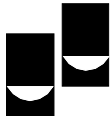


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Corte II
B-360/2008
{T 1/2}

Sentenza del 10 giugno 2010

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Hans Urech, Marc Steiner,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

1. **Spalu SA**, via Concordia 12, 6900 Lugano,
2. **Cogesa SA**, 6808 Torricella,
3. **Edilstrada SA**, via Landriani 8, 6900 Lugano,
4. **Industrie Chimiche Riunite SA**,
Vie Privata Franz Soldati, 6830 Chiasso,
5. **Società anonima Imprese stradali ed affini SA**,
via Nizzola 7, 6500 Bellinzona,
6. **Franco Rossi SA**, via della Posta 6, 6600 Locarno,
7. **Mancini & Marti SA**, via C. Molo 24, 6500 Bellinzona,
tutte patrocinate dagli avv. B. Brunoni e M. Quadri,
studio legale e notarile Brunoni, Molino, Mottis e Adami,
casella postale 6481, 6901 Lugano,
ricorrenti,

contro

Commissione della concorrenza,
Monbijoustrasse 43, 3003 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Limitazione illecita della concorrenza.

Fatti:**A.**

A.a Sulla base di indicazioni fornite dal Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, riportate anche in ambienti giornalistici, la Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: Segreteria) ha aperto in data 2 dicembre 2004 un'inchiesta preliminare allo scopo di chiarire le condizioni di concorrenza sul mercato delle pavimentazioni stradali in Ticino e di constatare se vi erano indizi per l'esistenza di accordi illeciti in materia di concorrenza o di un abuso della posizione dominante sul mercato.

Nel corso dell'inchiesta preliminare le informazioni trasmesse dalla Divisione delle costruzioni del Cantone Ticino, nonché le analisi statistiche dei prezzi delle offerte per lavori di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino in materia di appalti pubblici effettuate dalla Segreteria avevano condotto all'esistenza di indizi a conferma delle seguenti pratiche illecite: accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici; ripartizione del mercato per quanto riguarda i lavori di manutenzione delle strade; accordo inerente alla produzione di pavimentazioni stradali; accordo sui prezzi dei trasporti.

Sulla base di questi indizi, la Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Commissione della concorrenza (di seguito: Comco), un'inchiesta giusta l'art. 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251). Oggetto dell'inchiesta era dapprima la questione a sapere se nel Cantone Ticino erano stati conclusi accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici per lavori di pavimentazione delle strade nazionali e cantonali, nonché una ripartizione territoriale per i lavori di manutenzione delle strade in generale (art. 5 cpv. 3 lett. c LCart). Inoltre occorreva analizzare se avevano avuto luogo accordi concernenti i prezzi delle pavimentazioni stradali e se sussisteva un abuso della posizione sul mercato giusta l'art. 7 LCart da parte della ditta di produzione di miscele bituminose Comibit SA. Destinatari dell'inchiesta erano le ditte Betasfa SA, Comibit SA, Atag SA, Bati-group (Ticino) SA (ora Implenla [Ticino] SA), Botta & Co., Pavisud SA, Aebischer SA, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA (ICR), Luongo SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Saisa SA, Spalu SA, Trevalbeton SA.

La Segreteria ha comunicato l'apertura dell'inchiesta mediante pubblicazione ufficiale secondo l'art. 28 LCart (FUSC No. 74 del 18 aprile 2005; FF No. 16 del 26 aprile 2005, pag. 2509).

A.b Nel quadro dell'inchiesta la Segreteria ha distribuito questionari alle parti, ai Comuni di Airolo, Bellinzona, Biasca, Giubiasco, Locarno, Lugano e Mendrisio, nonché a potenziali imprese concorrenti dei cantoni limitrofi e della vicina Italia. A titolo di confronto sono stati interpellati anche l'Ufficio del genio civile del Canton Berna e due imprese di produzione bernesi confrontabili alla Comibit SA, la maggiore impresa ticinese nel ramo della produzione di miscele bituminose. Altri questionari sono stati spediti all'Associazione ticinese delle imprese di pavimentazione stradale (ATIPS) e all'Associazione svizzera dei trasportatori stradali (ASTAG), Sezione Ticino. La Segreteria si è anche avvalsa di informazioni orali fornite da singoli rappresentanti di alcune imprese, nonché di un colloquio con alcuni rappresentanti dell'ATIPS ed ha esaminato presso il Dipartimento del Territorio a Bellinzona i dettagli delle offerte di nove bandi di concorso per lavori di manutenzione delle strade inerenti agli anni 2004 e 2005. Parte determinante dell'inchiesta è l'esame della convenzione del 15 dicembre 1998 conclusa tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi, nonché la questione a sapere se la medesima era stata effettivamente applicata.

La Segreteria ha sottoposto alle parti il suo progetto di decisione del 9 gennaio 2007, corredato da una lista degli atti aggiornata, per presa di posizione. Ad eccezione delle ditte Luongo SA e Trevalbeton SA, le rimanenti imprese indagate hanno preso posizione sul progetto di decisione separatamente o congiuntamente. Allo stesso modo le stesse ditte hanno avuto modo di accedere agli atti. Parimenti il Dipartimento del territorio del Cantone Ticino ha inoltrato una presa di posizione.

A.c Il 19 novembre 2007 (data di spedizione: 5 dicembre 2007) la Commissione della concorrenza (di seguito: Comco, autorità inferiore) ha emanato una decisione con il dispositivo seguente:

“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, Cogesa 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 alla 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 la responsabilità.
4. (indicazione del rimedio giuridico).
5. (notificazione alle parti)".

L'autorità inferiore ha definito la convenzione del 15 dicembre 1998 un accordo in materia di concorrenza giusta l'art. 4 cpv. 1 LCart. Secondo lei si tratta di un accordo tra offerenti dello stesso livello economico (accordo orizzontale). Aderendo alla convenzione e partecipando alle riunioni settimanali in cui veniva decisa l'attribuzione degli incarichi, tutti i partner dell'accordo hanno dimostrato una collaborazione consapevole e voluta. L'autorità inferiore ha dedotto dall'obiettivo della convenzione – ossia dalla ripartizione sistematica di commesse edili private e pubbliche per lavori stradali nel Cantone Ticino a partire da un importo della commessa di fr. 20'000.– allo scopo di poter ottenere prezzi “equi” – che tale accordo si prefiggeva una limitazione della concorrenza. Dall'allegato alla convenzione la Comco ha stabilito che tutte le ditte contro le quali era stata aperta l'inchiesta erano parti dell'accordo, ad eccezione della ditta Luongo poiché era risultato che la medesima non aveva partecipato alle riunioni. L'autorità inferiore ha affermato che delle 18 ditte ticinesi attive nella pavimentazione stradale 10 sono azioniste della Comibit SA (la ditta maggiore per la produzione di asfalto) e hanno un seggio nel consiglio di amministrazione di quest'ultima. Comibit SA è azionista con Batigroup (Ticino) SA e Paviclass SA della ditta di pavimentazioni Betasfa SA. Comibit SA e Betasfa SA non erano ufficialmente presenti alle riunioni. Sulla scorta dei legami personali summenzionati, esse erano

rappresentate dai loro proprietari, così che le due imprese erano al corrente di quanto veniva deliberato nell'occasione delle riunioni.

Rinviando alle disposizioni contenute nella convenzione, l'autorità inferiore ha accertato che il meccanismo di assegnazione delle commesse descritto nella convenzione si prefiggeva una ripartizione del mercato ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart. Essa ha constatato che la convenzione, prevedendo la discussione sui prezzi delle offerte in vista dell'assegnazione delle commesse, conteneva nel contempo un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart. L'autorità inferiore ha infine addotto che la convenzione prevedeva che si ostacolassero ditte non partecipanti all'accordo nell'esercizio della concorrenza, vietando per esempio di rifornirle di miscele bituminose, di concedere loro dei prestiti e di formare con loro dei consorzi.

Sulla scorta di 209 tabelle che dimostrano le aggiudicazioni delle commesse in occasione delle riunioni settimanali e di 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi, l'autorità inferiore ha concluso che il sistema descritto nella convenzione è stato effettivamente applicato dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. Essa ha rilevato che l'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati in modo da permettere ad ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in base alla rispettiva importanza economica. L'autorità inferiore ha specificato che la convenzione attribuiva alle ditte aderenti all'accordo dei fattori di moltiplicazione e un determinato contingente di rotazione dei lavori. Le imprese con un contingente basso avrebbero avuto maggiori possibilità di ricevere una commessa. Le imprese con fattori di moltiplicazione bassi erano ditte di grandi dimensioni residenti da tempo nel Cantone Ticino. Ad esse sono stati assegnati volumi di commesse superiori rispetto alle imprese dotate di fattori di moltiplicazione elevati. L'autorità inferiore ha confrontato la quota di mercato delle imprese sulla base della cifra d'affari complessiva del ramo economico tra il 1999 e il 2003 con la quota di mercato prevista dalla convenzione ed è giunta alla conclusione che le quote di mercato differiscono solo in misura esigua dalla ripartizione del mercato prevista dalla convenzione. A mente della Comco le differenze minime sono da attribuire al fatto che i fattori di moltiplicazione sono stati modificati nel corso degli anni. Dalle sue rilevazioni l'autorità inferiore ha dedotto che le quote delle cifre d'affari ripartite tramite il sistema di rotazione ammontavano nel 1999

all'83 %, nel 2000 al 70 %, nel 2002 all'81 %, nel 2001 al 47 % e nel 2003 al 32 % e che durante l'intero periodo di osservazione il 62 % del volume delle commesse è stato aggiudicato mediante il sistema di rotazione. Per l'autorità inferiore una concorrenza efficace è soppressa già quando “solo” il 60 % del mercato rilevante è toccato dalla convenzione. Secondo lei è utile sottolineare che a volte più dell'80 % del mercato era toccato dalla convenzione. La Comco fa risalire le variazioni delle quote delle cifre d'affari alla circostanza che le commesse sono state assegnate in periodi diversi ai contingenti e ai conti economici delle imprese in questione, al modo di gestione delle commesse sospese, nonché al fatto che le commesse inferiori a fr. 20'000.– non erano previste dalla convenzione e i mandati che superavano il milione di costi non venivano contabilizzati al 100 %. Per la Comco non è da escludere che l'intesa esaminata sia diventata sempre più instabile in vista dell'introduzione della nuova legge sui cartelli. Infine la Comco ha rilevato che l'applicazione della convenzione per quel che concerne l'impegno a non fornire terzi non poteva essere dimostrata in modo convincente, ma che in generale questa disposizione ha favorito la riuscita dell'accordo. Per questo motivo la Comco ha considerato la questione a sapere se la clausola contenuta nella convenzione di non rifornire terzi sia stata effettivamente applicata irrilevante per il risultato dell'inchiesta.

Per quanto attiene alla durata di applicazione dell'accordo, l'autorità inferiore ha concluso sulla scorta degli atti che esso è durato dal gennaio 1999 almeno fino alla fine del 2004. A suo avviso 209 tabelle, 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi, nonché le ammissioni delle parti interessate testimoniano l'effettiva applicazione della convenzione dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. La Comco ha ritenuto che, sulla base delle dichiarazioni delle parti interessate, dalla fine del 2004 in poi un numero sempre minore di imprese avrebbe partecipato alle riunioni e, a partire dal 1° aprile 2005, esse non hanno più avuto luogo. Da questa circostanza la Comco ha dedotto che nella fattispecie viene applicata la legge sui cartelli del 1995 che non prevedeva ancora sanzioni dirette in caso di infrazione all'art. 5 cpv. 3 LCart. Secondo lei, l'elemento essenziale per la procedura è costituito dal fatto che ogni impresa, partecipando alle riunioni, ha manifestato il proprio interesse all'assegnazione delle commesse mediante un “gentlemen's agreement” che ha costituito l'appartenenza al cartello.

L'autorità inferiore ha esaminato l'evoluzione della volatilità delle offerte, concludendo che, nel periodo tra il gennaio 1999 e il marzo 2005,

la volatilità delle offerte era relativamente bassa, mentre in seguito è aumentata in modo significativo, il che dimostra che gli appaltatori hanno modificato il loro comportamento dopo il mese di marzo 2005. Il confronto tra i prezzi delle offerte e il rispettivo preventivo del Dipartimento del territorio del Cantone Ticino indica secondo l'analisi della Comco che i prezzi delle offerte sono calati in modo significativo nel mese di marzo 2005, mentre prima di questa data i prezzi delle offerte erano sistematicamente più elevati. In riferimento alle critiche sollevate da alcune imprese, secondo cui le offerte inoltrate dopo il 1° aprile 2005 non coprirebbero i costi, la Comco ha sottolineato il fatto che un prezzo stabilito in regime di concorrenza non significa che si tratti di un prezzo in sintonia alla copertura dei costi, tanto più che in regime di concorrenza è il mercato a stabilire i prezzi. La Comco ha ritenuto che non rientra nei suoi compiti di intervenire sul mercato al fine di regolarlo e di esaminare l'adeguatezza dei prezzi.

Per quanto riguarda le critiche mosse da alcune ditte nei confronti del comportamento assunto dall'autorità cantonale nel 1995 (un annullamento di un bando di concorso a causa dei prezzi troppo bassi; istituzione di una commissione paritetica per fissare un prezzo che permettesse di coprire i costi; l'art. 23 lettera d della vecchia legge cantonale sugli appalti pubblici che condizionava l'aggiudicazione delle commesse al carico di lavoro degli offerenti), la Comco ha concluso che il Cantone va considerato come impresa ai sensi dell'art. 2 LCart, ma che – in considerazione al periodo analizzato – non può essere oggetto dell'inchiesta se e in che misura la prassi in materia di aggiudicazioni del Cantone potrebbe eventualmente contravvenire al diritto sui cartelli.

Quale risultato intermedio l'autorità inferiore ha accertato che l'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati, in modo da permettere ad ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in rapporto alla rispettiva importanza economica. Di conseguenza, alle ditte aderenti all'accordo veniva a mancare la pressione alla razionalizzazione e, così facendo, si permetteva il mantenimento di strutture inefficienti a spese di committenti privati, degli enti pubblici e dei contribuenti.

La Comco ha di seguito analizzato il mercato della produzione di miscele bituminose del Cantone Ticino. L'autorità inferiore ha lasciato in sospeso la questione relativa ai prezzi troppo elevati per la posa di pa-

vimentazioni stradali come quella inerente ad un eventuale comportamento abusivo della Comibit SA, la maggiore impresa produttrice d'asfalto del Cantone Ticino. A tale riguardo la Comco ha sostenuto che nella fattispecie non sono disponibili dati al fine di analizzare in modo fondato un eventuale abuso della Comibit SA sotto forma di una strategia di esclusione dal mercato. Tali dati mancherebbero a causa delle distorsioni della concorrenza provocate dall'accordo. La Comco è dell'avviso che il comportamento sul mercato della Comibit SA è stato determinato in modo sostanziale dall'accordo in questione e che era subordinato a quest'ultimo. In considerazione del ruolo essenziale assunto dalla Comibit SA sul mercato, per la Comco è possibile supporre che si tratterebbe di una pratica illecita ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. a risp. b LCart se in futuro la Comibit SA dovesse rifiutarsi senza motivo di rifornire ditte di pavimentazione stradale presenti sul mercato di miscele bituminose, oppure di rifornire gli acquirenti alle stesse condizioni. La Comco ha infine precisato che gli indizi relativi ad un accordo sui prezzi dei trasporti emersi nell'ambito dell'inchiesta non hanno trovato conferma.

Di seguito la Comco ha constatato che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart non può essere confutata né da una concorrenza esterna efficace né da una concorrenza interna efficace.

B.

Contro la decisione della Comco del 19 novembre 2007, il 18 gennaio 2008 hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale le ditte Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima di Imprese stradali ed affini (SAISA) SA, Franco Rossi SA e Mancini & Marti SA (di seguito: ricorrenti), tutte rappresentate dagli avv. Brunoni e Quadri dello Studio Legale Brunoni, Molino, Mottis e Adami. Esse postulano in via principale l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e del comunicato stampa del 6 dicembre 2007 emesso dalla Comco in tutte le sue versioni linguistiche, protestate tasse, spese e ripetibili. In via subordinata esse postulano l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata e la trasmissione della domanda di annullamento del comunicato stampa alla Comco, quale domanda di rettifica, per decisione impugnabile al Tribunale amministrativo federale, protestate tasse, spese e ripetibili.

Le ricorrenti sostengono che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 non costituisce né un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, né un accordo orizzontale in materia di prezzi, né una limitazione illecita della concorrenza. Non conoscendo la convenzione e non partecipando alle riunioni, la ditta Luongo SA, a mente delle ricorrenti, non ha mai avuto ripercussioni derivanti dall'esistenza della convenzione e dell'applicazione della stessa. I rappresentanti della stessa ditta Luongo SA avrebbero dichiarato in un'intervista rilasciata al Quotidiano e al Corriere del Ticino di non essere mai stati ostacolati e di aver potuto concorrere liberamente.

Per le ricorrenti non si può parlare di un accordo avente come oggetto la ripartizione del mercato, né tantomeno l'attribuzione alle singole imprese di un'esclusiva su un determinato territorio. Sulla base delle dichiarazioni rilasciate nei media dalla ditta Luongo i ricorrenti sottolineano che nessuna ditta era impedita dal partecipare ai bandi di concorso e che la convenzione non limitava per nulla la possibilità di una ditta non partecipante all'accordo di presentare un'offerta concorrenziale e di vincere l'appalto. L'accesso al mercato determinante non era in nessun modo limitato dall'esistenza della convenzione. Per le ricorrenti il sistema dei contingenti e dei fattori di moltiplicazione contenuto nella convenzione non dimostra l'esistenza di un accordo, bensì rispecchia le reali ed effettive possibilità di ogni singola impresa. Contrariamente alle indicazioni dell'autorità inferiore, le differenze minime tra il valore della quota di mercato nel ramo edile ed il valore della quota di mercato sotto la convenzione non vanno interpretate nel senso che le cifre sono state influenzate dalla convenzione, ma nel senso che gli importi stabiliti nella stessa rispecchiano in maniera inequivocabile la situazione esistente sul mercato. Per poter determinare una correlazione tra i valori di mercato e quelli previsti dalla convenzione sarebbe stato necessario includere anche i dati relativi al periodo antecedente al 1999 e posteriore al 2005. Secondo il parere delle ricorrenti, le asserzioni indicate dalla Comco per quel che attiene al valore della quota di mercato globale (QMG; dec. imp. N. 117) non sono atte a comprovare una ripartizione del mercato.

