

GR_GERICHTE U 2020 66 vom 6. Dezember 2022

GR Gerichte, 2022-12-06, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2020_66

FR: GR_GERICHTE U 2020 66 du 6 décembre 2022

IT: GR_GERICHTE U 2020 66 del 6 dicembre 2022

Regeste

Submissionen

Erwägungen

E. 2

Controverso è se il convenuto ha giustamente disposto l'interruzione e la ripetizione delle relative procedure d'appalto giusta l'art. 24 cpv. 3 lett. c Lap a causa di sospetti di collusione o se piuttosto deve deliberare i lavori all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. 3.1. Giusta l'art. 24 cpv. 2 Lap il committente può interrompere la procedura di aggiudicazione per motivi importanti. Secondo la giurisprudenza un'interruzione (definitiva o allo scopo di una nuova pubblicazione di un progetto modificato) è ammessa se è giustificata da motivi oggettivi e se non discrimina in maniera mirata singoli concorrenti (cfr. DTF 134 II 192 consid. 2.3; sentenze del Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni [STA] U 20 104 del 12 gennaio 2021 consid. 2.4, U 20 41 del 23 febbraio 2021 consid. 2.1 con rinvii, U 20 23 del 24 agosto 2020 consid.

E. 2.2

segg.). La procedura può essere in special modo ripetuta se le offerte presentate non garantiscono un'efficace concorrenza (art. 24 cpv. 3 lett. c Lap). Una concorrenza efficace è compromessa, in particolare, in caso di accordi (illeciti) in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 e art. 5

- 15 - della Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251). L'autorità è in special modo tenuta a garantire la promozione della concorrenza fra i concorrenti, l'impiego ottimale di fondi pubblici e la parità di trattamento degli offerenti. Un motivo oggettivo (risp. importante) sussiste già qualora i vantaggi di un'interruzione prevalgano su quelli di una prosecuzione della procedura. I concorrenti non hanno nessun diritto soggettivo alla prosecuzione della procedura d'appalto (cfr. BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren in: AJP 7/2005, pag. 790 n. 32 segg.; SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zurigo 2008, pag. 292 n. 16 segg.). 3.2. Vista la difficoltà di dimostrare l'esistenza di accordi illeciti, non possono essere poste esigenze elevate al grado di rilevanza della prova. L'autorità deve pertanto poter interrompere la procedura d'appalto già solo se sussistono indizi sufficienti a sostegno di accordi illeciti risp. di una concorrenza falsata (cfr. SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, diss. Basilea 2010, n. 295 segg. in particolare 319 segg. con riferimenti; cfr. anche l'art. 43 cpv. 1 lett. e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici [CIAP; CSC 803.710] entrato in vigore il 1° ottobre 2022 – benché non applicabile a questa fattispecie conclusasi sotto il vecchio diritto [cfr. art. 64 cpv. 1 CIAP] – secondo cui il committente può interrompere la procedura di

aggiudicazione in particolare se esistono indizi sufficienti di un accordo illecito in materia di concorrenza tra gli offerenti). L'appaltante gode di un margine di apprezzamento nella decisione di interruzione (cfr. STA U 20 104 del 12 gennaio 2021 consid. 2.4). Il Tribunale interviene dunque soltanto in caso di abuso o eccesso del potere d'apprezzamento (cfr. per tutto STA U 20 65 del 7 settembre 2021 consid. 4.1). 4.1. Le ricorrenti sostengono, in sintesi, che gli indizi (importanti) di accordi sui prezzi volti a distorcere la concorrenza asseriti dal convenuto non

- 16 - sarebbero suffragati. Il convenuto avrebbe tra l'altro dovuto fornire le prove per ogni singola decisione. In tre gare vi sarebbe stata una forte concorrenza. Due offerte su tre sarebbero addirittura state inferiori in modo rilevante ai preventivi. L'unico elemento che possa avvalorare i sospetti del convenuto sarebbe la differenza di prezzo tra il preventivo dell'UT e l'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E. ____". Questi sospetti sarebbero tuttavia smentiti dalla perizia inoltrata. 4.2. Questi giudici condividono per contro l'opinione del convenuto secondo cui, in considerazione del contesto complessivo, per l'interruzione delle procedure d'appalto qui in discussione sussistono sufficienti indizi di una concorrenza inefficace. Ciò risulta dai controlli interni ed esterni effettuati. Come descritto sopra, per l'interruzione della procedura d'appalto non può essere preteso che il convenuto dimostri con piena prova l'esistenza di un cartello. Bastano sufficienti indizi in tal senso.

