



Bozen/ Bolzano, 13.08.2021

Ausschluss des Bieters SAD AG im Sinne des Art. 80 Abs. 5 Buchstabe c und c-bis des Vergabekodex und Widerruf des endgültigen Zuschlages vom 24.03.2021

für das folgende Vergabeverfahren für die Ausschreibung

AUSSCHREIBUNG AOV/SUA-SF 036/2019 / AOV/SUA-SF 036/2019 - DURCHFÜHRUNG DER SCHÜLERVERKEHRSDIENSTE IN DER AUTONOMEN PROVINZ BOZEN FÜR DIE SCHULJAHRE 2020/21 - 2021/22 - 2022/23

CIG
Los 4: 812476937B

PRÄMISSEN

Die Autonome Provinz Bozen hat über die Agentur für die Verfahren und die Aufsicht im Bereich öffentlichen Aufträge für Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge (AOV) am 16.12.2019 das offene Verfahren zur Vergabe des Schülertransportes auf dem ISOV /SICP Portal veröffentlicht, wobei der Zuschlag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots – Qualität/Preis erteilt wurde.

Am 17.11.2020 wurde der Zuschlag für alle 4 Lose an den Teilnehmer Tundo Vincenzo S.p.A. erteilt.

Nach dem Ausschluss des Unternehmens Tundo gemäß Artikel 80 Absatz 5 Buchstabe c und c-ter wurde die Rangliste überarbeitet und am 24.03.2021 wurde der Zuschlag in den Losen 1, 2 und 3 an das Konsortium CAA/KSM und im Los 4 an die SAD AG erteilt.

Esclusione del concorrente SAD S.p.A. ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c - e c - bis del codice appalti con conseguente revoca dell'aggiudicazione disposta con provvedimento del 24.03.2021

per la seguente procedura di gara per l'appalto

GARA AOV/SUA-SF 036/2019 / PROCEDURA APERTA SOPRA SOGLIA EUROPEA PER L'ESECUZIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO SCOLASTICO NELLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO PER GLI ANNI SCOLASTICI 2020/21 - 2021/22 - 2022/23

CIG
lotto 4: 812476937B

PREMESSE

In data 16.12.2019 la Provincia Autonoma di Bolzano ha pubblicato mediante l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP) sul portale ISOV/SICP una procedura aperta per l'affidamento del trasporto speciale scolastico, aggiudicata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prezzo/qualità.

In data 17.11.2020 il predetto appalto è stato aggiudicato, per tutti i lotti, al concorrente Tundo Vincenzo S.p.A.

A seguito dell'esclusione della ditta Tundo ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c e c-ter, si è effettuato lo scorrimento in graduatoria, aggiudicando, in data 24.03.2021, i lotti 1,2 e-3 al consorzio CAA/KSM e il lotto 4 alla SAD S.p.A.



Im Anschluss an die neue Zuschlagserteilung wurden von der AOV gegenüber der SAD die Kontrollen gemäß Art. 80 und 83 des Kodex eingeleitet, damit die Abteilung Mobilität im Anschluss bezüglich der Rechtswirksamkeit des Zuschlages Stellung beziehen kann.

Was das sog. „berufliche Fehlverhalten“ im Sinne des Art. 80 Absatz 5 Buchstabe c) des Vergabekodex anbelangt, hat der EEV (RUP) die Stellungnahme der ANAC (Nr. 725/2020), welche für diesen speziellen Fall abgegeben wurde und einen ergänzenden Bestandteil dieser Maßnahme darstellt, berücksichtigt.

Einleitend wird auf einige Grundsätze verwiesen, die in der vorherrschenden Rechtsprechung sowie in den ANAC-Leitlinien Nr. 6 vorgegeben werden:

1. Der Tatbestand der beruflichen Verfehlung ist ein sog. offener Tatbestand, der neben den in Artikel 80 und in der ANAC-Leitlinie Nr. 6 aufgeführten Situationen auch jene Situationen umfasst, welche potentiell imstande sind, das Vertrauen des öffentlichen Auftraggebers in die Vertrauenswürdigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zu erschüttern. Letztere setzt nicht nur die technische und berufliche Fähigkeit zur Erbringung der Dienstleistung voraus, sondern auch die moralische Integrität.
2. In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass der öffentliche Auftraggeber das Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers unter Bezugnahme auf sämtliche im Bereich des Personentransportes in Südtirol vergebenen Aufträge bewerten kann, und nicht nur jene Fakten, welche mit ein und derselben Ausschreibung in Verbindung stehen (die diesbezüglichen ersten Erwägungen der SAD, wie sie in ihren Gegenargumenten dargelegt werden, sind daher nicht haltbar); Was hingegen die Frage des so genannten "relevanten Marktes" anbelangt, wird hingegen davon ausgegangen, dass der der Bezugsmarkt jener des öffentlichen Personennahverkehrs ist.

A seguito della nuova aggiudicazione, l'ACP ha avviato, nei confronti della SAD, le verifiche previste dagli articoli 80 e 83 del Codice al fine di consentire alla Ripartizione Mobilità di potersi esprimere in ordine alla proclamazione di efficacia ovvero inefficacia dell'aggiudicazione medesima.

Sul punto e con specifico riguardo all'analisi relativa alla sussistenza della fattispecie dell'illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) e ss. del codice, il RUP ha tenuto conto del parere espresso da ANAC (n. 725/2020), emanato nel caso specifico, che qui si intende interamente richiamato come parte integrante del provvedimento.