Le ricorrenti contestano che la convenzione rappresenta un accordo cartellare in materia di prezzi, ribadendo che lo scopo della convenzione era quello di garantire il giusto livello dei prezzi e che questi tenevano conto sia degli interessi del committente, sia di quelli delle parti contraenti. Secondo loro i prezzi applicati fino al 2004 si muovono

attorno al livello del preventivo allestito dal Dipartimento, mentre i prezzi offerti dopo il 2005 si situano ad un livello inferiore a quello dei preventivi, in misura del 20–40 %, il che è da ricondurre unicamente ad un crollo dei prezzi. A mente delle ricorrenti, una dimostrazione indiretta che non erano i vecchi prezzi ad essere gonfiati, ma quelli nuovi (dopo il 2005) ad essere sottoprezzo risiederebbe nel fatto che non vi sono state ditte concorrenti provenienti da fuori cantone che abbiano partecipato ai concorsi. Esse rimproverano alla Comco di non aver verificato il fatto che le offerte presentate oggi al Cantone non coprono i costi.

Le ricorrenti rimproverano all'autorità inferiore di non aver analizzato l'aspetto che i prezzi imposti dalla Comibit SA sono rimasti costanti dal 2001 e che dal 2005 sono stati ridotti per giustificare il motivo della diminuzione dei prezzi delle offerte rispetto ai preventivi. A mente delle ricorrenti, la Comco avrebbe dovuto allestire una perizia per determinare se i prezzi offerti per ogni concorso erano concorrenziali o meno. L'analisi statistica sommaria basata su un confronto tra i prezzi in regioni svizzere diverse non è sufficiente. In merito ai rilevamenti concernenti l'evoluzione della volatilità delle offerte le ricorrenti lamentano che questa analisi si basa unicamente su un numero di commesse limitato (225) e non su tutte le commesse.

Le ricorrenti mettono in risalto che la convenzione in oggetto rappresenta un accordo senza forza obbligatoria (*gentlemen's agreement*), il che è dimostrato dal fatto che la stessa non è mai stata sottoscritta dalle imprese. A loro avviso bisognava tenere conto anche del fatto che le commesse non venivano sempre assegnate alle imprese che figuravano al primo posto nelle tabelle. In ogni caso, per l'assegnazione delle commesse pubbliche, durante gli incontri venivano presi in considerazione ulteriori fattori oltre al prezzo. Per questo motivo le ricorrenti concludono che non vi era un accordo in merito ai prezzi per le offerte pubbliche. Dai rilevamenti eseguiti dalla Comco le ricorrenti deducono che l'applicazione della convenzione ha avuto un'incidenza limitata sul mercato e che quindi la concorrenza non è stata falsata.

Nella denegata ipotesi che la convenzione costituisca un accordo orizzontale, le ricorrenti evidenziano che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace poteva essere confutata poiché esisteva un'efficace concorrenza interna ed esterna. A dimostrazione che nel periodo tra il 1999 e il 2004 vigeva una reale concorrenza tra le ditte ticinesi, le ricorrenti adducono il fatto che le offerte delle imprese si

muovevano sempre attorno al preventivo allestito dal dipartimento; in tal senso la diminuzione avvenuta nel corso del 2005 delle offerte rispetto al preventivo sarebbe attribuibile al fatto che i prezzi attualmente sono sottocosto o che tale tendenza sarebbe avvantaggiata dalla diminuzione dei prezzi del materiale bituminoso. Inoltre la convenzione non sarebbe stata applicata a tutte le commesse, ma solo ad un numero limitato delle stesse. A mente delle ricorrenti, lo Stato ha incentivato un simile atteggiamento delle imprese, annullando nel corso del 1995 concorsi pubblici a dipendenza del costo troppo basso delle offerte. Avendo omesso di esprimere un giudizio in merito al comportamento assunto dalle autorità cantonali nella vicenda, l'autorità inferiore sarebbe incorsa nell'arbitrio.

Le ricorrenti concordano con l'autorità inferiore quando essa dimostra l'applicazione della convenzione fino al 10 dicembre 2003, specificando però che per l'applicazione relativa al periodo successivo non vi sono mezzi di prova sufficienti. Esse postulano inoltre l'annullamento del punto 1d del dispositivo della decisione impugnata. Secondo loro la riserva della Comco di eseguire un nuovo esame non può essere mantenuta, dal momento che la stessa, disponendo di tutti gli elementi necessari a decidere, avrebbe dovuto esprimersi in tal senso.

Le ricorrenti rivolgono il loro gravame anche contro il comunicato stampa che, secondo loro, rappresenta una decisione impugnabile e va annullato poiché il suo contenuto non corrisponde a quanto accertato nella decisione impugnata, provocando loro un grave danno d'immagine.

C.

Con scritto del 28 febbraio 2008 la Segreteria della Comco ha comunicato alle ricorrenti l'intenzione delle autorità della concorrenza di pubblicare il testo della decisione impugnata nella versione italiana e tedesca sul proprio sito internet in data 7 marzo 2008, indicando che questi testi saranno pubblicati anche sul prossimo numero della collana Diritto e Politica della Concorrenza (DPC).

Il 3 marzo 2008 le ditte ricorrenti hanno inoltrato, nel merito e in via superprovisionale, un'istanza volta a vietare alla Comco la pubblicazione della decisione impugnata sia a titolo generale che sul proprio sito internet, fintanto che la relativa procedura di ricorso non sarà conclusa con una sentenza cresciuta in giudicato.

Con decisione incidentale del 6 marzo 2008 il Tribunale amministrativo federale ha respinto l'istanza cautelare delle ricorrenti.

D.

Con presa di posizione del 7 aprile 2008 la Comco propone la reiezione del gravame, protestate tasse, spese e ripetibili. Essa rimanda in sostanza alla motivazione adottata nella decisione impugnata. Nel contempo la Comco ha inoltrato l'elenco completo degli atti preliminari.

E.

Con lettera dell'11 aprile 2008 il TAF ha risposto allo scritto della ditta Costra SA del 22 febbraio 2008, con la quale la medesima aveva chiesto di essere considerata parte al presente procedimento, comunicandole che, non avendo interposto ricorso, non poteva beneficiare dei diritti di chi ha qualità di parte nella procedura amministrativa.

Con lettera dell'11 aprile 2008 il TAF, in riferimento alla domanda del Dipartimento del territorio del 10 marzo 2008 di essere considerato controparte o interessato alla lite, ha comunicato che non gli poteva essere attribuita la qualità di parte, non essendo annoverato nell'elenco dei partecipanti all'inchiesta, ma che tuttavia esso poteva rientrare nella cerchia dei cosiddetti "altri interessati" ai sensi dell'art. 57 PA.

Il 16 aprile 2008 il Dipartimento del territorio si è detto d'accordo ad essere considerato come altro interessato e ha proposto di visionare il ricorso e di prendere se necessario posizione sullo stesso.

F.

In data 29 aprile 2008 le ricorrenti hanno indicato quei documenti dell'elenco degli atti preliminari per i quali avevano previsto una richiesta di compulsazione. La Comco ha successivamente preso posizione sulla domanda di consultare gli atti delle ricorrenti.

Con ordinanza procedurale del 18 giugno 2008 sono stati trasmessi alle ricorrenti gli originali degli atti preliminari inoltrati dall'autorità inferiore, ad esclusione degli atti 13, 223, 232, 361 e 373. Nel contempo è stata data loro l'opportunità di completare per iscritto la motivazione al ricorso.

In data 11 luglio 2008 le ricorrenti hanno ritornato gli atti inoltrati dal Tribunale amministrativo federale. Esse non hanno fatto uso della loro possibilità di completare la motivazione del ricorso.

Con ordinanza procedurale del 12 agosto 2008 le ricorrenti e l'autorità inferiore, come pure la ricorrente nella procedura parallela B-420/2008, sono state invitate ad esprimersi sull'eventuale congiunzione delle procedure.

L'autorità inferiore e le ricorrenti hanno aderito alla proposta di congiungere le due procedure di ricorso. La ricorrente nella procedura B-420/2008 non si oppone di principio ad una congiunzione delle procedure, propone tuttavia di mantenere il tedesco come lingua di procedura.

G.

Il 31 ottobre 2008 il Dipartimento del territorio ha presentato la presa di posizione al ricorso e postulato il mantenimento della decisione impugnata. Tale presa di posizione è stata trasmessa alle parti per conoscenza con ordinanza del 5 novembre 2008.

H.

Il 3 luglio 2009 lo scrivente Tribunale amministrativo federale ha comunicato alle parti che dal suo punto di vista un ulteriore scambio di scritti non appariva necessario.

I.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della vertenza.

Diritto:

1.

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere cognitivo la questione a sapere se sono adempiuti i presupposti processuali e se si può entrare nel merito del ricorso (cfr. DTAF 2007/6 consid. 1 pag. 45 con rimandi).

1.1 Il presente ricorso è diretto in primo luogo (cfr. in seguito anche consid. 2) contro la decisione della Comco del 19 novembre 2007. Per lo meno sotto l'aspetto formale (cfr. consid. 3.4.3-3.4.6), quest'ultima riveste il carattere di decisione ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021). Il Tribunale amministrativo federale è competente a giudicare i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 PA (art. 31 della legge sul

Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005, LTAF, RS 173.32, art. 33 lett. f in combinato disposto con l'art. 47 cpv. 1 lett. b PA), tanto più che non sussiste un'eccezione ai sensi dell'art. 32 LTAF.

1.2 Le ricorrenti hanno partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore e sono destinatarie formali della decisione. I rappresentanti legali hanno giustificato i loro poteri con procura scritta valida (art. 11 PA). Le condizioni poste al termine per presentare ricorso, nonché al contenuto e alla forma di ricorso sono osservate (art. 50 e 52 PA). L'anticipo spese è stato versato tempestivamente (art. 63 cpv. 4 PA).

La questione se e in che misura le ricorrenti sono particolarmente toccate dalla decisione impugnata ed hanno un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa e con ciò sono legittimate a ricorrere ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 PA, dipende tra l'altro dal modo in cui deve essere qualificata la decisione impugnata, vale a dire dalla questione se la decisione impugnata adempie pienamente ai requisiti di cui all'art. 5 PA. Nel caso affermativo si potrà entrare nel merito del ricorso (cfr. consid. 3-3.4.6).

2.

Le ricorrenti postulano, oltre all'annullamento della decisione impugnata, anche l'annullamento del comunicato stampa del 6 dicembre 2007. A loro avviso detto comunicato stampa rappresenta una decisione impugnabile e va annullato perché non corrisponde al contenuto della decisione, quando dice che *“la convenzione ha nuociuto ai clienti privati, alle autorità pubbliche ed ai contribuenti”*. A mente delle ricorrenti la decisione impugnata non contiene alcuna indicazione in merito al danno cagionato a clienti privati, autorità pubbliche e contribuenti, al contrario di quanto traspare invece dalla versione tedesca del comunicato stampa dove si afferma che *“Die Konvention hat privaten Kunden, der öffentlichen Hand und den Steuerzahlern erheblichen Schaden zugefügt”*. Così facendo, le ricorrenti si vedrebbero imputare una responsabilità non comprovata dall'autorità inferiore nella decisione impugnata. Di conseguenza il comunicato stampa provoca un grave danno d'immagine ed economico.

In via subordinata le ricorrenti chiedono di ordinare alla Comco la revoca formale del comunicato stampa e nel contempo il rilascio di una decisione a sua volta suscettibile di ricorso.

2.1 Dapprima occorre esaminare la natura giuridica in cui rientra il comunicato stampa della Comco e di seguito se e in che misura il medesimo può essere impugnato.

2.1.1 Affinché la politica svizzera in materia di concorrenza sia trasparente, la Commissione della concorrenza e la segreteria sono tenute ad informare il pubblico circa la loro attività (art. 49 cpv. 1 LCart; cfr. anche messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 23 novembre 1994 [di seguito: messaggio LCart 1995] FF 1994 pag. 389 segg., pag. 482; cfr. anche il Regolamento interno della Commissione della concorrenza del 1° luglio 1996, approvato dal Consiglio federale il 30 settembre 1996, RS 251.1, art. 16-24). Le autorità di concorrenza fanno fronte all'obbligo di informare il pubblico con la pubblicazione delle loro decisioni, nonché di raccomandazioni informali e prese di posizione nella rivista "Diritto e politica della concorrenza" (DPC). Considerato il testo di legge si può affermare che l'art. 49 cpv. 1 LCart non preclude alle autorità di concorrenza di informare il pubblico su singoli procedimenti anche per mezzo di comunicati stampa (STEFAN KOLLER in: Baker & McKenzie [Herausgeber], Stämpflis Handkommentar zum KG, Berna 2007, Art. 49 N 2-3; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Herausgeber], Basler Kommentar, Kartellgesetz [BSK-KG], Basilea 2010, N 6 ad art. 49 LCart).

Gli atti di informazione di autorità amministrative non esplicano effetti nella sfera giuridica individuale, bensì prevalentemente nella sfera di fatto che circonda l'individuo. Questo principio non vale soltanto in riferimento ad atti di informazione individuali come lo possono essere istruzioni, informazioni, comunicazioni, manifestazioni d'opinioni, ma anche in relazione ad atti di informazione di natura generale, come ad esempio i comunicati stampa di enti pubblici (DTF 130 IV 140 E. 2, S. 141 f.; cfr. per tutto MARKUS MÜLLER in : Auer/Müller/Schindler [Hrsg.] VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/San Gallo 2008, N 52 ad art. 5 PA; FELIX UHLMANN in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberber [Hrsg.] in VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, N 89 seg. ad art. 5 PA).

2.1.2 Conformemente a prassi e dottrina summenzionate si può affermare che il comunicato stampa in oggetto riveste il carattere di un'informazione al pubblico e di conseguenza rientra nella categoria degli

atti amministrativi informali, rispettivamente dei cosiddetti atti materiali. Un semplice atto materiale non soddisfa le condizioni poste alla nozione di decisione ai sensi dell'art. 5 PA e perciò non è impugnabile in maniera autonoma e diretta. Per garantire una protezione giuridica sufficiente nel caso di atti materiali il legislatore ha creato con l'art. 25a PA – introdotto dal n. 10 dell'allegato alla LTAF, in vigore dal 1° gennaio 2007 – una procedura autonoma. Quest'ultima non ha come oggetto l'atto materiale stesso. Dall'art. 25a PA discende tuttavia la pretesa giuridica individuale di ottenere dalle autorità amministrative competenti una presa di posizione concreta in riferimento all'atto materiale in questione (cfr. MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen [Herausgeber], Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis [BTJP 2006] 2006, Berna 2007, p. 344 seg.; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte – Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ 103 (2007) p. 337 segg., p. 346).

Secondo l'art. 25a cpv. 1 PA chiunque ha un interesse degno di protezione può esigere che l'autorità competente per atti materiali che si fondano sul diritto pubblico federale e che tangono diritti od obblighi: (a.) ometta, cessi o revochi atti materiali illeciti; (b.) elimini le conseguenze di atti materiali illeciti; (c.) accerti l'illiceità di atti materiali. L'autorità pronuncia mediante decisione formale (art. 25a cpv. 2 PA). Nel caso di specie le ricorrenti non si sono rivolte direttamente alla Comco affinché quest'ultima rendesse una decisione formale circa il comunicato stampa che la stessa autorità aveva diffuso nel quadro delle proprie competenze. Ne consegue che, nella misura in cui esse insorgono direttamente contro il comunicato stampa, il ricorso si rivela inammissibile sia perché il comunicato stampa non rappresenta un provvedimento impugnabile ai sensi dell'art. 5 PA, sia perché la Comco in mancanza della specifica richiesta delle ricorrenti non ha reso una decisione concernente il comunicato stampa.

Per gli stessi motivi anche la conclusione eventuale di ordinare alla Comco la revoca del comunicato stampa e nel contempo il rilascio di una decisione formale risulta inammissibile.

I ricorrenti sono dell'avviso che il comunicato stampa differisca dal contenuto della decisione impugnata solamente nella misura in cui si dice che *"la convenzione ha nuociuto ai clienti privati, alle autorità*

pubbliche ed ai contribuenti". Alla cifra 176 e 178 della decisione impugnata si legge che "(...) mediante il sistema descritto nel Cantone Ticino è stata praticata per diversi anni una politica di mantenimento strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici e, in ultima analisi, dei contribuenti" rispettivamente "(...) si tratta di un accordo sui prezzi rispettivamente sulla ripartizione del mercato, che (...) ha degli effetti nocivi di ordine economico e sociale". A prescindere dall'inammissibilità di impugnare il comunicato stampa, a titolo abbondanziale va comunque rilevato che da un confronto tra i considerandi della decisione impugnata e le dichiarazioni contenute nel comunicato stampa e messe in risalto dalle ricorrenti si può ragionevolmente affermare che il testo del comunicato stampa riassume brevemente le conclusioni a cui è giunta la Comco nella decisione impugnata e, per quanto attiene al contenuto, corrisponde alle allegazioni riportate nella medesima e non risulta contraddittorio. Pertanto le allegazioni delle ricorrenti non possono essere condivise.

2.2 Fintanto che le ricorrenti si limitano a derivare dal contenuto del comunicato stampa un non proprio quantificato danno di immagine ed economico, esse sono comunque libere di promuovere un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, d'intentare un'azione civile nel quadro della protezione della personalità (art. 28-28I del Codice Civile svizzero del 10 dicembre 1907, CC, RS 210) oppure, anche nella misura in cui la pubblicazione del comunicato stampa rientri nei compiti generali amministrativi delle autorità in materia di concorrenza, di rivolgersi all'autorità di sorveglianza competente (cfr. Regolamento interno della Commissione della concorrenza del 1° luglio 1996).

