

Rapporto

numero	data	Dipartimento
6072 R	9 settembre 2008	TERRITORIO
Concerne		

della Commissione della gestione e delle finanze sul messaggio 13 maggio 2008 del Consiglio di Stato concernente la richiesta di un credito di fr. 750'000.-- a copertura dei costi a carico del Cantone per la causa civile che intende intraprendere nei confronti delle ditte di pavimentazione ticinesi

1. OGGETTO

Nell'ambito di un'inchiesta esperita dalla Commissione Federale sulla concorrenza (in seguito: Comco) in merito alle pavimentazioni stradali in Ticino sono emerse, a giudizio della commissione stessa, alcune importanti violazioni alla legge Federale sui cartelli e altre limitazioni alla concorrenza (in seguito LCart) da parte di 17 ditte attive nel campo della pavimentazione stradale con asfalto.

In particolare è stato appurato che fra queste ditte esisteva un cartello nel periodo gennaio 1999 - dicembre 2004 con una ripartizione del territorio in merito alla manutenzione dei tratti stradali, una rotazione nell'aggiudicazione delle offerte pubbliche per i lavori di pavimentazioni di strade e, infine, un accordo sui prezzi dell'asfalto e dei trasporti.

Le limitazioni della concorrenza causate dagli accordi illeciti presi dalle ditte interessate avrebbero arrecato un importante danno economico allo Stato del Cantone Ticino, costretto a pagare un prezzo superiore a quello di mercato per le prestazioni necessarie al mantenimento e al miglioramento del patrimonio stradale.

Per questi motivi il Consiglio di Stato intende avviare una causa civile nei confronti delle ditte coinvolte, allo scopo di ottenere un risarcimento dei danni finanziari subiti, la cui entità corrisponderà al maggior costo sopportato nel periodo compreso tra il mese di gennaio 1999 e il mese di dicembre 2004.

Con il presente messaggio il Consiglio di Stato chiede di voler approvare lo stanziamento di un credito di CHF 750'000.00 a copertura dei costi a carico del Cantone per la causa civile che l'ente pubblico intende promuovere nei confronti delle ditte di pavimentazione ticinesi; causa finalizzata a ottenere un giusto risarcimento per i danni causati dall'esistenza di un cartello, quindi dalle limitazioni della concorrenza e dalle violazioni alla legge federale sui cartelli.

2. INCHIESTA DELLA COMCO

Nell'ambito della discussione concernente lo stanziamento di un credito quadro per un importo di CHF 106'000'000.00 destinato agli appalti pubblici nel periodo 2005 – 2007, la Commissione della gestione del Gran Consiglio ha chiesto delucidazioni in merito alla procedura di aggiudicazione e indicazioni in merito a un confronto dei costi a livello intercantonale.

Dal confronto dei costi è risultata una notevole differenza tra i prezzi delle pavimentazioni stradali in Ticino e quelli del resto della Svizzera. Secondo le rilevazioni dell'Ufficio federale delle strade (USTRA) e dell'Ufficio federale di statistica (UST), i prezzi per la posa di pavimentazioni stradali del Cantone Ticino durante il periodo tra il 1999 e il 2004 erano sistematicamente più elevati rispetto a quelli praticati negli altri Cantoni. *“Nel 2003 per la posa dell'asfalto del tipo HMT 22 S i prezzi erano dell'85% più cari che nel Cantone di Zurigo, dell'80% più cari che nel Cantone di Berna, del 106% più cari che nel Cantone del Vallese e del 20% più cari che nel Cantone dei Grigioni.”* (decisione del 19 novembre 2007 della Comco), nota 32, pag. 45).

Nell'**autunno 2004** il Dipartimento del territorio (in seguito DT) si è quindi rivolto alla Commissione della concorrenza (in seguito COMCO) per valutare la situazione del mercato ticinese delle pavimentazioni stradali, segnatamente per quanto concerne i prezzi.

In data **2 dicembre 2004** la COMCO ha confermato l'apertura di un'inchiesta preliminare.