In premessa si ribadiscono alcuni principi generali, riconosciuti dalla giurisprudenza ormai prevalente sia dalla Linea Guida n. 6 dell'ANAC:

- 1) La fattispecie dell'illecito professionale è da considerarsi quale fattispecie aperta, potenzialmente comprensiva, oltre che delle situazioni elencate nell'art. 80 e nella linea guida 6 dell'ANAC, di tutte le situazioni potenzialmente idonee a compromettere la fiducia della stazione appaltante nell'affidabilità dell'operatore economico - intesa non solo come capacità tecnico-professionale di eseguire il servizio, ma anche come fondamentale requisito di integrità morale;
- 2) in tale prospettiva, ne consegue che la stazione appaltante può trarre elementi di valutazione dalla condotta dell'operatore economico nell'ambito dei vari affidamenti già espletati nel settore dei servizi di trasporto in Alto Adige e non solo dalla specifica gara (nessun pregio meritano perciò le considerazioni iniziali di SAD a riguardo espresse nelle controdeduzioni); Per quanto riguarda invece la questione del cd. "mercato rilevante", si ritiene che il mercato di riferimento sia il settore del trasporto pubblico locale. Ai sensi dell'art. 2 della LP n. 15/2015 che definisce i servizi di trasporto pubblico, anche il servizio di trasporto scolastico (comma 6) fa parte del sistema di trasporto pubblico locale. Pertanto, tutte le condotte poste in essere nell'ambito di servizi di trasporto pubblico



Gemäß Artikel 2 des LG Nr. 15/2015 welcher die öffentlichen Verkehrsdienste definiert, ist auch der Schülertransportdienst (Absatz 6) Teil des öffentlichen Nahverkehrssystems. Folglich sind sämtliche Verhaltensweisen, welche im Rahmen der von der Abteilung Mobilität der Autonomen Provinz Bozen verwalteten öffentlichen Nahverkehrsdienste in Südtirol verwirklicht wurden, für die gegenständliche Bewertung betreffend die im Betreff angeführte Ausschreibung relevant.

3. In der Bewertung des beruflichen Fehlverhaltens besteht ein großer Ermessensspielraum (sog. technisches Ermessen). Aus inhaltlich-meritorischer Sicht kann dieselbe vom Richter nicht in Frage gestellt werden; Besagte Bewertung kann von den Gerichten lediglich unter den Gesichtspunkten der Angemessenheit, Rationalität und hinreichende Begründung überprüft werden.

Was im Speziellen die SAD AG anbelangt, ist bekannt, dass besagter Konzessionär in den letzten Jahren verschiedene Handlungen und Praktiken an den Tag gelegt hat, die darauf abzielten, die Tätigkeit der Verwaltung zu verlangsamen und behindern. Insbesondere ging es dabei um Verwaltungstätigkeiten im Zusammenhang mit Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Verkehrsdiensten, in Bezug auf welche die Verträge beim Auslaufen waren bzw. bereits abgelaufen waren.

Wie im weiteren Verlauf dieser Maßnahme näher beschrieben wird, überschreiten diese Verhaltensweisen die Grenzen dessen, was eine "normale" Tätigkeit zum Schutze geschäftlicher Interessen ausmacht, und sind mit den Grundsätzen von Treu und Glauben und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, welcher in der Beziehungen zwischen Wirtschaftsteilnehmer und Auftraggeber vorherrschend sein muss, nicht vereinbar.

In Anbetracht der Schwere des Sachverhalts, zu dem auch eine kürzlich gerichtlich bestätigte Verurteilung wegen eines Antitrust - Vergehens gehört (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Urteil Nr. 5801/2021), hat es die Abteilung im Lichte der jüngsten Rechtsprechung (siehe hierzu die Urteile Nr. 9881/2020 des Staatsrats und Nr. 43/2021 des Regionalen Verwaltungsgerichts Bozen) für notwendig gehalten, im Rahmen der Kontrollen gemäß Art.

locale in Alto Adige gestiftet von der Ripartizione Mobilità della Provincia autonoma di Bolzano assumono rilievo ai fini della valutazione effettuata in ordine alla gara in oggetto.

- 3) la valutazione dell'illecito professionale è ampiamente discrezionale (cd. discrezionalità tecnica), non sindacabile nel merito ma solo sotto il profilo dell'adeguatezza, della razionalità e della sufficienza motivazionale;

Per quanto riguarda specificamente SAD S.p.A., è oramai fatto noto che tale concessionaria negli ultimi anni di esecuzione del servizio di trasporto pubblico locale (TPL) ha posto in essere vari comportamenti e fatti finalizzati a rallentare ed ostacolare l'azione amministrativa, volta all'espletamento delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico in scadenza risp. ormai scaduti, i quali, come sarà descritto meglio in seguito nel presente provvedimento e come si può facilmente evincere dalla documentazione allegata al medesimo, vanno oltre ciò che costituisce una "normale" attività di tutela di interessi imprenditoriali e risultano incompatibili con i principi di buona fede e leale collaborazione, che devono improntare i rapporti tra operatore economico e committente.

Data la gravità dei fatti, tra i quali una condanna per illecito antitrust, di recente confermata sul piano giurisdizionale (TAR Lazio, sentenza n. 5801/2021), la Ripartizione, alla luce della più recente giurisprudenza (sul punto vedasi le sentenze n. 9881/2020 del Consiglio di Stato e n. 43/2021 del TAR Bolzano) ha ritenuto doveroso pronunciarsi, nell'ambito dei controlli ex art. 80, sulle vicende che interessano SAD,



80 des Kodex bezugnehmend auf die Begebenheiten betreffend die SAD AG Stellung zu beziehen. Somit wurde gegenüber dem Wirtschaftsteilnehmer ein kontradiktorisches Verfahren eingeleitet:

Im Zuge der Ausschreibung hat auch bereits die AOV, welche bezugnehmend auf die Situation der SAD ein Gutachten bei der ANAC beantragt hat (Gutachten Nr. 725/2020), dieselbe Überprüfung vorgenommen. Damals wurde der Teilnehmer zum Verfahren zugelassen.