3.

3.1 La legge federale sui cartelli e su altre limitazioni della concorrenza del 6 ottobre 1995 (LCart, RS 251) ha lo scopo di 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 (art. 1 LCart). La LCart è stata modificata parzialmente nel 2003 (Modifica del 20 giugno 2003, RU 2004 1385). Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il 1° aprile 2004.

3.2 L'obiettivo principale della revisione della LCart consisteva nell'introduzione di sanzioni dirette in caso di infrazioni particolarmente nocive al diritto sui cartelli, in modo da aumentare sensibilmente anche

l'effetto preventivo della legge, nonché la probabilità di scoprire le pratiche illecite (messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli del 7 novembre 2001, messaggio LCart 2003, FF 2002 1835 segg., 1836, 1846). Prima della revisione, sulla base degli art. 50 e 54 LCart, potevano essere inflitte sanzioni amministrative penali solo in caso di contravvenzione a una decisione passata in giudicato delle autorità in materia di concorrenza e non era quindi permesso di sanzionare direttamente le pratiche cartellistiche illecite, per cui l'effetto preventivo della legge era ridotto ad un minimo (FF 2002 1841; cfr. anche PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2003 pag. 3 segg., in particolare pag. 8).

3.3 La Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Comco, un'inchiesta di cui all'art. 27 LCart in relazione ad un eventuale accordo illecito in materia di concorrenza secondo l'art. 5 LCart e a eventuali pratiche illecite di imprese che dominano il mercato secondo l'art. 7 LCart. Nel corso della procedura d'inchiesta la Comco ha esaminato la convenzione del 15 dicembre 1998 conclusa da 17 ditte di pavimentazione stradale attive nel Cantone Ticino.

Nella decisione impugnata la Comco constata l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino tra il gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004 da parte di 17 ditte di pavimentazione stradale (tra cui figurano le ditte qui ricorrenti) e che tale convenzione 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 ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart. La decisione in esame vieta alle imprese di pavimentazione stradale del Cantone Ticino di applicare tale convenzione con la comminatoria che in caso di infrazioni possono essere emanate sanzioni conformemente agli art. 50 e 54 LCart. La Comco decide di concludere la procedura, tenuto conto che, a causa della sospensione della limitazione illecita della concorrenza prima della fine del mese di marzo 2005, non può essere inflitta una sanzione ai sensi dell'art. 49a LCart e si riserva di esaminare di nuovo 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.

3.4 La Comco ha esaminato il comportamento delle imprese indagate (a suo avviso illecito) nel periodo tra il gennaio 1999 fino alla fine del 2004. Considerato che le nuove disposizioni della LCart erano entrate in vigore al 1° aprile 2004, per la valutazione giuridica della presente vertenza sarebbe di principio applicabile il nuovo diritto, sempre che eventuali disposizioni transitorie non dispongano altrimenti (cfr. consid. 3.4.2).

3.4.1 Per quanto attiene alla valutazione giuridica materiale ed in particolare all'art. 5 cpv. 3 LCart la revisione della LCart del 2003 non ha comportato nessuna modifica.

3.4.2 Per quanto concerne invece la possibilità di infliggere direttamente delle sanzioni (art. 49a cpv. 1 LCart) a causa di un accordo illecito secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart, bisogna prendere in considerazione la disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003 (di seguito: disposizione finale), la quale statuisce che se una limitazione attuale della concorrenza è annunciata o eliminata entro un anno dall'entrata in vigore dell'articolo 49a (cioè entro il 30 marzo 2005), non saranno prese sanzioni in virtù di tale disposizione. Nel caso in cui sono adempiute le condizioni dell'annuncio o dell'eliminazione di una limitazione della concorrenza, il vecchio diritto mantiene la sua valenza al più tardi fino ad un anno dall'entrata in vigore del nuovo regime delle sanzioni.

Nel caso di specie rimane incontestato che la limitazione illecita della concorrenza che ha fatto oggetto dell'inchiesta della Comco si è dissolta entro il termine previsto dalla disposizione finale e che la Comco, in applicazione di tale disposizione, non ha pronunciato sanzioni dirette. In questo contesto si pone tuttavia la questione a sapere se l'accertamento di limitazioni illecite della concorrenza avvenute e concluse nel passato e il divieto di applicarle in futuro con la comminatoria di sanzioni ai sensi degli art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione ha ancora un senso, considerato che la Comco in futuro – vale a dire dopo la scadenza del termine giusta la disposizione finale – può direttamente sanzionare dette limitazioni illecite della concorrenza. Tale domanda è giustificata, nella misura in cui, proprio in vista della possibilità del sanzionamento diretto in futuro, potrebbe apparire in un primo momento che la decisione impugnata non espliciti effetti giuridici di rilievo nei confronti delle ricorrenti, per cui potrebbero sorgere dubbi se l'atto impugnato rivesta il carattere di decisione e se i ricorrenti abbiano un interesse degno di protezione (cfr. consid. 1.2).

3.4.3 La disposizione finale regola la questione dell'applicabilità delle sanzioni dirette giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart in riferimento al diritto transitorio. L'onere del sanzionamento diretto decade se una limitazione attuale della concorrenza è annunciata o eliminata entro un anno dall'entrata in vigore dell'art. 49a LCart. In altre parole, la disposizione finale subordina l'inapplicabilità delle sanzioni dirette (e quindi l'applicabilità della vecchia legge) a due condizioni di fatto: l'annuncio o l'eliminazione della limitazione illecita della concorrenza dal 1° aprile 2004 al 31 marzo 2005 (cfr. messaggio LCart 2003, FF 2002 1860; cfr. anche PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, N 3 sulla disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2007, pag. 208). L'esonero dalle sanzioni riguarda quelle limitazioni della concorrenza che già sussistevano al momento dell'entrata in vigore della modifica di legge, vale a dire al 1° aprile 2004 (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.1). Gli strumenti dell'annuncio, rispettivamente dell'eliminazione della limitazione illecita della concorrenza giusta la disposizione finale hanno una funzione di diritto transitorio. Da una parte essi rendono consapevoli le imprese del rischio che contro di loro possono essere inflitte sanzioni dirette con l'entrata in vigore della revisione della LCart; dall'altra essi escludono la possibilità di infliggere delle nuove sanzioni se la limitazione della concorrenza è annunciata oppure dissolta entro i termini prestabiliti dalla disposizione finale. Non possono essere annunciati fatti in riferimento a pratiche che sono già oggetto di un procedimento ai sensi dell'art. 26 segg. LCart, a condizione che l'apertura di un simile procedimento sia stata comunicata alle parti interessate. In questi casi le imprese possono sfuggire alle sanzioni dirette soltanto eliminando le presunte pratiche illecite entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del nuovo diritto (cfr. per tutto decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.4-3.5).

Dai materiali relativi alla modifica di legge del 20 giugno 2003 non risulta però che la disposizione finale persegua ulteriori obiettivi rispetto a quelli già summenzionati. In particolare non traspare l'intenzione di preservare le imprese dall'apertura di un'inchiesta e dalle sanzioni (dirette e indirette) per il comportamento finora adottato nel caso in cui le stesse imprese riprendano nuovamente le pratiche illecite in futuro. In questo senso la disposizione finale concede unicamente una protezione dalle sanzioni dirette entro il termine di un anno dall'entrata in vi-

gore del nuovo diritto. Essa non esclude tuttavia che le autorità in materia di concorrenza accertino in una decisione l'illiceità di limitazioni della concorrenza e ne ordinino il divieto con la comminatoria delle sanzioni in caso di ripresa delle pratiche illecite.

3.4.4 Con la disposizione finale il legislatore ha voluto che le vecchie pratiche cartellari ancora esistenti si dissolvessero durante il periodo transitorio e che venissero così risparmiate dalle nuove sanzioni. In questo modo veniva data agli attori presenti sul mercato la possibilità di conformare al nuovo diritto quelle pratiche che erano ancora illecite al 1° aprile 2004 (cfr. PATRICK KRAUSKOPF/CORINNE PIRLOT PITTET, *La nouvelle Loi sur le Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises* in *sic!* 2004, pag. 242 segg.; pag. 248). Ciò che a prima vista potrebbe apparire un privilegio nei confronti di accordi o pratiche che sussistevano già al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, in verità è limitato al solo effetto che per quelle limitazioni della concorrenza preesistenti annunciate o eliminate entro il periodo transitorio continua a valere l'ordine delle sanzioni giusta la LCart del 1995 fino alla conclusione di un'eventuale inchiesta. In questo senso la disposizione finale consente alla vecchia legge di esplicare un effetto prolungato. La conseguenza giuridica prevista nella disposizione finale si riferisce soltanto all'esenzione dalle sanzioni dirette giusta l'art. 49a LCart. Tuttavia la disposizione finale non esclude l'eventualità che vengano pronunciate sanzioni giusta l'art. 50 LCart. L'esenzione dalle sanzioni dirette quale conseguenza giuridica della disposizione finale non può consentire che le imprese possano proseguire le loro pratiche cartellari illecite all'infinito senza venire mai sanzionate (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.287/2005 del 19 agosto 2005 consid. 3.4 i. f.). La Comco deve quindi avere in ogni momento la possibilità di aprire un'inchiesta e decidere sull'illiceità di tali accordi o pratiche. Se sono dati i presupposti, la Comco può concludere l'inchiesta con l'accertamento dell'illiceità degli accordi, con il divieto della loro applicazione e la comminatoria di una sanzione ai sensi dell'art. 50 LCart in caso di contravvenzione al divieto d'applicazione (cfr. PETER REINERT, op. cit. N 1 ad art. 50 LCart e N 6-8 ad disposizione finale della modifica del 20 giugno 2003; JÜRIG BORER, *Kartellgesetz, Kommentar zum Kartellgesetz*, Zurigo 2005, N 33 segg. ad art. 49a LCart; IRENE KLAUER, *Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung*, in: *sic!* 2004 pag. 717; RETO JACOBS, *Sanktionen vermeiden – Meldung gemäss revidiertem Kartellrecht*, in: *Jusletter* 27. September 2004, N 10, 16; PHILIPPE SPITZ, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen*

Anwendung des revidierten Kartellgesetzes in: sic! 2004 pag. 553, pag. 562 seg.).

Nell'evenienza che le imprese indagate nel caso di specie contravven-gano al divieto di applicare la convenzione e si presenti quindi un caso di recidiva, la Comco, sulla base delle allegazioni suesposte, potrebbe infliggere alle medesime una sanzione ai sensi dell'art. 50 LCart in relazione al periodo già analizzato, senza dover aprire di nuovo un'in-chiesta ai sensi dell'art. 27 LCart per il medesimo periodo. In questo contesto occorre considerare che sulla scorta dell'art. 50 LCart posso-no essere inflitte sanzioni dello stesso importo di quelle previste all'art. 49a LCart, tanto è vero che per il calcolo delle sanzioni è applicabile per analogia l'ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (OS LCart, RS 251.5; cfr. TAGMANN, op. cit., pag. 309 segg.; REINERT, op. cit. N 11 ad art. 50 LCart). A tale riguardo va tenuto conto del fatto che l'applicazione ripetuta di pratiche già ritenute illecite in una decisione cresciuta in giudicato può avere un influsso aggravante nel quadro della commisurazione della sanzione relativa alla ripresa del comportamento illecito (cfr. art. 5 cpv. 1 OS LCart). Occorre infine considerare la circostanza secondo la quale, in caso di contravvenzione ad una decisione cresciuta in giudicato che accerta l'esistenza di limitazioni illecite della concorrenza, la colpa potrebbe essere tendenzialmente ritenuta maggiore (cfr. ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 50 N 2; PETER REINERT, op. cit., N 11 ad art. 50).

Visto quanto precede fa senso esaminare quelle pratiche cartellari che sono state soppresse entro il termine stabilito dalla disposizione finale e, nella misura in cui sia stata accertata la loro illiceità, vietarle con la comminatoria delle sanzioni nell'evenienza che tali pratiche vengano riadottate. La cifra 1 lett. a e b, nonché la cifra 2 del dispositivo della decisione impugnata sono di principio uno strumento idoneo per prov-vedere al mantenimento della concorrenza efficace e sono conformi allo scopo prefissato dalla LCart (art. 1 LCart).

3.4.5 La decisione impugnata non è solamente plausibile sotto l'aspet-to della disposizione finale, ma anche nell'ottica dell'art 27 LCart.

L'art. 27 LCart contiene le premesse per l'apertura di un'inchiesta e rappresenta quindi una disposizione di procedura amministrativa nel quadro della LCart. Tale disposto ha subito una lieve modifica del testo tedesco con la revisione del 20 giugno 2003, mentre il testo francese e

italiano sono rimasti invariati. Il Tribunale federale ha già avuto modo di riconoscere che l'art. 27 cpv. 1 LCart era soggetto alla medesima interpretazione, indipendentemente dalla modifica apportata al testo tedesco.

Conformemente alla prassi del Tribunale federale, proprio nel ramo degli acquisti pubblici può discendere dall'art. 27 LCart un interesse pubblico ad indagare su fattispecie avvenute e concluse nel passato, nella misura in cui da una parte viene accertata a posteriori l'esistenza di accordi illeciti sul prezzo e dall'altra si vieti l'applicazione di tali pratiche con la comminatoria delle sanzioni giusta l'art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione (cfr. decisione del Tribunale Federale 2A.59/2005 del 22 agosto 2005 consid. 3.3).

3.4.6 Dalle allegazioni suesposte emerge che la Comco – sulla base delle disposizioni di legge vigenti al momento del rilascio della decisione impugnata – poteva a giusto titolo accertare l'illiceità della limitazione della concorrenza cessata entro il termine previsto dalla disposizione finale, vietandone l'applicazione con la comminatoria delle sanzioni ai sensi degli art. 50 e 54 LCart in caso di contravvenzione. Per quanto attiene all'aspetto formale, la decisione impugnata adempie alle condizioni per essere qualificata come decisione ai sensi dell'art. 5 PA e poggia su una base legale sufficiente. La stessa ha un effetto aggravante sulle imprese partecipanti all'accordo, per cui si può affermare che le ricorrenti sono effettivamente toccate dalla decisione impugnata. Ne consegue che le ricorrenti sono legittimate a ricorrere e che i presupposti processuali sono da considerare complessivamente adempiuti (cfr. consid. 1.2 e 3.4.2 i. f.).

Se e in che misura nel presente caso sia avvenuta e sia dimostrabile una limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart dovrà tuttavia essere esaminato nei considerandi che seguono (cfr. consid. 7 segg.).

3.4.7 Le ricorrenti postulano anche l'annullamento del punto 1d del dispositivo della decisione impugnata, laddove la Comco si riserva di esaminare nuovamente, 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 il periodo successivo al mese di aprile 2005.

Con questa conclusione le ricorrenti si oppongono ad un'eventuale apertura di un'inchiesta sui due mercati rilevanti in riferimento a fatti avvenuti dopo il mese di aprile 2005. Conformemente alla prassi della vecchia Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO WEF) che lo scrivente Tribunale ha già avuto modo di confermare (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2050/2007 del 24 febbraio 2010, consid. 1.2.3), l'apertura di un'inchiesta non rappresenta una decisione impugnabile con ricorso di diritto amministrativo, poiché la stessa non costituisce un rapporto giuridico individuale e concreto (cfr. decisione della REKO WEF FB/2003-4 del 9 giugno 2005 consid. 1.4, pubblicata in DPC 2005/3, p. 530 ss.; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basilea 2000, p. 428; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. ed., Berna 2005, N 1079 s.). Ciò che vale per l'apertura di un'inchiesta deve valere a maggior ragione già per la sola riserva di aprire un'inchiesta in futuro, come formulato al punto 1d del dispositivo della decisione impugnata. Per questi motivi, fintanto che i ricorrenti postulano l'annullamento della decisione in relazione all'apertura di una futura inchiesta concernente il periodo successivo al mese di aprile 2005, il ricorso si rivela inammissibile per mancanza di un oggetto di impugnazione.

4.

La LCart 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; sono considerati imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o della loro forma organizzativa (art. 2 cpv. 1 e 1^{bis} LCart).

Tutte le attività delle imprese suscettibili di provocare ostacoli alla concorrenza rientrano nel campo di applicazione della legge, definito in modo molto ampio (messaggio sulla LCart del 23 novembre 1994, FF 1995 I 389, pag. 430, di seguito messaggio LCart 1995).

Le ricorrenti, società anonime di diritto privato, sono ditte attive nell'ambito della produzione di miscele bituminose, ma soprattutto della costruzione di strade e della pavimentazione. Esse hanno partecipato in qualità di offerenti in diverse gare pubbliche. Pacifico che esse vengano considerate imprese ai sensi dell'art. 2 LCart.

5.

La LCart si applica a quelle imprese di cui all'art. 2 LCart, sempre che a tale applicazione non si oppongano prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato. All'art. 3 cpv. 1 LCart sono elencate segnatamente le disposizioni che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi o quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione dei compiti pubblici e accordano loro speciali diritti. Il messaggio sulla LCart 1995 espone a questo proposito che la riserva per le prescrizioni che fondano diritti speciali si spiega nella misura in cui l'intenzione iniziale del legislatore era effettivamente di escludere la concorrenza da tale settore. La legge è tuttavia applicabile ad un siffatto regime in un dato settore economico se permette un comportamento concorrenziale e se dunque consente l'applicazione dei criteri del diritto della concorrenza (Messaggio LCart 1995 I 435). Anche la dottrina esige che le disposizioni speciali che ammettono un comportamento avverso alla concorrenza siano formulate in modo chiaro e abbiano lo scopo di escludere l'applicazione della LCart (cfr. PHILIPP ZURKINDEN/HANS-RUDOLF TRÜEB, *Das neue Kartellgesetz, Handkommentar*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2004, N. 1 ad art. 3 LCart; BORER, op. cit., N.4 ad art. 3 LCart).