In data **8 aprile 2005** la COMCO ha comunicato che dall'inchiesta preliminare sono emersi elementi e indizi di una ripartizione del territorio ticinese per quanto concerne i lavori di manutenzione dei tratti stradali cantonali nel periodo 1995-2004 e di una rotazione nell'aggiudicazione delle offerte pubbliche per lavori di pavimentazione di strade nazionali e cantonali nel periodo 1999-2004 e, infine, di un accordo sui prezzi dell'asfalto e dei trasporti.

La COMCO, riferendosi all'art. 27 LCart ha deciso pertanto di aprire un'inchiesta nei confronti di tutte le ditte produttrici di asfalto e di quelle attive nella pavimentazione stradale.

In data **9 gennaio 2007** la COMCO ha trasmesso alle parti interessate, compreso il Cantone in qualità di committente, una proposta di decisione con possibilità di presentare eventuali osservazioni.

Nella proposta di decisione la COMCO ha evidenziato come l'applicazione della convenzione del 19 dicembre 1998 tra le imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino abbia costituito sia un accordo finalizzato a realizzare una rotazione delle offerte, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart.

La convenzione sottoscritta e/o applicata dalle ditte interessate stabiliva infatti il seguente modus operandi:

“1. Parti contraenti

Possono partecipare a tale convenzione tutte le ditte di pavimentazione iscritte al Registro di Commercio e associate dell'ATIPS.

2. Scopo

Garantire la qualità dell'esecuzione ed il giusto livello dei prezzi.

3. Organizzazione

Le ditte devono essere rappresentate dal titolare o da un dirigente con diritto di firma al Registro di Commercio.

Salvo decisione contrarie dell'assemblea, le riunioni hanno luogo settimanalmente. In queste ultime si trattano i lavori in scadenza sino alla fine della settimana successiva.

La presenza alla riunione obbligatoria. In caso di mancata partecipazione, le Ditte assenti sono tenute ad informarsi su quanto è stato trattato ed a tenersi rigorosamente alle decisioni prese.

Le offerte devono essere calcolate integralmente da ogni partecipante al concorso. Saranno discusse in comune al fine di determinare il giusto prezzo della minore offerta, tenendo conto degli interessi del committente e delle imprese.

Le offerte d'appoggio dovranno essere compilate secondo le basi di calcolo giustificabili per ogni singola posizione. Si dovrà evitare che le offerte d'appoggio abbiano tutte il medesimo importo. Per i lavori dello Stato di regola alcune offerte dovranno essere inoltrate in modo che possano entrare in considerazione per la delibera, affinché il committente abbia un'effettiva possibilità di scelta fra le Ditte concorrenti. Se una Ditta rinuncia al suo turno di lavoro senza valido motivo, anche se non è presente alla riunione dovrà di seguito attendere 4 settimane prima di poter di nuovo pretendere a lavori secondo contingente.

4. Oggetto della convenzione

Oggetto della convenzione sono i seguenti lavori di pavimentazione:

- a. Tutti i lavori per enti pubblici (compresi Aziende elettriche, di trasporto, ecc.) assegnati per concorso pubblico o licitazione privata.*
- b. Tutti gli altri lavori che superano 20'000.-- Fr.*
- c. Altre prestazioni per terzi inerenti lavori di pavimentazione.*

Seguono quindi le disposizioni concernenti gli obblighi (punto 6), i criteri per l'assegnazione dei lavori (punto 7), i criteri di conteggio nel contingente di rotazione dei lavori (punto 8), le modalità concernenti le offerte di studio e prezzi per le imprese (punto 9) ed altre disposizioni concernenti la corretta applicazione della convenzione.

In data **19 novembre 2007** la COMCO ha presentato la propria decisione, il cui dispositivo viene proposto integralmente qui di seguito.