EINLEITUNG DES VERFAHRENS GEMÄSS ART. 14 DES LG Nr. 17/93 SOWIE ABSÄTZE 7 UND 8 DES ART. 80 DES VERGABEKODEX

Seit dem Erlass der Maßnahme durch die AOV haben sich einige neue Aspekte ergeben, welche in Bezug auf die gegenständliche Thematik von Bedeutung sind. Daher erachtet die Verwaltung eine erneute Bewertung für notwendig.

Insbesondere wird auf die Verurteilung der AGCM wegen eines Kartellverstoßes, welche im Urteil n 5801/2021 gerichtlich bestätigt wurde, verwiesen. Zu den Fakten, welche die AOV bereits im Zuge der Ausschreibung im Schreiben zur Einleitung des Verfahrens festgestellt hat, sind nämlich weitere Elemente hinzugekommen, welche in Hinsicht auf die Kontrollen gemäß Artikel 80 von Bedeutung sind.

In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf den Versuch der SAD hingewiesen, zweckdienliche und unververtretbare Vermögenswerte zu veräußern.

Dieses Bestreben, welches bei Ablauf der bestehenden Konzession im Rahmen der Inhouse-Vergabe des ÖPNV-Dienstes auf festen Anlagen umgesetzt wurde, hat ein konkretes Risiko der Unterbrechung eines wesentlichen öffentlichen Dienstes nach sich gezogen. Es handelt sich dabei um einen neuen Sachverhalt, welcher nach dem Gutachten der AOV eingetreten ist.

Am 24.06.2021 wurde mit Bezug auf den oben angeführten Sachverhalt dem Unternehmen SAD AG die Einleitung des Verfahrens im Sinne des Art. 14 des LG Nr. 17/93 mitgeteilt, wobei die Verfehlungen aufgelistet wurden und dem Wirtschaftsteilnehmer eine Frist von 15 Tagen für die Vorbringung von eventuellen

avviando il contraddittorio con l'operatore economico.

Nel corso della procedura di gara tale verifica è stata già espletata anche da parte di ACP, la quale in riferimento alla situazione di SAD S.p.A. ha avanzato anche una richiesta di parere di precontenzioso ad ANAC (parere n. 725/2020). A quel tempo le verifiche si sono concluse con l'ammissione del concorrente alla procedura di gara.

COMUNICAZIONE D'AVVIO PROCEDIMENTO DI CUI ALL'ART. 14 DELLA LP N. 17/93 E I COMMI 7 E 8 DELL'ART. 80 DEL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Successivamente al provvedimento di ACP sono sopravvenuti degli elementi nuovi, rilevanti ai fini della questione, in relazione ai quali l'Amministrazione ha ritenuto necessario, procedere a una nuova valutazione.

In particolare, ci si riferisce alla condanna di AGCM per illecito antitrust che è stata confermata a livello giurisdizionale con sentenza 5801/2021. In secondo luogo, rispetto ai fatti già rilevati da ACP nella lettera di avvio del procedimento in corso di gara, sono emersi ulteriori elementi da considerarsi quali fatti rilevanti in ordine ai controlli di cui all'art. 80.

Si evidenzia, a questo proposito, la tentata vendita di beni strumentali e infungibili, messa in atto alla scadenza del rapporto concessorio nell'ambito dell'affidamento in house del servizio TPL su impianti fissi, provocando con ciò un concreto rischio di interruzione di servizio pubblico essenziale.

Si tratta di fatto nuovo, verificatosi in un momento successivo al parere espresso da ACP.

Pertanto, è stato comunicato in data 24.06.2021 alla società SAD S.p.A. l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 14 della LP n. 17/93, elencando dettagliatamente le violazioni contestate e concedendo all'operatore economico un termine di 15 giorni per presentare le proprie controdeduzioni in ordine alle seguenti contestazioni:



Gegendarstellungen zu den nachstehend angeführten Vorhaltungen eingeräumt wurde.

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1) Sanktion AGCM n.27635-A516 / 2019 wegen Missbrauchs einer vorherrschenden Stellung auf dem Markt (Art. 102 TFUE); 2) Verweigerung der Zusammenarbeit im Hinblick auf den Verfall der Konzession für die Seilbahn Bozen-Oberbozen und die Trambahn Ritten - Versuch der Unterschlagung von Gütern, welche für den öffentlichen Dienst verwendet werden; 3) Störendes Verhalten und Verstoß gegen den Integritätspakt im Bereich der öffentlichen Aufträge (Anhang zum Dekret Nr. 16/2018 der AOV), insbesondere in Bezug auf: <ol style="list-style-type: none"> a. Die „geheimen Absprachen“ (sog. intese collusive“) zur Aufteilung des Marktes des öffentlichen Nahverkehrs, wie in einem Dokument der AGCM festgehalten (siehe Beschluss veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 28 vom 23.07.2018, mit Maßnahme Nr. 27258); b. Einschüchterung von Beamten der Landesverwaltung; c. Stalking im Wege von Gerichtsverfahren (Predatory Litigation) und über vorab organisierte Pressekampagnen. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Sanzione AGCM n.27635-A516 / 2019 per abuso di posizione dominante (Art. 102 TFUE); 2. Rifiuto di collaborazione in vista della scadenza della concessione per la Funivia Bolzano-Soprabolzano e Tramvia del Renon. Tentativo di sottrazione di beni utilizzati per il servizio pubblico – Tentativo di sottrazione di beni del servizio pubblico; 3. Le condotte turbative e la violazione del Patto d'integrità in materia di contratti pubblici (allegato al decreto ACP n.16/2018) con particolare riferimento a: <ol style="list-style-type: none"> a. Le "intese collusive" per la spartizione dei mercati del trasporto locale, come risultanti dall' atto istruttorio dell'AGCM (v. Delibera pubblicata sul Bollettino n. 28 del 23.07.2018, con provvedimento n. 27258); b. Intimidazione di funzionari dell'amministrazione provinciale; c. Stalking giudiziario (Predatory Litigation) e campagne stampa preordinate. |
|---|---|