Nel presente caso in cui sono toccati i mercati degli acquisti non è ravvisabile che sussistano prescrizioni legali specifiche volte ad escludere la concorrenza ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LCart e nemmeno i ricorrenti sollevano censure in questo senso. Prassi e dottrina sono unanimi nell'affermare che le disposizioni in materia di acquisti pubblici e quelle della LCart sono applicabili cumulativamente (cfr. decisione del 22 dicembre 2004 della REKO WEF FB/2002-1, consid. 5; decisione del TF del 22 agosto 2005, 2A.59/2005, consid. 3.3; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, *Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes*, Friburgo 1999, tesi n. 28.3, pag. 75; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHTSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurigo 1996, n. 69; HEINZ LEITNER, *Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 2003, pag. 23 segg.). L'autorità inferiore ha infine ritenuto che anche le attuali disposizioni legali vigenti nel Cantone Ticino non contengono prescrizioni avverse all'applicabilità della LCart, ciò che nemmeno le ricorrenti mettono in discussione.

Visto quanto precede, nulla si oppone quindi all'applicabilità della LCart.

6.

Nel quadro della procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale i ricorrenti possono far valere la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti, nonché l'inadeguatezza della decisione impugnata (cfr. art. 49 PA).

Di principio il Tribunale amministrativo federale è tenuto ad esaurire pienamente il proprio potere cognitivo. Gli è tuttavia permesso di limitare la sua cognizione, nella misura in cui la natura della causa lo richiede (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basilea 2008, 2.163; DTAF 2007/27 consid. 3.1 con ulteriori rinvii). Ne è il caso quando l'applicazione del diritto riguarda problemi tecnici, questioni specialistiche oppure valutazioni rilevanti dal profilo della sicurezza, che meglio si adattano ad essere trattate dall'autorità decidente sulla base delle proprie conoscenze specifiche, oppure quando si pongono questioni di interpretazione che l'autorità di prime cure è in grado di valutare in maniera più adeguata dell'autorità di ricorso, in virtù della propria familiarità con questioni locali, tecniche e personali (sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2237/2009 del 15 dicembre 2009 consid. 3.2, DTF 131 II 683 consid. 2.3.2).

Quando si tratta di valutare questioni particolari di natura tecnica o economica, laddove l'autorità inferiore dispone di conoscenze specialistiche, alle autorità di ricorso è concesso scostarsi dall'opinione dell'autorità inferiore unicamente se sono dati motivi validi (sentenza del Tribunale amministrativo federale C-2265/2006 del 14 settembre 2009 consid. 2.1; cfr. anche DTF 135 II 296 consid. 4.4.3, DTF 133 II 35 consid. 3 e DTF 131 II 13 consid. 4).

Il riserbo in relazione all'esercizio del potere cognitivo del Tribunale amministrativo federale è di principio da considerare anche in materia di diritto sulla concorrenza. Conformemente alla prassi della REKO WEF dovrebbe di regola essere compito della Comco concretizzare le disposizioni di diritto materiale della LCart, nonché formulare la politica in materia di concorrenza (cfr. decisione REKO WEF del 22 novembre 2005, DPC 2005 707; decisione REKO WEF del 9 giugno 2005, DPC 2005 556 seg.). Il Tribunale amministrativo federale prosegue la prassi della REKO WEF nella misura in cui si prefigge come compito di esaminare se la concretizzazione del concetto generale di concorrenza, nonché dei rimanenti concetti della legge sui cartelli risponda

pienamente alle esigenze di uno Stato di diritto e sia razionalmente plausibile (cfr. decisione del TAF B-4037/2007 del 29 febbraio 2008 consid. 4.2.2, confermata nella DTF 135 II 60 consid. 3.2.3). In una sentenza emanata recentemente, il Tribunale amministrativo federale ha motivato in che misura il suo modo di esercitare il proprio potere cognitivo è conforme alla prassi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-2050/2007 del 24 febbraio 2010 consid. 5.6).

7.

Nel caso in esame le ricorrenti sembrano contestare non solo il fatto che la convenzione abbia esplicato effetti sulla concorrenza, ma anche l'esistenza della medesima. In particolare esse sono dell'avviso che non si possa parlare di un accordo in materia di concorrenza.

Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (art. 4 cpv. 1 LCart).

7.1 Elementi costitutivi della definizione legale di accordo in materia di concorrenza sono una limitazione della concorrenza quale scopo o causa dell'accordo, nonché una collaborazione consapevole e voluta di due o più imprese di livello economico identico o diverso partecipanti all'accordo (THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Herausgeber], Basler Kommentar, Kartellgesetz [BSK-KG], Basilea 2010, Art. 4 N 2). L'elemento costitutivo centrale è la limitazione della concorrenza nel senso di scopo o causa dell'accordo. La questione a sapere se ci si trova in presenza di una limitazione della concorrenza deve essere esaminata sulla base del contenuto dell'accordo. Se è possibile affermare che sussiste una limitazione della concorrenza, questo non significa che l'accordo in discussione sia illecito o meno. La questione relativa alla liceità o illiceità dell'accordo è oggetto dell'esame materiale dell'accordo conformemente all'art. 5 LCart. Tale conclusione è evincibile, del resto, dalla collocazione dell'art. 4 LCart nelle disposizioni generali al Capitolo 1 della LCart (art. 1-4 LCart). L'art. 4 LCart definisce quei concetti che devono essere assoggettati alla LCart e facilita alle autorità della concorrenza, nel quadro di un esame sommario, l'attribuzione di un determinato stato di fatto a una disposizione di diritto materiale (art. 5-8 LCart) (cfr. per tutto NYDEGGER/NADIG in: BSK-KG N 12 s., 40 s.; BRUNO SCHMIDHAUSER in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.],

Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurigo 1997, Art. 4 N 23; WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Teilband 2 Kartellrecht, 2000, Basilea/Ginevra/Monaco, p. 58).

7.2 Nel quadro dell'inchiesta alla Comco era stata trasmessa la convenzione del 15 dicembre 1998. Nell'allegato alla convenzione sono elencate le ditte che hanno partecipato alla convenzione. Si tratta delle ditte contro le quali è stata aperta l'inchiesta, ovvero ditte attive nel ramo della pavimentazione stradale nel Canton Ticino, tra le quali figurano anche le ricorrenti. Scopo della convenzione era garantire la qualità dell'esecuzione ed il giusto livello dei prezzi (cifra 2 della convenzione). Nel corso di riunioni settimanali, la cui partecipazione era obbligatoria, i rappresentanti delle imprese discutevano le offerte al fine di determinare il giusto prezzo della minore offerta e le offerte d'appoggio (cfr. cifra 3 e 4 della convenzione). Le decisioni sui lavori da assegnare venivano prese di regola mediante una deliberazione di maggioranza dei partecipanti alle riunioni (cfr. cifra 3 della convenzione). Oggetto della convenzione erano tutti i lavori per enti pubblici assegnati per concorso pubblico o licitazione privata, tutti i lavori che superano i fr. 20'000.– e altri lavori per terzi inerenti a lavori di pavimentazione (cfr. cifra 5 della convenzione). Per l'assegnazione delle commesse venivano presi in considerazione diversi criteri (carico di lavoro - criterio più importante -, regionalità, specializzazioni, offerte studio, discussioni collegiali; cfr. cifra 7 della convenzione). Tutti i lavori ottenuti venivano conteggiati nel contingente di rotazione tenendo conto dei fattori di moltiplicazione individuali (cfr. cifra 8 della convenzione). Gli importi dei lavori assegnati venivano considerati al 100 % per commesse fino ad un valore di 1 milione, al 90 % per il milione successivo, all'80 % per l'ulteriore milione successivo e al massimo al 50 % a partire da 5 mio. (cfr. cifra 8 della convenzione). Per i lavori misti erano previsti speciali contingenti (cifra 10 della convenzione).

Nel corso dell'istruttoria tutte le ditte di pavimentazione stradale interpellate, ad eccezione della ditta Luongo SA e delle ditte di produzione d'asfalto Betasfa SA e Comibit SA, hanno dichiarato di aver partecipato alle riunioni settimanali. Dai rispettivi dati forniti dalle imprese indagate emerge inoltre che 10 delle 18 ditte di pavimentazione stradale allora attive in Ticino, allo stesso tempo azioniste della Comibit SA (ditta maggiore per la produzione di asfalto) e ciascuna con un seggio nel consiglio di amministrazione della stessa, hanno annunciato di es-

sere a conoscenza dell'esistenza della convenzione (cfr. la tabella 2 nella decisione impugnata). Comibit SA, Implenla (Ticino) SA e Paviclass SA sono azioniste della ditta di pavimentazioni Betasfa SA. Anche se Comibit SA e Betasfa SA nei loro memoriali hanno ribadito di non aver partecipato alle riunioni, la Comco ha dedotto dai legami personali indicati che esse avrebbero dovuto apprendere delle deliberazioni prese in occasione delle riunioni direttamente dai loro rappresentanti.

Sulla base di questi dati la Comco poteva a giusto titolo partire dal presupposto che le imprese indagate (ad eccezione della ditta Luongo SA) con la loro partecipazione alle riunioni hanno manifestato il loro interesse ad aderire alla convenzione sulla base di un cosiddetto "gentlemen's agreement".

Le allegazioni delle ricorrenti tendenti a negare la forza obbligatoria della convenzione – malgrado i mezzi di pressione in essa contenuti – e di riflesso la qualificazione della medesima come accordo in materia di concorrenza mancano di rilevanza. Come già segnalato, la definizione di un accordo in materia di concorrenza include tutte le convenzioni, indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano forza obbligatoria o meno. La circostanza che la convenzione non sia mai stata sottoscritta dalle imprese, come fatto valere dalle ricorrenti, è ininfluenza per la definizione di un accordo in materia di concorrenza. Nel caso di specie si può affermare in base agli art. 4 ("la presenza alle riunioni è obbligatoria"), 6 (impegno a iscriversi ai concorsi pubblici; obbligo a non fornire terzi con prodotti provenienti da impianti di miscelazione, ecc.; formazione di consorzi possibile solo a ditte partecipanti alle riunioni; obbligo di fornire solo ditte firmatarie con prodotti miscelati) e 13 (impegno di una ditta firmataria che vuole ritirarsi dalla convenzione di appoggiare le altre ditte convenzionate fino a quando tutte le ditte non avranno raggiunto l'importo del contingente della ditta uscente) che alla convenzione poteva essere attribuita una certa forza obbligatoria. Tale aspetto è a tratti deducibile anche dalle indagini della Comco, ad esempio quando quest'ultima ha appurato che alcune ditte avevano affermato che non sarebbero state rifornite di miscele bituminose se non avessero partecipato alle riunioni.

7.3 La Comco ha potuto ragionevolmente concludere che le imprese indagate hanno dato modo di dimostrare una collaborazione consapevole e voluta nel ripartire tra di loro in maniera uniforme

commesse future rientranti nel campo d'applicazione della convenzione, nonché nel ramo della pavimentazione stradale e in seguito nel determinare quali offerte a quale prezzo avrebbero dovuto ottenere l'aggiudicazione. Secondo la convenzione i partecipanti alle riunioni decidevano in anticipo non solo a quale offerta toccava l'aggiudicazione, ma anche l'importo di tale offerta, nonché quello delle offerte d'appoggio.

Dietro un simile modo di procedere la Comco ha riscontrato che la convenzione mirava a limitare la concorrenza tra le ditte attive nell'ambito della pavimentazione stradale nel Canton Ticino.

Dalle allegazioni suesposte emerge che la Comco, già solo sulla base di un esame sommario del contenuto della convenzione, poteva a giusta ragione qualificare la convenzione in discussione come un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 LCart. Siccome le imprese coinvolte sono collocate allo stesso livello di mercato, si può senz'altro parlare di un accordo orizzontale.

Dopo aver accertato che la qualificazione della convenzione come un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 LCart da parte della Comco non dà adito a reclami, in una prossima fase va esaminato se la convenzione in discussione è lecita alla luce del diritto in materia di concorrenza (cfr. STOFFEL, op. cit., p. 58).

8. |

La Comco ha concluso che il meccanismo di assegnazione delle commesse descritto nella convenzione si prefiggeva da un lato una rotazione dell'esecuzione delle commesse e di conseguenza una ripartizione del mercato ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart, dall'altro un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.

Le disposizioni di cui agli art. 5 cpv. 3 e art. 5 cpv. 4 LCart rappresentano delle cosiddette presunzioni legali. Le medesime non si riferiscono alla conseguenza giuridica dell'illiceità, bensì soltanto alla qualificazione dell'accordo che sopprime la concorrenza efficace (BORER, op. cit., N 31 ad art. 5 LCart). Per quei fatti che adempiono la fattispecie legale (base della presunzione), si presume che gli stessi portino ad una soppressione della concorrenza efficace (conseguenza della presunzione). Nel quadro della valutazione di accordi che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart deve essere dapprima

esaminato se si è in presenza di una delle fattispecie elencate agli articoli menzionati e, in secondo luogo, se la presunzione della soppressione della concorrenza efficace che ne deriva può essere confutata (cfr. ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, Zurigo/Basilea/Ginevra 2004, p. 26 s., STOFFEL, op. cit., p. 115). La figura giuridica della presunzione regola le conseguenze della mancanza di prove: se non si può provare la sussistenza di concorrenza efficace nonostante la limitazione, prevale la presunzione (messaggio LCart 1995 p. 449; cfr. consid. 10 in riferimento alle questioni relative alla ripartizione dell'onere probatorio nel contesto della confutazione della presunzione).

Gli accordi elencati agli art. 5 cpv. 3 e 4 LCart rappresentano la fattispecie legale. Per comprovare l'adempimento di quest'ultima è sufficiente dimostrare che simili accordi sono stati conclusi o comunque osservati. Non occorre quindi comprovare che tali accordi abbiano effettivamente esplicato effetti sul mercato. Ciò emerge dal testo di legge stesso: all'art. 5 cpv. 3 LCart si richiama espressamente l'attenzione sul concetto di "accordi" e non di "accordi aventi effetto sul mercato". Tale precisazione fa senso nella misura in cui, in base all'esperienza, gli accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart comportano la soppressione della concorrenza efficace. Creando le presunzioni legali il legislatore ha voluto facilitare il controllo di questo tipo di accordi e semplificare la procedura d'inchiesta amministrativa (messaggio LCart 1995 p. 449; ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit. pag. 26; FRANZ HOFFET in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurigo 1997, N 112 ad art. 5 LCart; di altro avviso STOFFEL, op. cit. p. 115: secondo questo autore la base della presunzione è costituita se gli accordi di cui agli art. 5 cpv. 3 LCart hanno avuto un effetto notevole sul mercato rilevante e quindi è raggiunta una copertura di mercato "sufficiente"). In questo senso sarebbe in netto contrasto con la volontà del legislatore se chi trae beneficio dalla presunzione (le autorità in materia di concorrenza) dovesse ancora comprovare che gli accordi abbiano esplicato effetti sufficienti. Contro la prova dell'esistenza della base della presunzione è possibile produrre una controprova, così da far cadere la base della presunzione ritenuta data in un primo momento (cfr. per tutto ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 26 seg.).

La prova dell'accertamento dei fatti che costituiscono la base della presunzione deve essere assunta d'ufficio, conformemente al principio inquisitorio vigente nella procedura amministrativa (PATRICK L.

KRAUSKOPF/OLIVER SCHALLER in: BSK-KG, N 641 ad art. 5 LCart; STOFFEL, op. cit., p. 115). Viste le allegazioni che precedono, per accertare la base della presunzione occorre in principio basarsi sul contenuto dell'accordo concreto. Non è invece necessario comprovare gli effetti concreti dell'accordo sulla concorrenza. Anche il Tribunale federale sembra partire dagli stessi presupposti riconoscendo a titolo generale che un accordo orizzontale sui prezzi costituisce, conformemente al testo chiaro dell'art. 5 cpv. 3 LCart, soltanto la presunzione della soppressione della concorrenza e non anche la certezza che sia data in maniera inderogabile una soppressione della concorrenza (DTF 129 II 18 consid. 8.3.1).

Dal testo della convenzione, allegati compresi, è evincibile che le ditte firmatarie (cioè tutte le ditte di pavimentazione stradale allora attive nel Cantone Ticino, ad eccezione della ditta Luongo SA) si impegnavano a distribuire tra loro, in occasione di riunioni settimanali la cui presenza era obbligatoria, i lavori di pavimentazione stradale richiesti dagli enti pubblici e da privati in modo che ogni ditta ottenesse un numero di incarichi sufficiente. Per la ripartizione dei lavori, definita "equa" dalle ditte partecipanti all'accordo, la convenzione prevedeva un determinato sistema di contingenti, nonché di fattori di moltiplicazione. Allo stesso modo le imprese si assumevano l'obbligo di fissare i prezzi delle offerte che avrebbero dovuto aggiudicarsi i lavori, nonché i prezzi delle cosiddette offerte d'appoggio. Dal modo di procedere descritto nella convenzione è deducibile che gli offerenti che partecipavano a procedure di acquisti pubblici simulavano la presenza della concorrenza sul mercato rilevante, mentre i committenti, a causa della fissazione anticipata dei prezzi delle offerte, non erano in grado di determinare il prezzo concorrenziale in conformità alle disposizioni corrispondenti. La presente convenzione presenta quindi tutte le caratteristiche di un accordo in materia di appalti ("Submissionsabsprache"; cfr. per tutto CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, p. 25 segg. e pag. 79 segg.; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Friburgo 1999, N 260 segg. e 373 segg.). In sé la convenzione rappresenta un intervento nel libero gioco fra domanda e offerta, in quanto obbliga le imprese partecipanti ad una fissazione dei prezzi delle offerte e ad una ripartizione dei lavori di pavimentazione stradale tra le medesime.