- 1. La commissione della concorrenza, viste la fattispecie e le considerazioni precedenti:*
 - a) constata che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino, nel periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004, conclusa dalle ditte Aebischer SA, Atag Sa, Batigroup (Ticino SA), Botta & Co. Coesa Sa, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite Sa, Mancini & Marti Sa, Novastrada Sa, Paviclass SA, Pavistra Sa, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA e Trevalbeton Sa, costituiva sia un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettera a e c LCart;*
 - b) vieta alle imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino di applicare la convenzione del 15 dicembre 1998;*
 - c) decide, dopo che la limitazione illecita della concorrenza è stata sospesa alla fine del mese di marzo 2005 e visto che quindi non può essere inflitta alcuna sanzione conformemente all'articolo 49a LCart, di concludere la procedura;*
 - d) si riserva di esaminare di nuovo, in un secondo tempo, le condizioni di concorrenza sul mercato della produzione di miscele bituminose nonché sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino per quanto riguarda il periodo successivo al mese di aprile 2005.*
- 2. Le infrazioni della presente decisione possono essere punite con le sanzioni previste agli articoli 50 risp. 54 LCart.*
- 3. Le spese procedurali per un importo complessivo di CHF 378 138.--, sono addossate alle imprese, conformemente alla Tabella 1, ad eccezione della ditta Luongo SA, in parti uguali, vale a dire a ognuna per un ammontare di CHF 19'902.--, che ne assumono solidalmente le responsabilità.*
- 4. La presente decisione può essere impugnata con ricorso, entro 30 giorni dalla sua notificazione, al Tribunale federale amministrativo, casella postale, 3000 Berna 14. L'atto di ricorso deve essere presentato in duplice esemplare e contenere le conclusioni nonché i*

relativi motivi ed essere firmato dal ricorrente o dal suo rappresentante. La decisione impugnata va allegata all'atto di ricorso.

In data **13 febbraio 2008** il Tribunale amministrativo federale ha comunicato che la decisione del 19 novembre 2007 della COMCO è stata impugnata da otto ditte interessate.

Contro la decisione del Tribunale amministrativo federale è possibile presentare ricorso al Tribunale federale ultima istanza giurisdizionale svizzera in materia.

3. PROCEDIMENTO PENALE

In data **8 agosto 2007** il Municipio di Lugano si è rivolto al Ministero Pubblico del Cantone Ticino, chiedendo l'apertura di un procedimento penale, con relativa assunzione di informazioni preliminari, nei confronti degli organi societari delle ditte coinvolte nei fatti di cui al punto precedente, per i titoli di truffa (art. 146 CP) e falsità in documenti (art. 251 CP), costituendosi nel contempo parte civile.

Il **12 novembre 2007** il Ministero Pubblico ha decretato il non luogo a procedere nei confronti di tutte le ditte coinvolte, in quanto nella fattispecie non sarebbero stati ravvisati gli elementi costitutivi i reati di truffa e di falsità in documenti.

In data **23 novembre 2007** l'esecutivo del Comune di Lugano, non condividendo le motivazioni del Ministero Pubblico, ha presentato un'istanza di promozione dell'accusa alla Camera dei ricorsi penali del Cantone Ticino. L'istanza è tuttora all'esame della CRP, che nel frattempo ha richiesto una presa di posizione alle ditte coinvolte.

La CRP potrà:

- confermare il decreto di non luogo a procedere;
- accogliere l'istanza, con contestuale promozione dell'accusa nei confronti di una o più ditte coinvolte (art. 186 cpv. 3 CPP) rispettivamente ordinando al Procuratore Pubblico la completazione delle informazioni preliminari (art. 186 cpv. 4 CPP); in questi casi la pratica penale verrebbe trasmessa a un nuovo magistrato inquirente con l'incarico di procedere nella prosecuzione dell'inchiesta; quest'ultima procedura penale potrebbe nuovamente concludersi con un decreto d'abbandono;

Il Ministero pubblico ha decretato il non luogo a procedere sia nei confronti delle ditte in merito al presunto reato di truffa ai sensi dell'art. 145 CP, sia nei confronti di autorità e funzionari dell'amministrazione cantonale in merito al presunto reato di infedeltà nella gestione pubblica ai sensi dell'art. 314 del CP.

Il Consiglio di Stato, esaminate le motivazioni, ha rinunciato a ricorrere contro tale decreto.

4. LEGGE FEDERALE SUI CARTELLI E ALTRE LIMITAZIONI DELLA CONCORRENZA (LCART)

Ai sensi dell'art. **1 LCart**, la legge ha lo scopo d'impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale.

La legge si applica alle imprese di diritto privato e di diritto pubblico che fanno parte di un cartello o di altri accordi in materia di concorrenza, dominano il mercato o partecipano a concentrazioni di imprese (art. 2, cpv. 1).