L'interruzione delle procedure d'appalto nel caso di specie è avvenuta dopo una prima verifica dell'UT – a causa di sospetti di collusione –, un'ulteriore approfondita verifica da parte del DIEM di queste procedure – da cui sono emersi degli indizi di accordi illeciti – e un'analisi supplementare tramite screening computerizzato (analisi statistica delle offerte inoltrate tramite software) effettuato da un servizio esterno – che per quattro commesse delle sei analizzate ha supportato il sospetto di accordi illeciti. Gli indizi di una concorrenza non efficace in questo caso vanno pertanto ritenuti sufficienti. 4.3. Le ricorrenti osservano che questo Tribunale nella sentenza U 21 30 avrebbe riferito che le verifiche mediante metodo screening, non messe a disposizione delle ricorrenti, non potrebbero essere usate a pregiudizio delle ricorrenti. Effettivamente, in fondo al consid. 4 di suddetta sentenza relativo all'accesso ai documenti concernenti la lista di controllo interna per gli accordi sugli appalti (doc. 18 convenuto) e la valutazione nell'ambito dello screening (doc. 19 convenuto), questo Tribunale ha precisato che nonostante la conferma di rifiuto di consegna di tali atti "il contenuto di

- 17 - questi documenti non potrà essere utilizzato a svantaggio delle ricorrenti nella procedura di ricorso U 20 66 (cfr. l'art. 17 cpv. 3 LGA)". 4.3.1. Giusta l'art. 17 cpv. 3 LGA se a svantaggio di una parte ci si basa su atti dei quali essa non può prendere visione, il contenuto a carico deve esserle comunicato e le deve essere dato modo di prendere posizione e di presentare domanda di assunzione di ulteriori prove. 4.3.2. Le ricorrenti sono a conoscenza del fatto che i controlli effettuati dal convenuto e dal servizio esterno presentano indizi a loro sfavore. In tal senso, il contenuto di questi documenti segreti è stato reso noto alle ricorrenti, mentre non si è ritenuto appropriato divulgarne i dettagli risp. il metodo del controllo poiché la diffusione potrebbe portare le imprese ad adattarsi a queste circostanze a svantaggio dell'autorità committente e contravverrebbe così allo scopo della legislazione sugli appalti e sui cartelli (v. STA U 21 30 consid. 4). Ne discende che, confermando la tesi del convenuto sull'esistenza di fondati sospetti di collusione basata sui relativi documenti di controllo non consegnati alle ricorrenti, il Tribunale non incombe in una violazione dell'art. 17 cpv. 3 LGA. Per completezza, si rileva che lo screening

computerizzato rappresenta un valido strumento per individuare accordi illeciti. Questo strumento è servito ad avvalorare i sospetti di accordi illeciti sorti al convenuto. Va rammentato che in questa sede non si tratta di decidere se effettivamente vi siano stati degli accordi illeciti. Dacché fondamentalmente non sussiste un diritto soggettivo alla prosecuzione della procedura d'appalto, questi Giudici ritengono di poter confermare la sufficienza degli indizi di accordi illeciti in base ai summenzionati strumenti di controllo senza violare il diritto di essere sentiti delle ricorrenti, alle quali per motivi di segretezza è stata negata la possibilità di confutare nel dettaglio le analisi e i risultati della lista di controllo e dello screening.