La Comco non si è solo limitata a rilevare l'esistenza della conclusione dell'accordo e con ciò della base della presunzione, ma ha anche appurato sulla base dei risultati dell'inchiesta che la convenzione in og-

getto è stata effettivamente applicata nel periodo tra il mese di gennaio 1999 fino ad almeno la fine del 2004. Dai rilevamenti effettuati (209 tabelle che dimostrano le aggiudicazioni in anticipo delle commesse in occasione delle riunioni settimanali, 192 pagine concernenti i lavori sospesi, allegazioni inoltrate dalle imprese, dal Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, da diversi comuni ticinesi e dalle associazioni di categoria ATIPS e ASTAG), la Comco ha riconosciuto che i fattori di moltiplicazione riflettevano le dimensioni e l'età delle imprese sul mercato. Più basso era il fattore di moltiplicazione, maggiore era la dimensione e l'età dell'impresa. Alle imprese con il fattore di moltiplicazione più basso venivano assegnati volumi di commesse superiori rispetto alle imprese con fattori di moltiplicazione elevati. Le imprese a cui era stato attribuito lo stesso fattore di moltiplicazione hanno registrato cifre d'affari analogamente elevate nel periodo tra il 1999 e 2003, il che dimostra secondo la Comco che le imprese, mediante il sistema di rotazione, hanno potuto ottenere la compensazione auspicata se non annualmente almeno sull'arco di diversi anni. Da un confronto della quota di mercato delle imprese sulla base della cifra d'affari, rispettivamente della quota di mercato prevista dalla convenzione (cfr. appendice alla convenzione) la Comco ha potuto constatare solo differenze minime (+/- 0,5 %), dovute secondo lei in parte al cambiamento dei fattori di moltiplicazione nel corso degli anni. Durante l'intero periodo di osservazione la Comco ha rilevato che in media il 62% del volume delle commesse è stato aggiudicato mediante il sistema di rotazione, ma che tuttavia temporaneamente l'80% del mercato rilevante era condizionato dalla convenzione. Da un esame della volatilità delle offerte la Comco ha concluso che tra il gennaio 1999 e il marzo 2005 vi era una volatilità bassa, mentre a partire dal marzo 2005 la volatilità era aumentata in modo significativo. Prima del marzo 2005 i prezzi delle offerte sarebbero stati più elevati rispetto al preventivo allestito dal Cantone Ticino, mentre dopo il mese di marzo 2005 era possibile registrare una notevole diminuzione dei prezzi (cfr. decisione impugnata N 142, illustrazione 3 e appendice A3; per quanto attiene al preventivo del Cantone cfr. consid. 10.2.3).

Conformemente alla dottrina dominante e alla volontà del legislatore (messaggio LCart 1995, p. 449 seg.) non sarebbe di per sé stato necessario che, nell'ambito della prova per l'accertamento della base della presunzione, la Comco effettuasse ulteriori chiarimenti volti a far luce sull'applicazione effettiva e sugli effetti della convenzione sul mercato. Questo perché, come riportato nei considerandi suesposti, al fine di accertare l'esistenza della base della presunzione basta in principio

basarsi sul testo della convenzione. Tuttavia lo svolgimento di ulteriori verifiche che vanno oltre la consultazione del testo di un accordo concreto sembra essere prassi corrente delle autorità in materia di concorrenza (cfr. ISABELLE CHABLOZ, *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence*, Friburgo 2002, p. 151 con rimandi alla prassi della Segreteria e della Comco; STOFFEL, op. cit. p. 117 con ulteriori rimandi). Ad esempio, nel caso relativo al sistema del prezzo imposto sul mercato dei libri in lingua tedesca, anche il Tribunale federale ha incluso nell'ambito dell'esame della base della presunzione, unitamente al testo concreto del cosiddetto "Sammelrevers", anche considerazioni circa l'applicazione e la portata di tale accordo nell'ottica dei disposti in materia di concorrenza (DTF 129 II 18 consid. 6.5). Il che dimostra che nella prassi evidentemente non è sempre facile tracciare una precisa linea di demarcazione tra lo stabilire se è data la base della presunzione e se la presunzione può essere confutata. In principio le autorità in materia di concorrenza non devono confermare una presunzione giusta l'art. 5 cpv. 3 (e 4) LCart, ma possono solamente rovesciarla. Tuttavia quegli elementi di fatto che si riferiscono agli effetti concreti di un accordo potrebbero essere di una certa importanza per corroborare il sospetto circa l'esistenza di un accordo in materia di concorrenza. Se, ad esempio, nel quadro dell'esame della base della presunzione dovessero emergere indizi atti ad affermare che un accordo non è mai stato praticato e non ha quindi potuto avere effetti sul mercato, allora non sussisterebbe la base della presunzione e non sarebbe più necessario esaminare la confutabilità della presunzione.

Nel presente caso, già solo sulla base dell'esistenza della convenzione, del suo contenuto e meccanismo, nonché sulla base delle riunioni che hanno avuto luogo regolarmente (cfr. anche il paragrafo seguente), la Comco ha potuto a giusto titolo concludere all'esistenza delle presunzioni legali di cui all'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart, indipendentemente dal dimostrare se la convenzione avesse esplicato effetti concreti sul mercato. Di conseguenza, dalla conclusione a cui è giunta la Comco si presume che la convenzione abbia avuto i suoi effetti sul mercato rilevante, sopprimendo la concorrenza.

Nella loro memoria le ricorrenti adducono tutta una serie di argomenti che, secondo loro, servirebbero a dimostrare che la convenzione non rappresenta né un accordo mediante il quale veniva realizzata una ripartizione delle commesse, né un accordo orizzontale in materia di prezzi. A titolo liminare va rimarcato che non è ravvisabile che la Com-

co nell'aver sussunto la convenzione in esame agli art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart abbia abusato del proprio potere di apprezzamento o sia incorso nell'arbitrio. Del resto, dagli atti preliminari emerge che l'esistenza della convenzione non era mai stata contestata dalle imprese indagate. Anche le ditte ricorrenti erano a conoscenza della convenzione ed hanno ammesso di aver partecipato alle riunioni (cfr. decisione impugnata N 27 con indicazione degli atti preliminari). Le medesime ricorrenti hanno riconosciuto l'esistenza dell'accordo nell'ambito della loro presa di posizione sul progetto di decisione (cfr. N 45 segg. della decisione impugnata). Nella procedura di ricorso parallela B-420/2008, la ditta ricorrente non contesta né la circostanza che sia stato concluso un accordo, né la classificazione del medesimo quale limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart.

A causa della mancanza di dati la Comco non ha potuto analizzare se la Comibit SA detenesse un'eventuale posizione dominante sul mercato sotto forma di una strategia di esclusione del mercato e nemmeno rafforzare gli indizi relativi ad un eventuale accordo sui prezzi dei trasporti. La base della presunzione si riferisce quindi soltanto alla ripartizione dei lavori di pavimentazione stradale tra le ditte partecipanti all'accordo ed alla fissazione dei prezzi di tali lavori.

Gli aspetti indagati dalla Comco circa gli effetti della convenzione sul mercato rilevante sono all'occorrenza da considerare nell'ambito dell'esame se la presunzione può essere confutata. Se e in che misura la Comco abbia eseguito a giusto titolo l'esame della confutabilità della presunzione, è oggetto dei considerandi che seguono.

Inoltre da uno sguardo sommario alle censure ricorsuali sollevate in questo contesto è possibile osservare come le stesse si riferiscano perlopiù agli effetti della convenzione, nonché alle probabilità di accesso al mercato rilevante. Per questo motivo appare più adeguato prendere in considerazione tali argomenti ricorsuali nell'ambito dell'esame della confutabilità della presunzione, sempre nella misura in cui essi si rivelino pertinenti.

9.

La ragione per aver statuito le presunzioni legali di cui in particolare all'art. 5 cpv. 3 LCart consiste nel riconoscere che simili cosiddetti cartelli duri sono tipicamente considerati nocivi (cfr. messaggio LCart 1995 p. 493). Solamente la conseguenza della presunzione, vale a dire

la soppressione della concorrenza efficace, si riferisce alla nocività dell'accordo in materia di diritto di concorrenza e non alla base della presunzione, la quale, come già accennato, richiede soltanto l'esistenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart. La questione a sapere se un accordo secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart sia nocivo è quindi da verificare nella fase di confutazione della presunzione e non già a livello dell'esame di come va qualificato l'accordo, cioè nell'esaminare quale delle presunzioni legali sussiste nel caso concreto (art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart.).

Nel caso di accordi orizzontali sul prezzo giusta l'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart la nocività si manifesta nella circostanza che il prezzo in un rapporto orizzontale è il parametro decisivo per la concorrenza, in quanto la controparte, in caso di standardizzazione dei prezzi di beni omogenei, non ha di principio la possibilità di ripiegare su sostituti. Per gli acquirenti la fissazione dei prezzi ha come conseguenza diretta prezzi più elevati. Si presume che quegli accordi orizzontali che operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart siano altrettanto nocivi, essendo in grado di eliminare la concorrenza per mezzo di mercati parziali isolati artificialmente. Con la segmentazione del mercato si creano situazioni di monopolio artificiale, le quali consentono alle imprese di dettare a piacimento le loro condizioni, ad esempio richiedendo prezzi eccessivamente elevati oppure riducendo l'offerta dei prodotti. La ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali limita quindi l'offerta e comporta una produzione ridotta e con ciò prezzi più elevati (sul potenziale di nocività degli accordi ai sensi degli art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart, cfr. CLAUDIA OESCH, Kooperation zwischen KMU, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, p. 95 s.; messaggio LCart 1995 450 s.; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 370 segg. ad art. 5 LCart). Anche nel Consiglio Nazionale e nel Consiglio degli Stati si è partiti dal presupposto che gli accordi sui prezzi, sui quantitativi dei beni e sulla ripartizione dei mercati ai sensi degli art. 5 cpv. 3 e 4 LCart esplicano effetti particolarmente nocivi (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 1121 segg. con rimandi ai rispettivi voti nel Consiglio Nazionale e nel Consiglio degli Stati).

Visto quanto precede, se la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non può essere confutata, un accordo in materia di concorrenza si rivela illecito e nocivo.

10.

Di seguito va esaminato se in casu la presunzione legale dell'art. 5

cpv. 3 LCart secondo cui per tutta una serie di accordi si presume che venga soppressa la concorrenza efficace può essere confutata. Per confutare la presunzione è sufficiente la prova che malgrado l'accordo esiste ancora una concorrenza esterna attuale e potenziale e/o una concorrenza interna (cfr. messaggio LCart 1995 p. 447; BORER, op. cit. N 29 ad art. 5 LCart; DTF 129 II 36 consid. 8.3.2); cfr. anche consid. 10.2).

Se non si riesce a dimostrare che malgrado l'accordo esiste ancora una concorrenza efficace, quest'ultima è considerata soppressa. L'art. 5 cpv. 3 LCart disciplina in questo modo l'onere della prova, vale a dire le conseguenze della mancanza di prove. Nel quadro della procedura amministrativa l'onere della prova incombe alla Comco, tuttavia le parti sono tenute a collaborare all'accertamento dei fatti (art. 12 e 13 PA in combinato disposto con l'art. 39 LCart; DTF 129 II 18 consid. 7.1; BORER, op. cit., N. 31 ad art. 5 LCart; HOFFET in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurigo 1997, N. 111 ad art. 5 LCart; CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, pag. 820 Ziff. 4.1.; STOFFEL, op. cit., pag. 115 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 309). Poiché i fatti necessari a confutare la presunzione si riferiscono eventualmente a rapporti di affari interni delle imprese indagate, rispettivamente esigono nozioni specialistiche della situazione sul mercato rilevante, le imprese coinvolte sono tenute a prestare un contributo notevole se non quello decisivo per far fronte al loro dovere di collaborare (BORER, op. cit., N 31 ad art. 5 LCart). L'autorità di concorrenza deve esaminare se la concorrenza efficace sussiste nonostante l'accordo, tenendo in considerazione il principio d'ufficiosità e gli argomenti addotti dalle imprese in causa (Messaggio LCart 1995 pag. 450).

10.1 La questione relativa alla soppressione della concorrenza efficace va osservata in relazione alla delimitazione del mercato rilevante di determinati beni e servizi sotto l'aspetto materiale, territoriale e in alcuni casi anche temporale (ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar Zurigo 2004, N 3 ad art. 5 LCart; BORER, op. cit., N 9 segg. ad art. 5 LCart). Il concetto del mercato rilevante non viene approfondito più da vicino nella LCart, tuttavia per la delimitazione territoriale e materiale del mercato rilevante nel quadro della valutazione di accordi in materia di cartelli è possibile applicare per analogia l'art. 11 cpv. 3 lett. a e b dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI; RS

251.4; cfr. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH in: Baker& McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG Berna 2007, N 42 e 44 ad art. 4 LCart; BORER, op. cit., N 10 ad art. 5 LCart; DTF 129 II 33 s. consid. 7.3).

10.1.1 Per la definizione del mercato reale è determinante la questione a sapere se merci o prestazioni di servizi sono in concorrenza nell'ottica della controparte. Ne è il caso, quando la controparte sul mercato considera tutte le merci o prestazioni di servizi sostituibili riguardo alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (art. 11 cpv. 3 lett. a OCCl).

Nella dottrina come pure nella prassi sono già stati analizzati gli aspetti relativi alla delimitazione del mercato reale in relazione alle procedure di acquisti pubblici. In simili procedure i committenti pubblici (richiedenti) rappresentano la controparte sul mercato rispetto alle imprese offerenti. Nella documentazione del bando il committente specifica quali prodotti e servizi sono a suo avviso sostituibili. La prestazione di servizio o il prodotto richiesto è determinato in maniera sufficiente dalla documentazione del bando. Di conseguenza il mercato reale rilevante nel caso di un concorso di appalto è più facilmente individuabile di quanto non lo sia un mercato comune. Esso è definito in anticipo ed in maniera sufficiente tramite i criteri di aggiudicazione pubblicati nel bando di concorso, nonché attraverso la documentazione d'appalto (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 86 segg.; CHRIST, op. cit., N 301). Mercati specifici possono esistere di principio per un periodo di tempo illimitato (mercati di lunga durata) ma anche per un periodo di tempo limitato (HEITZ, op. cit., p. 88 s.). Nell'inchiesta concernente l'appalto pubblico circa il risanamento dell'edificio principale della biblioteca nazionale svizzera la Comco è partita dal presupposto che la concorrenza sul mercato degli acquisti pubblici ha inizio con il bando di concorso e si conclude formalmente con la conclusione del contratto. Secondo l'avviso della Comco la concorrenza effettiva ha luogo nella fase prima dell'inoltro delle offerte. Al mercato degli appalti pubblici appartengono quelle imprese che hanno partecipato al concorso pubblico e presentato un'offerta entro il termine stabilito nel bando. Tutti gli altri offerenti che hanno rinunciato all'inoltro di un'offerta non fanno quindi parte del mercato di una gara d'appalto pubblica (DPC 2002/1 p. 141 s. N 27). In quest'ottica, ogni singolo appalto pubblico potrebbe essere considerato come un proprio mercato di durata limitata (HEITZ, op. cit., pag. 88 seg.; CHRIST, op. cit., N 307 segg.).

A seconda del tipo e delle caratteristiche degli oggetti delle commesse nel caso di accordi in materia di acquisti pubblici, i mercati interessati possono esistere su periodi di tempo diversi. È immaginabile partire dal presupposto che oltre ai mercati di breve durata, indipendentemente dal fatto che essi si verifichino in una volta sola o in maniera ricorrente, esista, a seconda delle circostanze concrete e come dimostrano i considerandi seguenti, anche un vero e proprio mercato di durata illimitata e quindi un cartello sugli appalti che si estende su un periodo illimitato (cfr. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 146 seg.).

Nel caso di specie, per la delimitazione del mercato reale, la Comco si è basata in una prima fase su due mercati, considerando dapprima il mercato della produzione di miscele bituminose, in quanto, secondo la sua prassi (DPC 2000/4, p. 611 ss.), nell'aggiudicazione di progetti di costruzione di strade nell'offerta complessiva non vengono fatturati solo i lavori di pavimentazione stradale, ma anche i prezzi delle miscele bituminose. In questo mercato sono contrapposti da una parte i fornitori di miscele bituminose e i loro acquirenti diretti (le ditte di pavimentazione stradale) e dall'altra gli acquirenti finali (committenti soprattutto pubblici). In una seconda fase la Comco ha delimitato il mercato reale rilevante sulla base del mercato della pavimentazione stradale, il quale, secondo la prassi della Comco (DPC 2007/1 p. 105), comprende tutti i lavori connessi con la posa del rivestimento di asfalto. In questo tipo di mercato la controparte sul mercato è rappresentata dai committenti (perlopiù pubblici). Essa è contrapposta prevalentemente alle ditte di pavimentazione stradale in qualità di offerenti. Il principio, secondo cui ogni appalto pubblico è da considerare come un singolo mercato rilevante di durata limitata, non può avere alcuna importanza pratica in riferimento alle particolarità nel caso di specie. È presumibile che progetti nell'ambito delle costruzioni stradali siano stati messi ripetutamente a concorso dai servizi competenti del Cantone Ticino, nonché dei comuni, per cui gli offerenti possono essere in concorrenza tra loro non solo puntualmente tra il bando di concorso e la conclusione del contratto, ma anche tra i singoli bandi di concorso. Questo aspetto è del resto messo ben in evidenza dal sistema di ripartizione delle commesse previsto nella convenzione e impostato in modo da essere applicato a più procedure d'appalto possibili. D'altro lato i principi relativi al mercato reale rilevante in materia di acquisti pubblici non possono essere ripresi tali e quali, in quanto la controparte sul mercato nel caso di specie è formata anche dai committenti privati oltre che dagli enti pubblici.

10.1.2 Il mercato territoriale rilevante comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato domanda o offre le merci o prestazioni di servizi che compongono il mercato reale (art. 11 cpv. 3 lett. b OCCl). Occorre tener conto da una parte dell'appartenenza territoriale degli offerenti che possono partecipare al concorso e dall'altra delle merci e prestazioni di servizio richieste nel caso concreto (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 87 segg.; CHRIST, op. cit., N 305 seg.).