Am 12.07.2021 wurden seitens des Unternehmens die Rechtfertigungen bzw. Gegendarstellungen übermittelt. Am 13.07.2021 wurden, Ergänzungen bzw. ein sog. Anhang vorgelegt, um weitere Elemente zu den eigenen Gunsten vorzubringen)

In data 12.07.2021 la società ha presentato le proprie motivazioni e controdeduzioni, aggiungendo in data 13.07.2021 delle integrazioni, una cd. appendice, per fornire ulteriori elementi a proprio favore relativamente alla vicenda della tentata vendita dei treni del Renon (punto 2).

Bezugnehmend auf obige Beanstandungen hat sich die SAD mit folgenden Argumenten verteidigt:

In ordine alle contestazioni sopra elencate la SAD si è difesa con le seguenti argomentazioni:

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1.. In Bezug auf die Einwände betreffend die Bedeutung der Sanktion der Behörde AGCM Nr. 27635-A516 / 2019 wegen Missbrauchs einer vorherrschenden Stellung auf dem Markt (Art. 102 TFUE) weist die SAD unter anderem darauf hin, dass die Verurteilung der AGCM aufgrund | <ol style="list-style-type: none"> 1. In relazione alla contestazione relativa all'importanza della sanzione AGCM n.27635-A516 / 2019 per abuso di posizione dominante (Art. 102 TFUE) SAD evidenzia, tra l'altro, che il provvedimento di condanna AGCM per illecito anticoncorrenziale non avrebbe carattere |
|---|---|



eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht definitiv ist, da gegen das Urteil des regionalen Verwaltungsgerichts Latium, mit welchem die Maßnahme der AGCM bestätigt wurde, beim Staatsrat Berufung eingelegt wurde. In der Sache verweist die SAD auf verschiedene Self-Cleaning Maßnahmen und hebt gleichzeitig hervor, dass das damalige Verhalten - welches in der Weigerung bestand, die angeforderten Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen - keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb hatte, da es konkret zu keiner Verzögerung der Ausschreibung führte.

2. In Bezug auf die Vorhaltung betreffend die mangelnde Zusammenarbeit im Hinblick auf das Auslaufen der Konzession für die Seilbahn Bozen-Oberbozen und die Trambahn Ritten bzw. die versuchte Unterschlagung von Gütern, welche für den öffentlichen Dienst bestimmt sind, vertritt SAD die Auffassung, dass die Tat nicht in den Anwendungsbereich des „beruflichen Fehlverhaltens“ fällt.

Darüber hinaus argumentiert die SAD, dass für den scheidenden Betreiber keine rechtliche Verpflichtung zur Übertragung der zweckdienlichen Güter besteht, so dass die SAD, welche aus formaler Sicht Eigentümerin ist, auch nach Beendigung des Konzessionsverhältnisses uneingeschränkt über diese verfügen kann. Darüber hinaus führt die SAD an, dass in der Sache verschiedene Rechtsstreitigkeiten (vor dem regionalen Verwaltungsgericht und dem Zivilgericht) anhängig seien, die die SAD selbst angestrengt habe, und zwar zwecks Feststellung des Eigentums dieser Güter zu ihren Gunsten und mit dem zusätzlichen Ziel, die Rechtmäßigkeit der In-House Vergabe von Seiten des Landes an die STA - Südtiroler Transportstrukturen AG zu beanstanden.

Mit der gerichtlichen Anfechtung der Maßnahmen des Landes hat die SAD lediglich ihre Unternehmens-, Eigentums- und Verteidigungsrechte geltend gemacht. Nach Angaben der SAD hat das Land die unentgeltliche Übertragung der Vermögenswerte gefordert, ohne irgendwelche Form von Entschädigung anzubieten.

definitivo, in quanto il provvedimento, confermato dal TAR Lazio, sarebbe in via d'impugnazione al Consiglio di Stato. Nel merito SAD indica varie misure self-cleaning adottate e evidenzia che la condotta all'epoca adottata e consistente nel rifiuto di fornire la documentazione e le informazioni richieste non avrebbe avuto effetto lesivo della concorrenza, non avendo concretamente ritardato la gara.

2. In relazione alla contestazione relativa al rifiuto di collaborazione in vista della scadenza della Concessione per la Funivia Bolzano-Soprabolzano e Tramvia del Renon risp. il tentativo di sottrazione di beni destinati al servizio pubblico, SAD afferma che il fatto non sarebbe riconducibile alla figura dell'illecito professionale.

Inoltre, SAD sostiene che giuridicamente non sussisterebbe un obbligo di trasferimento dei beni strumentali in capo al gestore uscente, con la conseguenza che SAD, quale formale proprietaria, potrebbe pienamente disporre anche al termine del rapporto concessorio.