Ai sensi dell'art. 5 LCart, sono **illeciti** gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato di determinati beni o servizi che non sono giustificati da motivi di efficienza economica, nonché quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace (cap. 1).

Un accordo in materia di concorrenza è considerato giustificato da motivi di efficienza economica:

- a) se è necessario per ridurre il costo di produzione o di distribuzione, per migliorare i prodotti o il processo di fabbricazione, per promuovere la ricerca o la diffusione di conoscenze tecniche o professionali o per sfruttare più razionalmente le risorse;
- b) se non consentirà affatto alle imprese interessate di sopprimere la concorrenza efficace (cap.2).

È data presunzione della soppressione della concorrenza efficace quando tali accordi, che riuniscono imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti:

- a) fissano direttamente o indirettamente i prezzi;
- b) limitano i quantitativi di beni o di servizi da produrre, acquistare o consegnare;
- c) operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali (cap. 3).

La soppressione di una concorrenza efficace è pure presunta in caso di accordi mediante i quali imprese collocate a diversi livelli di mercato convergono prezzi minimi o fissi, nonché in caso di accordi relativi all'assegnazione di zone nell'ambito di contratti di distribuzione, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni (cap. 4).

5. POSSIBILITÀ E MODALITÀ PER OTTENERE UN RISARCIMENTO

5.1 Decisione di principio

Con decisione del 19 novembre 2007 la COMCO ha constatato che l'applicazione nel Cantone Ticino della convenzione del 15 dicembre 1998 durante il periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004 costituiva sia un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart.

L'esistenza di un cartello, rispettivamente le limitazioni della concorrenza causate dagli accordi illeciti, segnatamente dall'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998, hanno causato un danno finanziario al Cantone durante il periodo considerato.

Il Consiglio di Stato ritiene pertanto opportuno promuovere una causa civile allo scopo di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Anche la Confederazione tramite l'Ufficio federale delle strade - nonostante la mancanza di legittimazione attiva, in quanto parte non contrattuale e neppure direttamente coinvolta (la proprietà e la committenza delle opere rispettivamente dei lavori erano infatti del Cantone fino al 31.12.2007) - intende sostenere la causa e partecipare ai costi della stessa, ritenuto che una parte del risarcimento sarà riversata nelle casse delle strade nazionali, in virtù del fatto che nel periodo interessato diverse commesse riguardavano opere autostradali. Il riversamento sarà proporzionale al volume di lavoro interessante per le strade nazionali durante il periodo considerato, rispettivamente all'entità dei sussidi versati al Cantone.

Il Consiglio di Stato non ritiene necessario - e neppure opportuno dal profilo politico - attendere l'esito dei ricorsi amministrativi presentati al Tribunale amministrativo federale e meglio come al punto 2 del presente rapporto. I tempi di evasione di tali ricorsi possono infatti

rivelarsi molto lunghi. La decisione della competente autorità giudiziaria può inoltre essere impugnata presso il Tribunale federale, allungando ulteriormente i tempi di una decisione definitiva.

Recentemente anche la Commissione della gestione del Comune di Lugano ha deciso di intraprendere i passi adeguati per cercare di ottenere un risarcimento del danno subito dalle ditte di pavimentazione stradale.

In particolare la Commissione della gestione della Città di Lugano invita il Consiglio Comunale a voler autorizzare il Municipio a sottoscrivere un accordo extragiudiziario con le ditte che accettano di risarcire il Comune di Lugano con un importo corrispondente al 3% sugli appalti commissionati dal Comune di Lugano e dai Comuni aggregati dal 1999 a fine luglio 2004 ed al 5% su quelli dell'agosto 2004 a fine aprile 2005. La Commissione chiede inoltre di voler autorizzare il Municipio a promuovere la lite nei confronti delle ditte che non dovessero accettare le condizioni appena indicate. A questo proposito si chiede al Consiglio Comunale di Lugano la concessione di un credito di CHF 300'000.00 per l'anticipo delle spese giudiziarie e peritali.

Al di là del rischio processuale di una causa civile, tanto il Municipio di Lugano, quanto il Consiglio di Stato ritengono che convenire in giudizio le imprese di pavimentazione stradale che hanno imposto all'ente pubblico prezzi del 30-40 % superiore rispetto a quelli di mercato, rappresenti un dovere morale, oltre che istituzionale.