È quindi a giusto titolo che la Comco ha delimitato il mercato geografico della produzione di miscele bituminose almeno a livello cantonale, in considerazione del fatto che le imprese di pavimentazione stradale devono ricevere il materiale per la pavimentazione da una ditta produttrice di asfalto che si trova nelle vicinanze del rispettivo cantiere. In effetti le miscele bituminose rappresentano un prodotto deperibile rapidamente, per cui solamente quelle ditte produttrici di asfalto che si trovano al massimo in un raggio di circa 50 km dal luogo della prestazione richiesta dovrebbero appartenere al mercato geografico rilevante (cfr. CHRIST op. cit, N 305).

A causa delle particolarità delle miscele bituminose le ditte di pavimentazione stradale sono limitate nella scelta della ditta di produzione d'asfalto. Un rifornimento presso ditte della vicina Italia o d'oltre Gottardo può difficilmente entrare in linea di conto se si considera che sia i noti problemi di traffico al tunnel autostradale del Gottardo e ai valichi doganali, sia le condizioni di accesso ai passi alpini potrebbero porre dei limiti ad un'immediata fornitura di asfalto. Sotto quest'aspetto è ravvisabile la ragione per cui nel periodo di osservazione dell'inchiesta, a prescindere da rare eccezioni, nessuna ditta produttrice d'asfalto estera o con sede fuori dal Cantone aveva iniziato un'attività di rilievo nel Cantone Ticino.

Infine la Comco, fondandosi sulla propria prassi, ha giustamente delimitato il mercato della pavimentazione stradale almeno a livello del Cantone Ticino. La convenzione stessa parte da un campo d'applicazione territoriale limitato al Cantone Ticino, riservando la partecipazione alla convenzione a tutte le ditte di pavimentazione iscritte al Registro di commercio e associate dell'ATIPS (art. 1 convenzione). Nel caso delle ditte elencate all'allegato della convenzione si tratta esclusivamente di ditte di pavimentazione stradale ticinesi che erano effettivamente attive nel Cantone durante il periodo di osservazione dell'inchiesta. La definizione del mercato geografico rilevante conformemente alla convenzione coincide nel risultato con le conclusioni

della Comco. Dai rilevamenti da essa effettuati emerge che, a prescindere da rare eccezioni, nel Cantone Ticino nel periodo in esame non erano attive ditte di pavimentazione stradale provenienti da altri cantoni o dall'Italia. In relazione ad eventuali eccezioni, la Comco ha indicato una ditta di pavimentazione stradale italiana che si era unita in un consorzio con un'impresa svizzera e nell'ambito di questo consorzio aveva partecipato ad una procedura di appalti pubblici nel Cantone Ticino. Tuttavia l'offerta inoltrata da questo consorzio non era stata considerata. Visto quanto precede, il mancato ingresso sul mercato di un'impresa di pavimentazioni stradale italiana non basta a mettere in dubbio le allegazioni della Comco relative alla delimitazione del mercato geografico rilevante.

10.1.3 Dai considerandi che precedono risulta che la delimitazione del mercato rilevante effettuata dalla Comco non dà adito a reclami.

10.2 L'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna e interna sia attuale che potenziale deve essere trattata ogni volta in relazione al relativo mercato rilevante. Sulla base dei rapporti di partecipazione allora esistenti tra le ditte produttrici d'asfalto e le imprese di pavimentazione stradale (la maggior parte delle ditte di pavimentazione stradale erano azionarie delle ditte di produzione d'asfalto) la Comco sembra aver eseguito tale analisi in relazione ad entrambi i mercati menzionati. Tale modo di procedere è sostenibile, considerato che sulla scorta dei rapporti di partecipazione il comportamento sul mercato delle ditte produttrici d'asfalto era ampiamente influenzato dall'accordo concluso tra le imprese nel ramo della pavimentazione stradale. Può essere quindi lasciato indeciso se e in che misura l'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna e interna sia attuale che potenziale avrebbe dovuto essere svolta in relazione ad ognuno dei mercati rilevanti.

10.2.1 Una concorrenza esterna funzionante è data, quando vi sono ditte che non hanno partecipato all'accordo e creano una concorrenza tale da lasciar concludere che la concorrenza efficace non sembra più soppressa (DTF 129 II 18, consid. 8.1). In questo contesto, oltre all'effetto disciplinante della concorrenza attuale, va considerato anche l'effetto disciplinante della concorrenza potenziale (cfr. BORER, op. cit., N 29 ad art. 5 LCart; HOFFET, op. cit., N 129 ad art. 5 LCart).

La questione a sapere in che misura la concorrenza esterna è intralciata da accordi si decide secondo la struttura del mercato specifico. Nell'esame della struttura del mercato è di importanza fondamentale il

rapporto tra il numero delle imprese partecipanti all'accordo e da esso vincolate e il numero delle imprese estranee all'accordo e da esso non vincolate (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 97 seg., CHRIST, op. cit. N 360 segg.).

Nel caso in esame 17 delle 18 imprese attive nel ramo della pavimentazione stradale del Canton Ticino avevano partecipato all'accordo. Considerato che la quasi totalità degli attori sul mercato rilevante aveva condiviso l'accordo, è evidente che non poteva praticamente esistere una concorrenza esterna funzionante ed efficace (cfr. ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit. pag. 28).

Dal punto di vista della concorrenza esterna attuale va rilevato che al momento in cui era stata applicata la convenzione non vi erano ditte esterne in grado di influenzare il comportamento delle imprese partecipanti all'accordo. Nella decisione impugnata la Comco indica che la ditta Mutti G. & Co. e la ditta di pavimentazioni stradali C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA sono gli unici concorrenti attuali a poter entrare in linea di conto. Conformemente agli ineccepibili rilevamenti effettuati dalla Comco si presuppone che la ditta Mutti G. & Co. non disponeva né di un impianto di produzione proprio, né di macchinari necessari per eseguire la posa dei rivestimenti bituminosi. L'impresa di costruzioni stradali C. P. A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA era stata fondata nel mese di marzo 2005, quando la convenzione si era già dissolta, ragione per la quale anch'essa non poteva esplicare alcun effetto disciplinante sulle ditte partecipanti alla convenzione. Siccome la ditta Luongo SA non aveva partecipato alle riunioni settimanali, la medesima potrebbe essere inclusa nell'analisi dell'efficacia della concorrenza esterna. Le allegazioni del Dipartimento del territorio del Cantone Ticino nella sua presa di posizione lasciano però concludere che la ditta Luongo SA era di dimensioni modeste e presentava quindi una struttura non comparabile a quella delle ditte partecipanti alla convenzione, per cui si può partire dal presupposto che, contrariamente a quello che vorrebbero far credere le ricorrenti, la ditta Luongo SA non era in grado da sola di influenzare in maniera essenziale il comportamento delle ditte che avevano aderito all'accordo, indipendentemente dal fatto che la medesima abbia subito o meno delle ripercussioni a causa della sua mancata partecipazione all'accordo.

Sotto l'aspetto della concorrenza potenziale esterna va rilevato che, nel periodo d'osservazione alla base dell'inchiesta, sul mercato ticinese non erano entrate nuove ditte di pavimentazione stradale, rispettivamente di produzione di miscele bituminose, in grado di incitare in

modo rilevante le imprese partecipanti alla convenzione ad adottare un comportamento concorrenziale. Sulla base dei rilevamenti della Comco vi è ragione di credere che l'impresa grigionese di pavimentazioni stradali Giudicetti di Lostallo non aveva mai rifornito il Cantone Ticino di miscele bituminose fino alla fine di marzo del 2005. Inoltre, la circostanza che una ditta di pavimentazione stradale italiana abbia una sola volta partecipato ad una procedura di aggiudicazione in unione ad un consorzio con una ditta svizzera non può essere sufficiente per mettere in discussione l'effetto della convenzione sulla concorrenza (cfr. consid. 10.1.2 i. f.). Dalle allegazioni portate in sede di inchiesta risulta infine che le ditte residenti in Italia e in altri cantoni non hanno fatto il loro ingresso sul mercato ticinese a causa degli ostacoli linguistici, delle distanze e dei costi di trasporto, nonché per via dell'eccesso di capacità esistente sul mercato. Ne si deduce che i potenziali concorrenti non hanno avuto occasione di interferire nelle azioni delle imprese che avevano partecipato all'accordo e quindi non sono riusciti ad esercitare una pressione tale da disciplinare il mercato. Il fatto che tre su cinque delle imprese italiane interpellate dalla Comco in sede d'inchiesta abbiano reputato possibile un ingresso sul mercato ticinese non cambia nulla alla circostanza che nel caso di specie vi sono indizi sufficienti a concludere all'assenza di un'efficace concorrenza esterna potenziale.

Visto quanto precede si constata che l'autorità inferiore ha concluso a giusto titolo che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non può essere confutata con l'argomento che esisteva una concorrenza esterna (attuale e potenziale) efficace e funzionante.

10.2.2 La concorrenza interna è la concorrenza esistente tra le imprese che hanno partecipato all'accordo. Una concorrenza interna funzionante è data, quando all'accordo non viene affatto dato seguito oppure se, malgrado l'esistenza di un accordo, sussiste una concorrenza efficace in riferimento a singoli parametri di concorrenza sulla base di altri fattori, segnatamente dimostrando l'esistenza di una concorrenza funzionante nell'ambito della consulenza, servizio clienti e qualità (DTF 129 II 18 consid. 8.1).

10.2.2.1 Per quanto attiene alla concorrenza interna, si evince dai considerandi precedenti che il mercato ticinese della pavimentazione stradale è stato ripartito sistematicamente durante il periodo di osservazione, da una parte decidendo in anticipo quale ditta partecipante alla convenzione avrebbe ottenuto l'aggiudicazione della commessa e

dall'altra stabilendo il prezzo dell'offerta vincente e delle cosiddette offerte d'appoggio. Stando ai rilevamenti della Comco è possibile affermare che quasi tutte le ditte indagate attive sul mercato rilevante avevano effettivamente dato seguito alle decisioni prese nel corso delle riunioni settimanali conformemente alla convenzione. La circostanza che quasi tutte le ditte di pavimentazione stradale attive in Ticino durante il periodo di osservazione abbiano partecipato e si siano attenute alla convenzione ha quindi potuto impedire una concorrenza interna funzionante, come dimostrano anche i considerandi che seguono.

Le ricorrenti derivano dalla mancata partecipazione all'accordo da parte della ditta Luongo SA che le offerte inoltrate da quest'ultima corrispondevano evidentemente ad un'offerta di libero mercato. Quest'opinione non può essere condivisa. In un mercato rilevante in cui 17 su 18 imprese partecipano ad un accordo è alquanto inverosimile che una sola impresa che non si attiene alla convenzione sia capace di esercitare un notevole effetto disciplinatorio sulle altre ditte. Va inoltre tenuto conto che la ditta Luongo SA non disponeva di dimensioni e capacità comparabili con le imprese partecipanti alla convenzione, come dimostra il fatto che la medesima non ha mai partecipato a procedure di commesse pubbliche cantonali (cfr. presa di posizione del Dipartimento p. 2 ad 2.1). Sotto questo punto di vista, la questione a sapere se la ditta Luongo SA abbia subito delle ripercussioni o meno può essere lasciata in sospeso, in quanto la medesima non poteva comunque contribuire a creare una concorrenza residua efficace.

10.2.2.2 Come già indicato, la presunzione della soppressione della concorrenza può essere confutata anche nella misura in cui, nonostante l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart, sussista ancora una concorrenza interna efficace sulla base di altri parametri di concorrenza (cfr. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 478 segg.). Tale condizione è adempiuta ad esempio se il prezzo su un determinato mercato non rappresenta il solo parametro di concorrenza decisivo e, malgrado un accordo sui prezzi possa intralciare notevolmente la concorrenza, può ancora esserci una concorrenza sufficiente sulla base di altri fattori come qualità, consulenza e servizio (DTF 129 II 18 consid. 8.1). Ad esempio, nel caso della fissazione dei prezzi sul mercato del libro in lingua tedesca, il Tribunale federale ha riconosciuto la rilevanza di parametri di concorrenza al di fuori del prezzo, come la qualità relativa alla varietà dell'assortimento e alla consulenza specializzata, in quanto la clientela

sul mercato corrispondente sembra attribuire meno importanza ad un prezzo basso (DTF 129 II 37 s. consid. 8.3.2).

Sorgono tuttavia dubbi che al caso di specie – avente come oggetto un cartello sugli appalti – possa essere applicata per analogia la prassi del Tribunale federale in materia di prezzi fissi sul mercato del libro in lingua tedesca. Come già segnalato, tutte le commesse pubbliche, indipendentemente dal loro importo, facevano oggetto della convenzione in esame. Nel ramo degli acquisti pubblici, a differenza della situazione sul mercato del libro in lingua tedesca, la concorrenza si estende di regola principalmente solo sul prezzo dell'offerta. Gli altri fattori sono praticamente sottratti alla concorrenza, in quanto fissati in anticipo dal committente nell'elenco delle prestazioni giusta il bando di concorso, rispettivamente la documentazione del bando (cfr. HEITZ, op. cit. pag. 98; CHRIST, op. cit., N 374). Nella legislazione federale in materia di acquisti pubblici, trattandosi di beni ampiamente standardizzati, l'aggiudicazione dell'appalto può avvenire anche tenendo conto unicamente del criterio del minor prezzo (art. 21 cpv. 3 LAPub). Si può partire dal presupposto che i lavori di pavimentazione stradale non sono di regola di una complessità tale da relativizzare in maniera significativa l'accordo sui prezzi sulla base di altri fattori come ad esempio la qualità (cfr. decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale del 16 luglio 2009 B-3311/2009 consid. 6.3 ss. in particolare consid. 6.6). In riferimento al caso di specie emerge dai rilevamenti della Comco, nonché dalla presa di posizione del Cantone Ticino che l'offerente piazzato al secondo posto nelle gare di appalto presentava un'offerta più cara del 5 % rispetto all'aggiudicatario, mentre gli altri offerenti inoltravano spesso offerte meno dettagliate o in gran parte lacunose. Da questa circostanza è ravvisabile che il prezzo rappresentava il fattore decisivo sul mercato rilevante.

Nel caso in cui viene concluso un accordo sui prezzi, coloro che vi partecipano non sono praticamente in grado di influenzare il parametro di concorrenza del prezzo. Come già accennato, nel campo degli appalti pubblici la maggior parte dei fattori della concorrenza è fissata in anticipo dal committente nell'elenco delle prestazioni giusta il bando di concorso rispettivamente la documentazione del bando. È evidente che in questo modo la libertà d'agire di quei partecipanti che consegnano offerte d'appoggio potrebbe essere completamente soppressa. La libertà d'agire dei partecipanti all'accordo è parimenti soppressa nel caso di un accordo che determina il prezzo dell'offerta prevista per l'aggiudicazione e, mediante una chiave di ripartizione delle commes-

se, è in grado di dirigere l'aggiudicazione verso l'offerente deciso in anticipo (cfr. HEITZ, op. cit., pag. 98).

La circostanza che praticamente tutte le ditte attive sul mercato determinante (17 su 18) abbiano aderito all'accordo e che una gran parte delle stesse rappresentasse una notevole quota di mercato in virtù delle dimensioni e dell'importanza economica, rappresenta un indizio schiacciante per affermare che la concorrenza sul mercato rilevante avrebbe potuto essere soppressa. Di conseguenza il committente non poteva ripiegare su offerte fissate in modo indipendente dall'accordo. Sulla base dell'accertamento dei fatti la Comco poteva ragionevolmente partire dal presupposto che la dipendenza delle ditte dalla convenzione aveva impedito la formazione di una concorrenza interna efficace e contribuito, vista l'assenza di pressione sulla concorrenza, ad alterare i prezzi delle commesse. Da quanto precede emerge infine che le asserzioni delle ricorrenti secondo cui l'accesso al mercato determinante non era limitato dall'esistenza della convenzione e nessuna ditta era impedita dal partecipare ai bandi di concorso non possono che rivelarsi inconcludenti.

10.2.2.3 Nella sua analisi la Comco ha considerato la quota, la situazione e la struttura del mercato in relazione al caso concreto. L'autorità inferiore ha appurato che in media tra il 1999 e il 2003 almeno il 62 % delle commesse erano state attribuite secondo la convenzione. Tenendo conto degli aspetti seguenti è immaginabile che la percentuale media delle commesse attribuite sarebbe ulteriormente aumentata. La Comco ha indicato che le commesse superiori a Fr. 1 Mio. (art. 8. convenzione), nonché le commesse contenenti "lavori misti" non venivano conteggiate al 100 % (cfr. art. 10 convenzione: i lavori in pietra naturale ed artificiale al 50 % per la sola parte di pietra, mentre i lavori in asfalto fuso al 25 % per la parte in asfalto fuso ed impermeabilizzazione). La Comco ha rimandato anche all'art. 8 della convenzione secondo cui gli importi corrispondenti ai lavori non deliberati entro due mesi dalla data di assegnazione – lavori sospesi – venivano stralciati dal contingente di rotazione e registrati in una lista. Secondo i rilevamenti della Comco i lavori misti relativi al periodo 2002–2004 ammontavano a circa fr. 43,7 Mio (act. 354; fr. 10,6 Mio. nel 2002, fr. 27,8 Mio. nel 2003 e fr. 5,3 Mio. nel 2004). Includendo i lavori sospesi, la percentuale media dei lavori attribuiti mediante il sistema della convenzione tra il 1999 e il 2003 raggiunge il 72 % (cfr. presa di posizione della Comco al ricorso). Sotto questo aspetto non può essere

dato seguito alle asserzioni delle ricorrenti secondo cui la convenzione è stata applicata solamente ad un numero limitato di commesse.

A mente della Comco anche l'inclusione di quei lavori che non rientrano nel campo di applicazione della convenzione (si tratta di commesse private inferiori a fr. 20'000.–) avrebbe condotto ad una media percentuale ancora più elevata dei lavori ripartiti secondo il sistema di rotazione. Le ricorrenti lamentano invece che la Comco abbia omissso di comparare le offerte che non erano state attribuite mediante il sistema previsto nella convenzione con le offerte assegnate conformemente al meccanismo della convenzione. Tale questione può restare in sospeso, visto che i lavori aggiudicati al di fuori del sistema della convenzione dovrebbero aver giocato solo un ruolo minore o perlomeno trascurabile nell'ambito della ripartizione delle commesse.