Inoltre, SAD afferma che in merito a tale questione pendono vari contenziosi (davanti al TAR e al Tribunale civile), attivati dalla medesima SAD, per far accertare la proprietà dei beni in proprio favore e per contestare l'obbligo di cessione di tali beni e la legittimità dell'affidamento in house da parte della Provincia a favore di STA - Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A.

Contestando in giudizio gli atti della Provincia, SAD non avrebbe fatto altro che far valere i propri diritti di impresa, di proprietà e di difesa.

Sempre secondo SAD, la Provincia avrebbe chiesto il trasferimento dei beni a titolo gratuito, senza nemmeno offrire un indennizzo.



In Bezug auf den Wechsel des Personals zum neuen Betreiber STA macht die SAD geltend, dass sie nicht auf die Kündigungspflicht durch die Arbeitnehmer verzichten müsse, da es keine Vorschrift gebe, die den Arbeitgeber verpflichte, auf den Frist und - im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens des Arbeitnehmers - auf die entsprechende Entschädigung zu verzichten.

3. Bezugnehmend auf den Einwand des störenden Verhaltens und der Nicht-Einhaltung des Integritätspakts im Bereich der öffentlichen Aufträge (Anhang zum Dekret der AOV Nr. 16/2018) erklärt die SAD allgemein, dass es nicht korrekt wäre, die Verletzung des während der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren unterzeichneten Integritätspakts vorzubringen. Die AOV selbst hat nämlich keine entsprechende Vorhaltung gemacht und laut SAD ist in der Sache nämlich ausschließlich die AOV zuständig, da die Vereinbarung ja zwischen dem Auftragnehmer und der AOV bestehe.

Die SAD geht anschließend auch auf die einzelnen angeführten Punkte ein, und zwar folgendermaßen:

- a. Unter Bezugnahme auf die "geheimen Absprachen" zur Aufteilung des Marktes des öffentlichen Personenverkehrs, gemäß Unterlagen der AGCM (vgl. Beschluss veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 28 vom 23.07.2018, mit Maßnahme Nr. 27258), übermittelt die SAD die Maßnahme der AGCM, mit welcher die Archivierung des Verfahrens verfügt wird;
- b. In Bezug auf die beanstandete Einschüchterung von Landesbeamten bringt die SAD folgende Argumente vor:
- Es wurde seitens der Funktionäre nie eine Anzeige eingereicht; zudem ist das Verhalten nur dem CEO, [REDACTED] und nicht der SAD als Unternehmen;
 - dass diese Vorkommnisse nie gerichtlich festgestellt wurden und auf jeden Fall
 - mit dem Sachverhalt der beruflichen Verfehlung nichts zu tun haben;

Quanto al passaggio del personale al nuovo gestore STA, la SAD sostiene di non dover rinunciare all'obbligo di preavviso da parte dei dipendenti in quanto non esisterebbe norma che obblighi il datore di lavoro a rinunciare al preavviso e alla relativa indennità in caso di dimissioni intempestive del lavoratore.

3. In merito alla contestazione sulle condotte turbative e la violazione del Patto d'integrità in materia di contratti pubblici (allegato al decreto ACP n.16/2018) SAD in via generale afferma che non sarebbe corretto contestare la violazione del patto di integrità sottoscritto in fase di partecipazione alla procedura di gara. L'ACP non avrebbe mai provveduto ad una tale contestazione e secondo SAD questa sarebbe l'unico soggetto competente, visto che il patto correrebbe fra affidatario e ACP.

In particolare, SAD si sofferma sui singoli aspetti evidenziati ovvero come segue:

- a. Con riferimento alle "intese collusive" per la spartizione dei mercati del trasporto pubblico locale, come risultanti dall'atto istruttorio dell'AGCM (v. Delibera pubblicata sul Bollettino n. 28 del 23.07.2018, con provvedimento n. 27258) SAD trasmette l'atto AGCM per disporre l'archiviazione del procedimento;
- b. Con riferimento invece alla contestata intimidazione dei funzionari della PAB; SAD esprime le seguenti argomentazioni:
- non sarebbe mai stata presentata denuncia da parte dei funzionari e che inoltre il comportamento sarebbe da ascrivere solo alla [REDACTED] e non a SAD quale impresa;
 - tali fatti, del resto, non sarebbero mai stati accertati giudizialmente e che comunque



- c. In Bezug auf das angebliche Stalking über Gerichtsverfahren (Predatory Litigation) und die vorbereiteten Pressekampagnen stellt die SAD fest, dass kein Richter je eine „mutwillige Prozessführung in schlechtem Glauben“ (sog. lite temeraria) festgestellt habe.

- si tratterebbe, di fatti completamente estranei all'illecito professionale;

- c. In relazione invece al contestato Stalking giudiziario (Predatory Litigation) e campagne stampa preordinate SAD rileva che nessun giudice si sarebbe pronunciato in termini di lite temeraria.

