instate: aggiudicazione di una commessa informatica a una società anonima di cui la Confederazione detiene il 99,9 per cento delle azioni, se le restanti azioni sono in mano a investitori privati

E. Raccomandazioni per i servizi richiedenti

La situazione giuridica è tuttora incerta per quanto riguarda gli appalti *quasi-inhouse* e *instate*. Questi tipi di appalto devono quindi essere gestiti con cautela. Prima di avviare un progetto di appalto bisogna richiedere per tempo una consulenza giuridica.

F. Ulteriori informazioni

Centro di competenza per gli acquisti pubblici della Confederazione: recht.wto@bbl.admin.ch

⁵ Cfr. sentenza CGUE C-26/03 dell'11 gennaio 2005 (Stadt Halle), n. 49.

⁶ Sentenza della CGUE C 295/05 del 19 aprile 2007 (ASEMFO) n.57; vedi anche BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurigo 2012, n. 1239.

⁷ Confederazione, Cantone o Comune.

⁸ Cfr. decisione del Tribunale amministrativo di San Gallo B 2016/146 del 22 febbraio 2018, consid. 3.

⁹ Cfr. messaggio, pag. 1906.

¹⁰ Il calcolo dei costi fatturati deve basarsi sul principio di equivalenza e di copertura dei costi (risposta del CF all'interpellanza Candinas 19.4340 del 27.09.2019).