Oltretutto, dalla tabella 3 illustrata nella decisione impugnata è possibile evincere che la ripartizione del mercato ottenuta effettivamente con la convenzione e la ripartizione del mercato prevista dalla convenzione differiscono minimamente nella misura del +/- 0.5 %. Alla luce di queste circostanze potrebbe apparire ovvio che anche quelle commesse non aggiudicate con il sistema di rotazione previsto nella convenzione venissero distribuite sulla base del medesimo meccanismo, in quanto le differenze di prezzo tra le commesse aggiudicate con o senza il sistema della convenzione avrebbero potuto aumentare la possibilità di scoprire le pratiche illecite. La questione può tuttavia rimanere indecisa, considerato che i risultati dell'inchiesta della Comco contengono nel complesso già indizi sufficienti per affermare che il meccanismo alla base della convenzione non dava alcun spazio ad una concorrenza residua efficace.

Le ricorrenti contestano che la Comco, nel determinare la correlazione tra i valori di mercato e quelli previsti dalla convenzione, non ha incluso anche i dati relativi al periodo antecedente al 1999 e posteriore al 2005. Non è tuttavia ravvisabile lo scopo a cui mirano le ricorrenti nel sollevare questa censura, la quale difficilmente si presta a dimostrare l'esistenza di un'efficace concorrenza residua. Anche nell'ipotesi che i dati relativi al periodo prima e dopo l'applicazione della convenzione giungano ad altre conclusioni, ciò non è sufficiente a capovolgere gli incontestabili risultati dell'inchiesta relativi al periodo di osservazione 1999-2003.

10.3 Di seguito va esaminato se le ulteriori argomentazioni delle ricorrenti sono atte a capovolgere la presunzione che la concorrenza efficace è soppressa.

10.3.1 Le ricorrenti sono dell'avviso che il metodo contenuto nella convenzione rispecchiasse le reali ed effettive possibilità di ogni singola impresa. Secondo loro anche senza i contingenti e fattori di moltiplicazione i lavori sarebbero stati attribuiti nella medesima misura alle ditte sulla base della loro grandezza e capacità.

Da queste allegazioni le ricorrenti non possono trarre nulla a loro beneficio. Dalle indagini della Comco traspare in maniera plausibile che le imprese indagate avevano confermato la loro partecipazione alle riunioni settimanali e che non vi era spazio per una concorrenza efficace residua. Conformemente al testo della convenzione le ditte partecipanti avevano manifestato l'interesse e l'intenzione di manipolare le aggiudicazioni dei lavori pubblici e privati, fissando in anticipo quale impresa doveva aggiudicarsi le commesse. Le imprese che non entravano in linea di conto per l'aggiudicazione dei lavori inoltravano offerte d'appoggio, approfittando in questo modo del sistema. A tale riguardo i contingenti e i fattori di moltiplicazione previsti nella convenzione provvedevano a ripartire i lavori tra i partecipanti all'accordo. Un simile meccanismo offriva alle imprese l'aspettativa che prima o poi avrebbero ottenuto l'aggiudicazione di una commessa. È pressoché inimmaginabile che in una situazione di libero mercato le commesse siano aggiudicate soltanto in base a criteri quali il carico di lavoro, la regionalità, specializzazioni, offerte studio e discussioni collegiali, come previsto all'art. 7 della convenzione, oppure tenendo conto di fattori quali le dimensioni e l'età delle imprese, come dimostrano i rilevamenti della Comco. Del resto tali criteri non sarebbero nemmeno compatibili con i principi generali vigenti in materia di acquisti pubblici, secondo cui per determinare l'offerta più vantaggiosa dal profilo economico sono da considerare tra l'altro il prezzo, il termine, la qualità, l'economicità, i costi d'esercizio, il servizio clientela, l'opportunità della prestazione, l'estetica, la compatibilità ambientale e il valore tecnico (cfr. per le commesse pubbliche a livello federale art. 21 cpv. 1 della legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici, LAPub, RS 172.056.1; cfr. per le commesse pubbliche a livello cantonale art. 13 lett. f del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici [CIAP] del 25 novembre 1994 / 15 marzo 2001 7.1.4.1.3, nonché l'art. 32 cpv. 1 della legge cantonale sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001, 7.1.4.1).

A titolo abbondanziale va segnalato che secondo l'art. 23 lett. d della vecchia legge cantonale sulle commesse pubbliche del 12 settembre 1978 anche il carico di lavoro era annoverato tra i diversi criteri di aggiudicazione, tuttavia con un grado di ponderazione minimo rispetto al prezzo che rappresentava allora il criterio più importante per l'aggiudicazione. Tale disposto non legittimava comunque che le imprese accordassero la ripartizione delle commesse e determinassero in anticipo e in considerazione del carico di lavoro l'offerta destinata all'aggiudicazione, nonché il prezzo della medesima (cfr. per ulteriori dettagli consid. 10.3.4.4).

10.3.2 Le ricorrenti adducono che i prezzi delle offerte applicati fino al 2004 si sarebbero mossi attorno al livello corrispondente del preventivo del Dipartimento, mentre dopo il 2005 sarebbero diminuiti del 20–40 % rispetto al preventivo, il che secondo loro sarebbe da ricondurre ad un crollo dei prezzi. Le ricorrenti sostengono che il fatto che non vi sono state ditte concorrenti provenienti da fuori cantone a partecipare ai concorsi dimostra indirettamente che non erano i vecchi prezzi ad essere “gonfiati” ma quelli nuovi (dopo il 2005) ad essere sottoprezzo. A loro avviso la Comco non ha considerato che le offerte presentate oggi al Cantone non coprono i costi.

In riferimento al livello dei prezzi, la Comco ha a giusto titolo riconosciuto che un prezzo concluso in un regime di concorrenza non significa necessariamente che si tratti di un prezzo atto a coprire i costi. Di regola è il mercato che determina il prezzo. Di principio l'accertamento del prezzo adeguato è analizzato nel quadro di inchieste concernenti pratiche illecite di imprese che detengono una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 7 LCart (ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, op. cit., art. 7 N 116 s.; DPC 2007/2, pag. 241 segg.). In considerazione del fatto che la Comco ha limitato la sua inchiesta solo all'esistenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart, non si è in casu rivelato necessario esaminare l'adeguatezza dei prezzi. L'analisi della convenzione e dell'effettiva applicazione della stessa, in assenza di argomenti ricorsuali atti a confutare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart, porta a concludere che l'accordo in questione ha soppresso la concorrenza efficace ed era nocivo. La nocività dell'accordo risiedeva nella mancanza di pressione alla razionalizzazione e nel mantenimento di strutture inefficienti. Nel quadro del sistema di rotazione costituito nella convenzione anche a quelle imprese che presentavano alti costi strutturali potevano essere

aggiudicate le commesse. Le offerte di questo tipo di ditte erano elaborate in modo tale che il prezzo dell'offerta potesse coprire i loro elevati costi strutturali. Con la partecipazione e l'adesione alla convenzione veniva impedito a quelle imprese che avrebbero potuto permettersi di offrire prezzi più vantaggiosi di inoltrare offerte con prezzi più bassi.

Dalle indagini svolte dalla Comco emerge in modo plausibile che i prezzi delle offerte prima dell'eliminazione dell'accordo erano più elevati del preventivo allestito dal Cantone e sono invece scesi considerevolmente sotto il livello del preventivo nel periodo successivo allo scioglimento dell'accordo. Secondo l'esperienza generale, un preventivo allestito da un'autorità aggiudicatrice per stimare il valore delle commesse è calcolato (per prudenza) piuttosto verso l'alto (cfr. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurigo 2007, N 183; decisione incidentale del Tribunale amministrativo federale B-4567/2009 del 6 agosto 2009 consid. 6.6, pubblicata su internet). In casu può essere lasciata indecisa la questione a sapere se e in che misura il committente cantonale ha allestito i preventivi dei costi *lege artis*. Decisiva per il caso di specie è piuttosto la circostanza che si siano avverate significative variazioni dei prezzi delle offerte a partire dal 2005. Come la Comco ha giustamente avuto modo di osservare, simili variazioni rappresentano un forte indizio che le imprese, dopo aver abbandonato il regime della convenzione, abbiano cominciato a risentire della crescente pressione della concorrenza rispettivamente che dopo il 2005 è iniziata una fase di ristrutturazione del mercato. Tale indizio si trova concretizzato anche dal fatto che a partire dal momento in cui le ditte hanno abbassato i prezzi delle loro offerte le stesse hanno iniziato a dedurre dal prezzo delle offerte gli sconti concessi ai fornitori, ciò che non avveniva sotto il regime della convenzione (cfr. presa di posizione del Dipartimento del territorio del 31 ottobre 2008).

Le critiche mosse dalle ricorrenti in riferimento al livello dei prezzi sono da relativizzare per diversi motivi. A ragione la Comco ha accertato che in principio i prezzi che nascono in un regime di concorrenza non devono per forza coprire i costi. Questo vale anche in relazione ad una fase di risanamento strutturale e di riduzione di capacità eccedentarie, la quale tendenzialmente accompagna lo scioglimento di un accordo in materia di concorrenza. Vi è anche ragione di credere che tutte le imprese che hanno partecipato all'accordo sono ancora attive, eccezion fatta per una sola ditta che al momento si trova in liquidazione (cfr. presa di posizione del Dipartimento del territorio del 31 ottobre

2008). Emerge inoltre da un'indagine dell'Ufficio federale di statistica sullo sviluppo dei prezzi nell'edilizia per il periodo ottobre 1998 – aprile 2007 che dal 2002 la media dei prezzi per la costruzione di strade nel Cantone Ticino è la più alta a livello svizzero (cfr. allegato alle osservazioni della Comco).

Infine, il fatto che ditte esterne (cantoni limitrofi, Italia) non abbiano inoltrato offerte non è principalmente da attribuire al livello dei prezzi, bensì a diversi fattori quali la possibilità d'accesso al mercato, che, sulla base dei considerandi suesposti, è stata ovviamente impedita (cfr. anche consid. 10.2.1).

Contrariamente a quanto vorrebbero far credere le ricorrenti, la Comco ha analizzato i prezzi per la posa di pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino tra il 1999 e il 2004. Sulla base dei rilevamenti forniti dall'Ufficio federale delle strade e dall'Ufficio federale di statistica l'autorità inferiore ha potuto constatare che i prezzi nel Cantone Ticino erano più elevati rispetto a quelli praticati in altri cantoni. Siccome dieci imprese di pavimentazione stradale ticinesi partecipanti all'accordo erano anche azioniste della Comibit SA (la maggiore ditta di produzione di asfalto) rispettivamente la stessa Comibit SA aveva anch'essa preso parte indirettamente all'accordo, la Comco ha a giusto titolo lasciato indecisa la questione a sapere se il livello dei prezzi per le miscele bituminose fosse eccessivamente elevato, poiché in base ai legami di partecipazione tra le ditte era deducibile che l'accordo avesse esercitato un influsso non solo sul mercato della pavimentazione stradale, ma anche sul mercato della produzione delle miscele bituminose. L'autorità inferiore ha considerato tuttavia i cambiamenti avvenuti sul mercato nel mese di aprile 2005, constatando che la Comibit SA ha ridotto i prezzi dall'inizio del 2005, mentre l'eliminazione delle pratiche da parte delle ditte prima dell'entrata in vigore della modifica di legge aveva altrettanto provocato una riduzione dei prezzi delle offerte. Le analisi della Comco sono quindi servite tra l'altro non solo ad appurare una correlazione tra i prezzi delle offerte e i prezzi per la produzione di miscele bituminose, ma soprattutto per rafforzare la sua tesi riguardo all'esistenza e all'applicazione effettiva di un accordo orizzontale sui prezzi e sulla ripartizione del mercato. L'allestimento di una perizia per determinare la concorrenzialità dei prezzi delle offerte, come richiesto dalle ricorrenti, non si rivela necessario per l'accertamento dell'esistenza di un accordo orizzontale ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart ed è in principio contrario al senso e allo scopo di tale disposto, con cui come già detto si ha voluto

facilitare il controllo dei cosiddetti cartelli duri e semplificare la procedura d'inchiesta amministrativa (messaggio LCart 1995 p. 449).

10.3.3 La censura secondo cui le commesse non venivano sempre assegnate alle imprese che figuravano al primo posto nelle tabelle e che per l'assegnazione veniva tenuto conto non solo del prezzo dell'offerta ma di ulteriori fattori non è atta a confutare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart. Anche con questo argomento le ricorrenti misconoscono che l'attenersi alla convenzione da parte di 17 su 18 ditte attive nella pavimentazione stradale era adatta a manipolare le procedure di aggiudicazione delle commesse e a falsificare il livello dei prezzi, dal momento che le imprese non hanno formato i prezzi delle offerte in modo indipendente dalla convenzione.

Le argomentazioni ricorsuali vengono relativizzate dalle esperienze del Cantone (Dipartimento del territorio) in qualità di autorità aggiudicatrice. Dalla documentazione del Cantone inoltrata in fase d'inchiesta (1 classificatore intero), nonché dalla presa di posizione al presente ricorso emergono importanti indizi a sostegno dell'applicazione dell'accordo. Conformemente alla vecchia legge sugli appalti in vigore fino al mese di febbraio 2001 il Consiglio di Stato poteva deliberare a sua scelta tra le imprese le cui offerte non superavano il 5 % del minor offerente. Fino al febbraio 2001 il Cantone ha riscontrato nella maggior parte delle procedure che il secondo classificato superava il valore limite del 5 %, mentre le altre offerte si situavano tra il 5 e 10 % al di sopra del minor offerente. Con l'entrata in vigore della nuova legge sugli appalti nel febbraio 2001 l'individualizzazione del miglior offerente non dipendeva prevalentemente solo dal prezzo, ma da altri criteri (organizzazione dell'impresa, programma lavori, competenza, esperienza). Tuttavia il Cantone ha constatato che a partire dal secondo classificato le offerte superavano il prezzo del primo classificato almeno del 5 %. Inoltre il minor offerente era solito inoltrare una documentazione d'appalto ineccepibile, mentre le altre ditte consegnavano una documentazione carente.

10.3.4 Le ricorrenti contestano che la Comco, pur considerando il Cantone come impresa ai sensi dell'art. 2 LCart, ha deciso di non esprimere alcun giudizio sul ruolo di committente pubblico assunto da quest'ultimo nella vicenda. Le ricorrenti sono dell'avviso che il Cantone abbia invitato esplicitamente le ditte a mettersi d'accordo. Esse fanno presente che nel corso del 1995 il Cantone in qualità di committente

pubblico aveva annullato alcuni bandi di concorso, indicando che “*le offerte inoltrate (...) risultano inaccettabili per i prezzi bassi offerti singolarmente e nel loro complesso*”. Con questo argomento le ricorrenti sembrano far valere secondo il senso che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace potrebbe essere confutata a causa della forte controparte sul mercato esercitata dal Cantone in qualità di committente pubblico.

Avantutto occorre segnalare che per rovesciare la presunzione di cui all'art. 5 cpv. 3 LCart è di per sé sufficiente solo comprovare che sul mercato rilevante esista ancora concorrenza esterna o interna in relazione ad un parametro di concorrenza toccato dall'accordo. Fintanto che non sussiste una concorrenza residua efficace, nello schema d'esame per la confutazione della presunzione è possibile includere anche la questione a sapere se la posizione della controparte sul mercato ha un effetto disciplinante sui partecipanti all'accordo. Se la controparte sul mercato non è in grado di esercitare una pressione concorrenziale sui partecipanti all'accordo, allora la presunzione che la concorrenza efficace è soppressa non può essere considerata rovesciata (cfr. sul tema: KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., N 445 e 241 ad art. 5 LCart; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 434 i. f.).

Nella misura in cui le ricorrenti fanno valere la forte controparte sul mercato esercitata dal Cantone quale argomento per confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace, è lecito occuparsi a fondo di tale censura. Tuttavia, nel caso in cui le ricorrenti intravedano nel comportamento del Cantone una causa di giustificazione per l'accordo sui prezzi e di ripartizione del mercato tra partner commerciali ai sensi della convenzione, un simile argomento non è conciliabile con lo schema d'esame per la confutazione della presunzione ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart.

10.3.4.1 Giusta l'art. 2 cpv. 1^{bis} LCart sono considerate imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o della loro forma organizzativa. Con questo disposto il legislatore si è prefissato di assoggettare il potere della domanda del settore pubblico alle regole in materia di legge sui cartelli (cfr. HUBERT STÖCKLI Vergarecht 2004 in: Zeitschrift für Baurecht / Droit de la construction (BR), Sonderheft Vergaberecht 2004, p. 6). In considerazione del fatto che nel ramo delle costruzioni l'amministrazione pubblica aggiudica la maggior parte dei lavori e che gli offerenti sono vincolati dal capitolato d'onori predefiniti dai

committenti (cfr. CHRIST, op. cit., p. 41), il rimprovero circa la posizione dominante del committente pubblico non sembra a tutta prima essere privo di fondamento. Tuttavia, il solo fatto di detenere una posizione dominante o di monopolio sul mercato non è di per sé illecito, piuttosto deve essere accertato l'abuso di una tale posizione (art. 7 LCart; cfr. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, op. cit., N 528).

Nel settore degli acquisti pubblici, in particolare nell'ambito della messa in concorso di una commessa concreta e a seconda del settore di mercato, risulta sovente ed in modo tipico una situazione di potere di mercato, in cui un numero maggiore di offerenti è contrapposto ad un numero minore di richiedenti oppure a un monopolio della domanda. La situazione di squilibrio di per sé data tra offerenti e richiedente può apparire in maniera accentuata nel ramo delle pavimentazioni stradali, laddove il committente pubblico rappresenta una quota notevole della domanda. Un tale aspetto è tuttavia inerente al sistema degli acquisti pubblici e viene attenuato ampiamente dalla circostanza che il committente pubblico è vincolato dalle garanzie procedurali in uno stato di diritto, nonché dai principi che derivano dalla legislazione in materia di acquisti pubblici, come la trasparenza e la parità di trattamento.