Il Consiglio di Stato, come pure il Municipio di Lugano, ritiene che le motivazioni e le conclusioni della decisione del 19 novembre 2007 della COMCO, nonché altri fatti ed elementi nel frattempo emersi ed accertati possano giustificare l'inoltro di una causa civile.

5.2 Possibilità di un esito favorevole al Cantone

Per valutare il rischio processuale di un'eventuale causa civile, ossia le reali possibilità di ottenere un risarcimento in via giudiziale, è stato chiesto un parere legale allo studio Mattei di Bellinzona, che aveva assistito il Dipartimento del territorio nell'ambito dell'inchiesta avviata dalla COMCO.

Sarebbe infatti poco opportuno giustificare la richiesta di un credito di CHF 750'000.00 per la copertura dei costi di una causa civile inoltrata per motivi di mero principio. Occorre che la causa possa avere per lo Stato qualche reale possibilità di successo.

A questo proposito si richiamano le conclusioni più significative del parere legale richiesto dal CdS e precisamente:

- a) pur con le incertezze derivanti anche dall'assenza di giurisprudenza in merito (è una prima sul piano svizzero) esistono concrete possibilità di procedere giudizialmente con una causa civile contro una, alcune o tutte le imprese (di principio tutte), chiedendo il risarcimento dell'intero danno subito dal Cantone, sulla base del principio della solidarietà.
- b) particolare attenzione dovrà inoltre essere dedicata alla calcolazione del pregiudizio subito.
- c) per quanto attiene i ricorsi pendenti il parere ritiene che pur non potendo escludere una diversa decisione ricorsuale, attendere l'esaurimento del doppio grado di giurisdizione comporterebbe tempi troppo lunghi. Inoltre i fatti, nella loro materialità, sono in sostanza stati ammessi, per cui anche da questo punto di vista la decisione definitiva non costituisce una premessa decisiva per l'avvio della causa.

In sintesi, dalle conclusioni del parere legale, non si esclude l'esistenza di un rischio processuale - peraltro presente in quasi ogni causa giudiziaria - ma neppure si esclude

l'esistenza di concrete possibilità di procedere giudizialmente con una causa civile contro le imprese coinvolte.

La Commissione ritiene pertanto di poter condividere le intenzioni del CdS, segnatamente l'avvio di una causa giudiziaria intesa all'accertamento delle responsabilità delle imprese di pavimentazione stradale e del loro obbligo di rispondere al pregiudizio provocato allo Stato, rispettivamente alla restituzione di quanto indebitamente ottenuto.

Particolare attenzione - suggeriscono le conclusioni del parere - dovrà essere dedicata alla calcolo del danno subito; danno che, a mente della Commissione, dovrà essere stimato con molta cura e in modo prudentiale onde contenere gli anticipi, rispettivamente le tasse e le spese di giustizia.

La Commissione invita il Consiglio di Stato ad accelerare la procedura intesa alla quantificazione del danno subito.

Sempre nell'ottica di contenere le spese e raggiungere un risultato favorevole al Cantone in tempi possibilmente non troppo lunghi, la Commissione ritiene che lo Stato debba verificare l'opportunità - prima e pendente la causa giudiziaria - di trovare un accordo extragiudiziale con le parti convenute.

La Commissione ritiene infine opportuno che lo Stato continui ad agire di concerto con il Comune di Lugano per i passi giuridici da intraprendere, sulla scia di quanto sta già avvenendo.

6. CONCLUSIONI

Richiamate le considerazioni di cui ai punti precedenti, la Commissione della gestione e delle finanze invita il Gran Consiglio a voler approvare il decreto legislativo contenuto nel messaggio no. 6072 del 13 maggio 2008, mediante il quale si chiede lo stanziamento di un credito di CHF 750'000.00 a copertura dei costi a carico del Cantone per la causa civile che l'ente pubblico intende promuovere nei confronti delle ditte di pavimentazione ticinesi.

Per la Commissione gestione e finanze:

Giovanni Jelmini, relatore

Bacchetta-Cattori - Bertoli - Bignasca A. - Bobbià -

Bonoli - Celio - Ghisletta R. - Merlini - Orelli Vassere