Die "zusätzlichen Gegenäußerungen":

SAD bringt zusätzlich zur Stellungnahme zu den im Schreiben zur Einleitung des Verfahrens festgehaltenen Vorhaltungen noch zusätzliche Argumente vor:

- I. Verletzung des ne bis in idem Prinzips, da ein Verfahren, welches einst schon von der AOV eingeleitet wurde, nun nochmals abgewickelt wird; die AOV hat damals das Verfahren in positivem Sinne zum Abschluss gebracht und den Teilnehmer zugelassen;
- II. Im Schreiben zur Einleitung des Verfahrens steht die Entscheidung zum Ausschluss schon fest;
- III. Die Bewertung der Abteilung sollte sich auf die berufliche Aktivität des Wirtschaftsteilnehmers beschränken; ein Teilnehmer kann somit nur dann ausgeschlossen werden, wenn Zweifel zu seiner Vertrauenswürdigkeit bestehen, diese ist als *technisch-berufliche Fähigkeit zur Ausführung der übergebenen Tätigkeit* zu verstehen. Laut SAD soll die Bewertung im Lichte der Leitlinie Nr. 6 der ANAC ausschließlich das Verhalten des Konzessionärs in der Abwicklung der Dienste umfassen und sollte sich keineswegs auf Vorbehalte betreffend Eigenschaften charakterlicher, ethischer oder persönlicher Natur stützen;

Im Anhang vom 13.07.21 nimmt die SAD Stellung zum Versuch, die Rittner Züge zu verkaufen, wobei angeführt wird, dass die Veräußerung von öffentlich finanzierten Gütern mittlerweile zur Praxis geworden ist; die SAD habe nämlich immer schon die Busse verkauft welche das für den ÖPNV vorgesehene Höchstalter von 12 Jahren überschritten haben.

Le "Ulteriori controdeduzioni":

Oltre a prendere posizione sui fatti addebitati all'aggiudicataria nella lettera di avvio del contraddittorio, la SAD contesta il procedere della Ripartizione sotto i seguenti aspetti:

- I. violazione del principio del ne bis in idem per il fatto che si avvia per una seconda volta un procedimento a suo tempo già avviato da ACP, la quale ha concluso il procedimento con un provvedimento favorevole al concorrente ammettendolo alle ulteriori fasi della gara;
- II. nella lettera di avvio del procedimento la decisione espulsiva sarebbe già formata, ancora prima di valutare le difese;
- III. le valutazioni della Ripartizione dovrebbero essere circoscritte all'attività professionale dell'operatore economico; un concorrente potrebbe pertanto essere escluso solo laddove vi siano dubbi sull'affidabilità dello stesso, intesa come capacità tecnico-professionale nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento; pertanto, alla luce delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, il giudizio dovrebbe comprendere, secondo SAD, esclusivamente il comportamento del concessionario nello svolgimento del servizio e non dovrebbe essere basato su "riserve di tipo caratteriale, etico o di personalità".

Nell'appendice del 13.07.21 la SAD prende posizione in merito alla tentata vendita dei treni del Renon, affermando che detta vendita di beni pubblicamente finanziati sarebbe prassi già attuata, avendo la SAD venduto anche gli autobus che avevano superato il limite massimo di età, previsto per l'uso, fissato in 12 anni.



Die Abteilung Mobilität hat oben angeführten und erhaltenen Gegendarstellungen geprüft und ist dabei zu folgenden Schlüssen gekommen:

Punkt 1)

In erster Linie wird daran erinnert, dass das Verwaltungsgericht Bozen im Urteil Nr. 43/2021 festgestellt hat, dass das Bestehen der allgemeinen Teilnahmevoraussetzungen, darunter auch jene des Absatzes 5, von der Vergabestelle überprüft werden müssen (und daher nicht nur von der AOV). Daher ist die Abteilung zweifelsohne berechtigt, erneut über die Tatsache zu entscheiden

In Bezug auf die von der AGCM verhängte und vom Verwaltungsgericht der Region Latium bestätigte Sanktion ist anzumerken, dass es inzwischen klar ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Bewertung der Nicht-Vertrauenswürdigkeit eines am Auswahlverfahren teilnehmenden Wirtschaftsteilnehmers auch auf eine nicht rechtskräftige gerichtliche Entscheidung stützen kann (siehe Staatsrat, Sekt. III, 05.09.2017 Nr. 4192). Dieselbe Ausrichtung wird übrigens in der oben erwähnten Stellungnahme Nr. 725 der ANAC – welche einen ergänzenden Bestandteil dieser Maßnahme darstellt - zum Ausdruck gebracht.

Die von der SAD vorgebrachten Argumente, laut welchen besagte Maßnahme nicht als Ausschlussgrund gewertet werden kann, können daher nicht geteilt werden.

Die von der AGCM erlassene Sanktion ist in Hinsicht auf die Beurteilung nach Artikel 80 Absatz 5 relevant, da sie vollstreckbar ist und nicht ausgesetzt wurde. Unter diesem Gesichtspunkt ist also zwecks Bewertung gemäß Art. 80 Absatz 5 die Rechtskräftigkeit des Urteils nicht entscheidend, was im Übrigen sowohl in den ANAC-Leitlinien Nr. 6 als auch in dem an die AOV gerichteten Gutachten Nr. 725/2020 bestätigt wird.

Wie aus den Maßnahme der AGCM hervorgeht, hat das Verhalten der SAD, welches in der Weigerung bestand, die vom öffentlichen Auftraggeber angeforderten Unterlagen vorzulegen, die Gefahr einer Verzögerung der Veröffentlichung der ÖPNV-Ausschreibung herbeigeführt.

Die Argumentation der SAD, dass das Risiko in Wirklichkeit nur auf abstrakter Ebene und potentiell gegeben war, da in der Praxis

La Ripartizione Mobilità ha verificato e valutato le controdeduzioni ed è pervenuta alle seguenti conclusioni.

Punto 1)

In primis si fa presente che il TRGA di Bolzano con la sentenza n.43/2021 ha statuito che la sussistenza dei requisiti di ordine generale, tra quelli di cui al comma 5, deve essere verificata dall'autorità affidante (e quindi non solo dall'ACP). Pertanto, non c'è dubbio sul fatto che la Ripartizione è legittimata a pronunciarsi nuovamente sul fatto.