Nel caso di una violazione delle garanzie o dei principi in materia di acquisti pubblici sono a disposizione i corrispondenti rimedi di diritto. Quegli offerenti che si trovano a confronto con un ente pubblico che detiene una posizione dominante sul mercato hanno la possibilità di difendersi da eventuali abusi derivanti da tale posizione dominante, presentando una denuncia presso la Segreteria della Comco (art. 26 cpv. 2 LCart), che se del caso potrebbe portare ad aprire un'inchiesta cartellare oppure adendo direttamente le vie di diritto civile in materia di cartelli (art. 12 s. LCart) (cfr. HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Friburgo 1999, p. 287).

Da un punto di vista generale, a causa dello squilibrio che si viene a creare tra offerenti e richiedente pubblico, una gara d'appalto racchiude anche certi rischi per gli offerenti. Nel quadro delle procedure di acquisti pubblici il committente ottiene informazioni sul relativo mercato e in questo modo ne ricava la dovuta trasparenza, a differenza degli offerenti, ai quali viene a mancare l'accesso a tali nozioni di mercato. Gli offerenti sono impediti nelle loro possibilità di scelta o di ripiegare su un altro richiedente, poiché incapaci di confrontare in anticipo i prezzi o le soluzioni dei problemi con gli altri concorrenti (cfr. CHRIST, op. cit. N 205; HEITZ, op. cit., p. 41 s.). Se si tiene inoltre presente che il prezzo

nelle procedure in materia di acquisti pubblici è un fattore determinante, è ravvisabile che nei confronti degli offerenti viene esercitata una certa pressione sui prezzi (HEITZ, op. cit., p. 41 s.). Perciò gli offerenti potrebbero ravvisare in un cartello sugli appalti uno strumento adatto in qualche modo ad ostacolare il potere della domanda del committente pubblico, rispettivamente la pressione esercitata sui prezzi (cfr. HEITZ, op. cit., p. 42)

10.3.4.2 Nel caso di specie è incontestato che 17 su 18 ditte di pavimentazione stradale attive nel Canton Ticino aderendo alla convenzione hanno determinato in anticipo l'aggiudicatario, il prezzo dell'offerta prevista per l'aggiudicazione, nonché l'importo delle cosiddette offerte d'appoggio. Al presunto monopolio della domanda da parte del committente pubblico cantonale era di fatto contrapposto un monopolio dell'offerta. Si può quindi partire dal presupposto che la soppressione della concorrenza efficace quale conseguenza della presunzione legale e i prezzi tendenzialmente più elevati ad essa connessi dovrebbero aver contribuito ad indebolire notevolmente un eventuale potere della domanda da parte del Cantone. Del resto è stato proprio il committente cantonale e non le ditte indagate a rivolgersi direttamente alla Comco a causa dei prezzi elevati delle commesse nel ramo della pavimentazione stradale. Questo potrebbe essere a sua volta considerato quale indizio atto a concludere che il committente cantonale non era stato in grado di disciplinare il comportamento avverso alla concorrenza che le ditte avevano adottato.

A titolo abbondanziale va rilevato che i lavori di pavimentazione stradale potevano essere richiesti da diverse categorie di committenti pubblici (cantone, comuni, eventualmente Confederazione), nonché da privati e da terzi. Ne consegue che le quote di mercato relative ai lavori richiesti era suddivisa tra i numerosi committenti in gioco. Né dagli atti, né dalla motivazione del ricorso emergono tuttavia indizi atti ad affermare che il committente cantonale potesse disporre di una quota di mercato di tale importanza da esercitare un effetto disciplinante sulle imprese indagate.

10.3.4.3 Le ricorrenti fanno valere in modo generale che il Cantone ha incentivato il comportamento delle imprese annullando alcuni concorsi pubblici a dipendenza del costo troppo basso delle offerte.

Dagli atti si evince che il rimprovero delle ricorrenti non può che riferirsi all'annullamento di una procedura di aggiudicazione avvenuto nel

1995 (cfr. sentenza nella procedura parallela B-420/2008 consid. 9.2.2.4). Tale annullamento si è verificato 3 anni prima che sia stato concluso l'accordo in questione, cosicché dovrebbe mancare un nesso diretto temporale fra i due avvenimenti. Dalla presa di posizione del Cantone al progetto di decisione della Comco dell'8 marzo 2006 si evince inoltre che la procedura di aggiudicazione non è stata annullata a causa del livello dei prezzi delle offerte, ma per il fatto che le offerte erano state concepite in modo da non permettere al committente un confronto diretto. In particolare sembra che i costi di trasporto non fossero stati contemplati in modo corretto nelle rispettive offerte. Nell'ottica del diritto in materia di acquisti pubblici, sulla circostanza che il committente pubblico abbia di per sé la possibilità di annullare una procedura di aggiudicazione se ne sono date le premesse non vi è nulla da eccepire. Di conseguenza dalla sola possibilità di annullare procedure di aggiudicazione o da eventuali annullamenti le ricorrenti non possono trarre nulla a loro beneficio.

10.3.4.4 Anche uno sguardo ai disposti cantonali in materia di acquisti pubblici non permette di sostenere le tesi ricorsuali e di rovesciare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace.

Se corrisponde al vero che l'art. 23 lett. d della vecchia legge cantonale sulle commesse pubbliche del 12 settembre 1978 prescriveva di tener conto del carico di lavoro nell'aggiudicazione delle commesse, è altrettanto vero che secondo tale disposto il carico di lavoro era uno dei tanti criteri di aggiudicazione per il quale era prevista una ponderazione del 5 %. Al criterio di aggiudicazione del prezzo era invece attribuito il massimo grado di ponderazione. Ne consegue che le modalità per l'aggiudicazione di una commessa ai sensi della vecchia legge sugli appalti non erano contrarie a che gli offerenti inoltrassero offerte concorrenziali. Con l'entrata in vigore della nuova legge sugli appalti nel 2001, le offerte non venivano più aggiudicate al miglior offerente (nel senso dell'offerente con il prezzo minore), ma all'offerta più vantaggiosa tenendo conto del rapporto qualità e prezzo. Con la modifica di legge è venuto a cadere il carico di lavoro quale criterio di aggiudicazione. Visto quanto precede, non vi sono indizi che la legislazione cantonale in materia di acquisti pubblici abbia incoraggiato le imprese indagate ad adottare le loro pratiche illecite.

10.3.4.5 Nella decisione impugnata la Comco si è occupata delle ulteriori censure sollevate dalle imprese riguardo alla prassi del Cantone in qualità di committente pubblico, sollevando in particolare le questio-

ni dell'istituzione di una Commissione paritetica e delle richieste di sconti dopo la presentazione delle offerte.

Per quanto attiene all'istituzione di una commissione paritetica nel 1995, va rilevato a titolo generale che tale avvenimento non si inserisce in un contesto temporale diretto con la convenzione stipulata nel dicembre 1998. Inoltre nella sua presa posizione al progetto di decisione della Comco dell'8 marzo 2007 il Cantone ha indicato che a metà degli anni novanta si era trovato confrontato a una guerra dei prezzi al ribasso nel mercato della costruzione. Su pressione del Parlamento, era poi stato deciso di creare una commissione prezzi avente come scopo di fornire ai funzionari attivi sul campo un interlocutore neutro che potesse comunicare i dati tecnici necessari per la valutazione delle offerte. La commissione paritetica era composta da rappresentanti del Dipartimento del territorio e della ATIPS. Secondo le informazioni del Cantone la commissione paritetica era stata costretta più volte ad interrompere e riprendere la propria attività senza giungere ad un risultato concreto ed accettabile. A mente delle autorità cantonali, l'insuccesso della commissione era da ricondurre alla mancata trasparenza da parte dei rappresentanti degli imprenditori privati, i quali fino ad oggi non avrebbero consegnato ai rappresentanti del Cantone i dati tecnici per la valutazione delle offerte. Dalle allegazioni del Cantone è ravvisabile che la Commissione paritetica non era riuscita a influenzare il comportamento delle imprese che avevano partecipato alla convenzione.

Per quanto concerne le richieste di sconti dopo la presentazione delle offerte la Comco ha definito le questioni problematiche alla luce dell'art. 7 LCart. Come già accennato, un'eventuale posizione dominante del committente pubblico rappresenta un aspetto generalmente riscontrabile nel ramo degli acquisti pubblici (consid. 10.3.4.1). Questo argomento da solo non basta però a giustificare una limitazione illecita della concorrenza. Piuttosto devono sussistere punti di riferimento che lascino concludere ad un abuso di una probabile posizione dominante, per esempio un comportamento atto a modificare durevolmente la struttura della concorrenza o ad indebolire in modo duraturo gli offerenti (cfr. Wettbewerb und Vergaberecht- Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, p. 404 s.).

Visto quanto precede, le allegazioni delle ricorrenti non riescono a dimostrare in modo convincente che la posizione del Cantone in qualità di committente pubblico abbia esplicato un significativo effetto disciplinante sulle imprese indagate. Invece, sulla base dei risultati delle proprie indagini, l'autorità inferiore ha potuto a giusto titolo ravvisare una limitazione illecita della concorrenza nella convenzione, nonché nell'applicazione della medesima. Un'estensione dell'inchiesta al comportamento del cantone in qualità di committente pubblico non si rivelava necessaria nell'ambito del procedimento nei confronti delle ricorrenti.

Considerato che la presunzione della soppressione della concorrenza non ha potuto essere confutata, si può partire dal presupposto che le imprese partecipando alla convenzione abbiano indebolito la posizione del committente pubblico nella misura in cui quest'ultimo non era più in grado di individuare un prezzo concorrenziale per i lavori messi a concorso.

10.3.5 Per quanto attiene alla durata dell'applicazione della convenzione va rilevato che nel corso dell'inchiesta, sulla base di 209 tabelle da cui si evincono le aggiudicazioni delle commesse stabilite in anticipo in occasione delle riunioni settimanali, di 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi e di diverse prese di posizione delle imprese, la Comco ha potuto appurare che la convenzione è stata effettivamente applicata dal 13 gennaio 1999 fino al 10 dicembre 2003.

Le ricorrenti non sollevano obiezioni contro questo accertamento dei fatti. Esse rimproverano alla Comco di non essere riuscita a dimostrare che la convenzione era stata applicata nel periodo successivo al 10 dicembre 2003 fino alla fine del 2004. A tale riguardo va rimarcato che per il periodo successivo non è disponibile una documentazione paragonabile alle 209 tabelle e alle 191 pagine sui lavori sospesi che sono state prese in considerazione per accertare la durata dell'applicazione della convenzione dal 13 gennaio 1999 al 10 dicembre 2003. La Comco ha appurato in sede di inchiesta che la mancanza di documentazione per quanto attiene al periodo successivo al 2003 è da far risalire alla circostanza che a partire dall'inizio del 2004 i documenti distribuiti durante le riunioni sarebbero stati ritirati al termine delle riunioni su ordine superiore (act. 436). Malgrado la documentazione mancante per il periodo posteriore al dicembre 2003, la Comco ha ricevuto diverse prese di posizione dalle imprese indagate in merito alla questione, a partire da quale momento le ditte avevano cessato di

applicare l'accordo. Dalle dichiarazioni inoltrate (in particolare Atag e Novastrada; cfr. le rispettive prese di posizione del 9 marzo 2007 sul progetto di decisione) la Comco ha potuto tuttavia ragionevolmente concludere che la convenzione è stata applicata almeno fino al mese di dicembre 2004. Dai dati alla base della decisione impugnata si può quindi affermare che la Comco ha a giusto titolo accertato che la durata dell'applicazione della convenzione si era protratta dal 13 gennaio 1999 fino almeno alla fine del 2004. In questa conclusione non è ravvisabile un accertamento dei fatti incompleto od inesatto.

10.3.6 Visto quanto precede il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che la Comco ha a giusto titolo qualificato la convenzione del 15 dicembre 1998 quale accordo sulla ripartizione del mercato e quale accordo orizzontale sulla fissazione dei prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart ed eseguito l'esame della confutazione della presunzione in modo obiettivo e corretto, in considerazione del principio dell'officiosità e degli argomenti addotti dalle imprese indagate. Siccome nel caso di specie non è possibile confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace, la convenzione in esame si rivela illecita alla luce dell'art. 5 cpv. 1 LCart e conformemente al medesimo disposto non può essere giustificata da motivi di efficienza economica (cfr. STOFFEL: in SIWR, op. cit., p. 76; HEITZ, op. cit., p. 73; REINERT, op. cit., N 22 ad art. 5 LCart).

Le questioni a sapere se un accordo in materia di concorrenza causa un notevole intralcio alla concorrenza, nonché se un tale accordo può essere giustificato per motivi di efficienza economica si pongono soltanto nel caso in cui la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere rovesciata (cfr. messaggio LCart 1995, p. 444; DTF 129 II 18 consid. 9.5.5 e 10). In considerazione del risultato a cui si è giunti nel caso di specie si prescinde dall'occuparsi di tali questioni.

11.

In conclusione emerge che, per quanto riguarda l'aspetto formale, la decisione impugnata è giustificata e le premesse per entrare nel merito del ricorso sono da considerare adempiute. In particolare va rimarcato che la Comco era autorizzata, sulla scorta delle disposizioni vigenti al momento della conclusione dell'inchiesta, ad accertare l'illiceità dell'accordo in materia di concorrenza dissolto durante il termine previsto nella disposizione finale e a vietarne l'applicazione con la comminatoria delle sanzioni giusta l'art. 50 e 54 LCart in caso di

contravvenzione (consid. 1.2, 3.4.2-3.4.6). Sotto l'aspetto del diritto materiale la Comco poteva a ragione partire dal presupposto che la convenzione del 15 dicembre 1998 adempie alle esigenze poste ad un accordo in materia di concorrenza giusta l'art. 4 LCart (consid. 7). La qualificazione della convenzione come accordo sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi (art. 5 cpv. 3 lett. a LCart) e nel contempo accordo sulla ripartizione del mercato per zone o partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. c LCart) è da ritenere esatta. L'esistenza della base della presunzione ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart va affermata già solo sulla base del contenuto concreto della convenzione, nonché dell'applicazione effettiva della stessa; le allegazioni circa gli effetti della convenzione sul mercato rilevante incluse dalla Comco nell'esame della prova per la base della presunzione possono essere considerate all'occorrenza nel quadro dell'esame della confutabilità della presunzione (consid. 8). La delimitazione del mercato reale e geografico rilevante effettuata dalla Comco non dà adito a reclami (consid. 10.1). Sulla scorta dei risultati dell'inchiesta la Comco ha potuto giungere alla conclusione che la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non aveva potuto essere confutata, in quanto non era stata dimostrata l'esistenza né di una concorrenza esterna attuale e potenziale, né di una concorrenza interna residua efficace (consid. 10.2). Gli argomenti addotti dalle ricorrenti per dimostrare la confutazione della presunzione non sono convincenti; alle ricorrenti non riesce di produrre indizi concreti atti ad affermare che il Cantone quale committente pubblico e in virtù della sua forte controparte sul mercato abbia esercitato un effetto disciplinante sulle imprese indagate rispettivamente che il Cantone abbia abusato eventualmente di un'ipotetica posizione dominante sul mercato (consid. 10.2.3 s.). Avendo soppresso la concorrenza efficace, la convenzione in esame si rivela illecita, per cui è possibile prescindere dall'esaminare se la medesima ha intralciato in maniera notevole la concorrenza, rispettivamente se può essere giustificata da motivi di efficienza economica. Nella misura in cui le conclusioni ricorsuali sono indirizzate contro il comunicato stampa, il ricorso è inammissibile (cfr. consid. 2).

Visto quanto precede, la decisione impugnata non si rileva lesiva del diritto federale. Pertanto il ricorso risulta infondato e, nella misura in cui è ammissibile, va respinto.

12.

Visto l'esito della procedura, le ricorrenti devono sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese del procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborsi (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, TS-TAF, RS 173.320.2). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e delle difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti, conformemente all'art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF. In applicazione di tale disposto e in considerazione, da una parte delle difficoltà della causa e della decisione incidentale del 6 marzo 2008 con cui era stata respinta l'istanza cautelare delle ricorrenti, e dall'altra dalla circostanza che nella causa era pendente una procedura parallela (B-420/2008) avente come oggetto parzialmente le medesime questioni di diritto, nonché della mancanza di elementi a favore di una riduzione delle spese sulla base della situazione finanziaria delle parti, si giustifica fissare le spese processuali a fr. 3'000.– per ricorrente, per un totale di fr. 21'000.–. Tale importo è compensato con l'anticipo spese di fr. 11'900.– versato (fr. 1'700.– per ricorrente). I ricorrenti rispondono solidalmente per la differenza (fr. 1'300.– ciascuno, l'importo totale ammonta a fr. 9'100.–), pagabile alla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza.

Visto l'esito della procedura alle ricorrenti non spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA nonché art. 7 TS-TAF).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto, nella misura in cui è ammissibile.

2.

Alle ricorrenti vengono addossate le spese processuali di fr. 21'000.– (fr. 3'000.– per ricorrente), per le quali esse garantiscono solidalmente. Esse sono computate con l'anticipo spese di fr. 11'900.– (fr. 1'700.– per ricorrente). Le ricorrenti rispondono solidalmente per l'intero importo relativo alla differenza (fr. 9'100.–; fr. 1'300.– ciascuno), pagabile alla Cassa del Tribunale entro 30 giorni dalla crescita in giudicato della presente sentenza. Il bollettino di versamento segue con posta separata.

3.

Non si assegna alcuna indennità a titolo di spese ripetibili.

4.

La presente sentenza è notificata a:

- ricorrenti (atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);
- autorità inferiore (n. di rif. 22-0323: Pavimentazioni stradali in Ticino; atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);
- Dipartimento federale dell'economia (atto giudiziario; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);
- Dipartimento del territorio del Cantone Ticino (per conoscenza; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010);

e comunicata per estratto a:

- Costra SA (per conoscenza; allegato: comunicato stampa del 16 giugno 2010).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]. Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 16 giugno 2010