- 18 - 4.4. Indipendentemente da quanto appena considerato, va notato che la COMCO secondo l'art. 27 cpv. 1 LCart apre un'inchiesta se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Pertanto, a prescindere dagli elementi di sospetto evidenziati nei documenti del convenuto non resi accessibili alle ricorrenti, già solo l'avvio dell'indagine della COMCO contro le ricorrenti può essere ritenuto un indizio e quindi un motivo oggettivo sufficiente a giustificare un'interruzione delle procedure in discussione. Va notato che, come obiettato dalle ricorrenti, l'inchiesta della COMCO è stata ufficialmente aperta successivamente all'emanazione delle decisioni di interruzione e ripetizione di gara qui impugnate. Tuttavia, già prima dell'emanazione di queste decisioni del 10 giugno 2020 con scritto del 29 maggio 2020 (doc. 21 convenuto) la COMCO aveva ritenuto sostenibile la procedura delineata dal convenuto. Decisivo resta dunque il fatto che la COMCO abbia preso la decisione di avviare un'inchiesta molto presumibilmente prima o contemporaneamente all'interruzione disposta dal convenuto. La decisione di aprire un'inchiesta da parte della COMCO può dunque essere ritenuta un sufficiente indizio giustificante le decisioni qui impugnate di interruzione e ripetizione delle gare d'appalto.

4.5. Si rammenta inoltre che l'interruzione e la ripetizione delle procedure d'appalto è avvenuta a seguito delle evidenze legate alla concorrenza (e non a seguito del superamento del limite di spesa risp. del preventivo). Siccome il convenuto ha menzionato la circostanza del superamento del preventivo per il "Ponte E._____" le ricorrenti hanno concluso che l'unico elemento che possa avvalorare i sospetti del convenuto sarebbe la differenza di prezzo tra il preventivo e l'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E._____". Ciò non è tuttavia il caso. Secondo la lista di controllo interna sono adempiti vari indizi e l'analisi computerizzata non si basa sulla differenza tra offerte e preventivo. Non bisogna dunque approfondire questo aspetto e non occorre dar seguito alla richiesta probatoria delle

- 19 - ricorrenti di una perizia (giudiziaria) sul preventivo e l'offerta delle ricorrenti riguardo alla gara "Ponte E._____".

E. 5

Viste le conclusioni di cui sopra, non serve accertare ulteriormente la fattispecie dando seguito alle richieste probatorie delle ricorrenti, anche perché non si intravede come da ulteriori mezzi di prova possano emergere degli elementi atti a cambiare l'esito a cui sono giunti questi Giudici.

E. 6

Riassumendo, appare sostenibile la scelta del convenuto di interrompere e ripetere le procedure di aggiudicazione per i relativi progetti a causa di fondati sospetti su accordi anticoncorrenziali. Il ricorso va dunque respinto e la decisione impugnata confermata.

E. 7

Sulla base di casi e importi d'aggiudicazione analoghi (in questo caso l'importo complessivo per le quattro gare impugnate ammonta a più di CHF 3.6 mio) e in considerazione dei numerosi scritti delle parti, la tassa di Stato per questa procedura è fissata a CHF 10'000.00. Siccome il convenuto in un primo momento si è (ingiustamente) rifiutato di produrre praticamente tutti gli atti, senza considerare la possibilità di una produzione parziale (eventualmente con omissioni) dei documenti, appare opportuno assegnare ad esso il 20 % dei costi processuali. Il restante 80 % è accollato alle ricorrenti (in responsabilità solidale, come previsto dall'art. 72 cpv. 2 LGA). In questo senso, si giustifica pure un indennizzo forfettario per i costi di patrocinio delle ricorrenti maturati in relazione allo scambio di scritti sulla produzione degli atti. Tali ripetibili in favore delle ricorrenti sono fissate all'importo forfettario di CHF 1'000.00 (complessivi, senza diritto all'aggiunta dell'IVA). Secondo la regola nell'art. 78 cpv. 2 LGA al convenuto non sono assegnate ripetibili. III. Per questi motivi il Tribunale giudica:

- 20 - 1. Il ricorso è respinto. 2. Vengono prelevate le seguenti spese processuali: - una tassa di Stato di CHF 10'000.00 - e le spese di cancelleria di CHF 447.00 totale CHF 10'447.00 Tali spese sono poste in ragione di 1/5 a carico del Cantone dei Grigioni e in ragione di 4/5 in solido a carico della A. _____ SA, B. _____ SA e C. _____ SA. 3. Il Cantone dei Grigioni versa alla A. _____ SA, B. _____ SA e C. _____ SA CHF 1'000.00 a titolo di ripetibili. 4. [Vie di diritto] 5. [Comunicazioni]

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.