Sulla sanzione disposta dall'AGCM, e confermata dal TAR Lazio, occorre rilevare che è oramai assodato il diritto della stazione appaltante di svolgere il proprio giudizio di complessiva inaffidabilità nei confronti di un operatore economico partecipante alla selezione finanche su un provvedimento giurisdizionale non definitivo (cfr. Cons. St., Sez. III, 05.09.2017 n. 4192).

Lo stesso orientamento è peraltro espresso nel sopra citato parere di precontenzioso n. 725 di ANAC, che forma parte integrante del presente provvedimento.

Le argomentazioni sviluppate da SAD per contestare la valenza escludente del provvedimento non possono quindi essere condivise.

Il provvedimento sanzionatorio emesso da AGCM è rilevante ai fini della valutazione ai sensi dell'art 80, comma 5, in quanto esecutivo e non sospeso. In questa prospettiva, pertanto, ai fini delle verifiche ai sensi dell'art. 80, comma 5, non è dirimente la formazione del giudicato, come peraltro confermato sia nelle Linee Guida n. 6 dell'ANAC sia nello stesso parere di precontenzioso n. 725/2020 diretto ad ACP.

Come risulta dal provvedimento AGCM, la condotta di SAD, consistente nel rifiuto di fornire la documentazione richiesta alla stazione appaltante ha causato il rischio di ritardata pubblicazione della gara TPL.

Le argomentazioni della SAD nella parte in cui si sostiene che in realtà il rischio era solo astratto e potenziale, non essendosi in



keine Verzögerung eingetreten sei, ist nicht relevant.

Was generell die Frage der angeblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs anbelangt, so wird die Ansicht vertreten, dass dieses Verhalten auch dann schon relevant ist, wenn es auf einer abstrakten Ebene einen Schaden verursachen kann. Es genügt also das Potential, einen Schaden anzurichten, wie auch aus dem Urteil des Regionalverwaltungsgericht Latium hervorgeht.

“nel caso di specie l’Autorità ha documentato con dovizia di evidenze che SAD, con la sua condotta ostruzionistica e dilatoria, ha di fatto ritardato l’accesso di potenziali concorrenti al mercato del trasporto extraurbano nell’ambito provinciale altoatesino.

Parimenti inconferente è la tesi secondo cui non sarebbe sanzionabile come abuso di posizione dominante la mera intenzione....

e.... per accertare un abuso di posizione dominante, ai sensi dell’art. 102 TFUE, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell’impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto (Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2021, n. 2727).

Nella sentenza del giudice amministrativo è inoltre sottolineato che “d’altra parte emerge dal provvedimento che la ricorrente non ha neanche negato l’intenzionalità di tale condotta, che è risultata provata anche nel fine, che era proprio quello di ostacolare l’indizione della gara.”

Die von der Wettbewerbsbehörde gegen die SAD verhängte Sanktion wurde somit durch ein Urteil des Regionalen Verwaltungsgerichts Latium (das derzeit nicht ausgesetzt ist) mit der Begründung bestätigt, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der SAD in der oben genannten Entscheidung der Wettbewerbsbehörde festgestellt und in vollem Umfang nachgewiesen wurde.

Weiters wird festgestellt, dass die von der SAD beschriebenen Self-Cleaning Maßnahmen auf keinen Fall ausreichen, um die moralische Integrität und Zuverlässigkeit des Betreibers wiederherzustellen.

In dieser Hinsicht wird beispielsweise darauf verwiesen, dass sich das Unternehmen in Bezug auf die Organisation und das Management an seiner Spitze nicht von den Merkmalen der Gesellschaft wie sie zum Zeitpunkt des Geschehens strukturiert war, unterscheidet. Nach Ansicht der Abteilung gibt es keine klare Trennung zwischen den

concreto verificato ritardo alcuno non hanno rilievo.

In via generale, per quanto riguarda la questione relativa all’asserita lesione della concorrenza, si ritiene che la violazione, per avere rilevanza, sia già integrata con l’astratta idoneità, ovvero la potenzialità lesiva della condotta, come confermato anche dal TAR Lazio nella sentenza.

“nel caso di specie l’Autorità ha documentato con dovizia di evidenze che SAD, con la sua condotta ostruzionistica e dilatoria, ha di fatto ritardato l’accesso di potenziali concorrenti al mercato del trasporto extraurbano nell’ambito provinciale altoatesino.

Parimenti inconferente è la tesi secondo cui non sarebbe sanzionabile come abuso di posizione dominante la mera intenzione....

e per accertare un abuso di posizione dominante, ai sensi dell’art. 102 TFUE, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell’impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto (Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2021, n. 2727).

Nella sentenza del giudice amministrativo è inoltre sottolineato che “d’altra parte emerge dal provvedimento che la ricorrente non ha neanche negato l’intenzionalità di tale condotta, che è risultata provata anche nel fine, che era proprio quello di ostacolare l’indizione della gara.”

In conclusione, la sanzione nei confronti di SAD per condotta anticoncorrenziale emessa dall’AGCM e confermata con sentenza del TAR Lazio, attualmente non sospesa, risulta accertata ed ampiamente acclarata nei richiamati provvedimenti dell’AGCM e del TAR Lazio.

Entrando nel merito, inoltre, si sottolinea come il percorso di self cleaning, illustrato da SAD, non risulta sufficiente al fine di ripristinare l’integrità e l’affidabilità dell’operatore

A tal fine si fa solo presente che attualmente la società non ha connotazioni organizzative e di vertice diverse rispetto a quella dell’illecito. Ad avviso della Ripartizione, manca una chiara cesura tra le vicende che hanno interessato la società al momento dell’illecito e l’attuale conduzione societaria e di gestione manageriale



Ereignissen betreffend die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Vergehens und der derzeitigen Unternehmens- und Geschäftsleitung, die an dem fraglichen Verfahren beteiligt war.

In Ermangelung von konkreteren Maßnahmen können die beschlossenen Self Cleaning Maßnahmen (Ethikkodex, Ernennung eines Beauftragten für Antitrust, eigene Schulungen), welche in Maßnahmen rein abstrakter-formaler Natur bestehen, nicht als geeignet angesehen werden, um das Vertrauens in das Unternehmen wiederherzustellen.

Dies auch deshalb, weil die Gesellschaft nach dem Antitrust - Vergehen ihre Vorgehensweise gegenüber den Institutionen in keiner Weise geändert hat. Es gab zwar keine weiteren einschlägigen Vorfälle, jedoch ist die Verwaltung der Überzeugung, dass eine echte effektive „Reue“ die SAD AG dazu hätte bewegen müssen, ihre Vorgehensweise und Haltung gegenüber den Institutionen grundsätzlich zu überdenken, was jedoch keineswegs der Fall war.

Punkt 2)

Den Ausführungen der SAD kann nicht zugestimmt werden. Dass es sich beim sog. „berufliche Fehlverhalten“ um einen offenen Tatbestand handelt, wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der ANAC (Stellungnahme Nr. 725/2020 und Leitlinie Nr. 6) bekräftigt.

Somit umfasst dieser Tatbestand nicht nur die explizit vorgesehenen Situationen, sondern jegliche Handlung, welche das Vertrauen der Verwaltung in den Wirtschaftsteilnehmer negativ beeinträchtigen kann.

In Bezug auf die Frage der Abtretung von funktionalen Gütern wird angemerkt, dass Artikel 17 bis des Landesgesetzes Nr. 15/2015 die Verpflichtung des scheidenden Konzessionärs, die Güter dem neuen Konzessionär abzutreten, auch auf derzeit laufende Verfahren ausweitet.

Es gibt keine Gründe, welche das Verhalten des Betreibers zu rechtfertigen vermögen. Dies auch deshalb, weil das Land - auch in den Gerichtsakten – sich voll bereits erklärt hat, eine Entschädigung zu zahlen, falls gerichtlich angeordnet und in dem vom Richter beschlossenen Umfang.

Es sei auch darauf hingewiesen, dass die Frage der Entschädigung auch auf gesetzlicher Ebene geregelt ist, und zwar in Artikel 17 bis Absatz 2

della società che ha partecipato alla procedura di cui in oggetto.

In assenza di misure concrete, le misure sanatorie adottate, (adozione codice etico, nomina di referente antitrust, formazione), consistenti in meri atti astratti e formali, non sono idonee e sufficienti a sanare la perdita di fiducia nell'impresa.

Anche perché la società non ha cambiato in alcun modo il suo approccio alle istituzioni dopo l'infrazione antitrust. Anche se non ci sono stati altri incidenti legati all'antitrust, l'amministrazione è convinta che un vero e proprio "pentimento" effettivo avrebbe dovuto indurre la SAD S.p.A. a riconsiderare fondamentalmente il suo approccio e il suo atteggiamento nei confronti delle istituzioni, cosa che però non è avvenuta.

Punto 2)

Non si può condividere quanto affermato da SAD, perché l'illecito professionale è fattispecie aperta come ribadito dalla giurisprudenza e dalla stessa ANAC nel parere di precontenzioso n. 725/2020 e nelle Linee Guida n. 6.

Pertanto, questa fattispecie comprende non solo le situazioni esplicitamente previste, ma qualsiasi fatto idoneo a compromettere la fiducia dell'Amministrazione nell'operatore economico.

Per quanto riguarda il tema del trasferimento dei beni si può osservare che l'articolo 17 bis della legge provinciale n. 15/2015 estende anche agli affidamenti in corso l'obbligo per il concessionario uscente di trasferire i mezzi al concessionario subentrante.

Nessun alibi può essere apprezzato in questa sede a giustificazione della condotta dell'operatore poiché la Provincia ha formalmente dichiarato, anche negli atti di causa, la piena disponibilità a corrispondere indennizzi, ove e nella misura decisi dal Giudice.

Si ricorda poi che la questione dell'indennizzo è disciplinata anche a livello normativo, e



des LP Nr. 15/2015, geändert durch Artikel 34 LG Nr. 5 vom 23.07.2021. Besagte Bestimmung bestätigt die Möglichkeit der Entschädigung, indem ausdrücklich auf die Maßnahme 6 des ART Beschlusses Nr. 154 verwiesen wird.

Der Versuch, die Züge zu verkaufen und abzutransportieren (der Abtransport wurde für den 22.04.2021 organisiert, also noch vor dem Verfall der Konzession am 18.05.2021), wurde damals nur vom Verwaltungsgericht Bozen vereitelt und welchen man nun in den Gegenäußerungen zu rechtfertigen versucht, ist ein schwerwiegender Sachverhalt, welcher eine Bewertung im Sinne der allgemeinen Nicht-Vertrauenswürdigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zur Folge haben kann.

Dies deshalb, weil die Kontinuität des öffentlichen Dienstes gefährdet wurde, mit dem Ziel, sich einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.

Ohne diese essentiellen Vermögensgüter wäre es für den neuen Betreiber STA nämlich nicht möglich gewesen, den soeben übergebenen Dienst zu betreiben.

Das Land hat die Züge übrigens nie von der Liste der "wesentlichen und unverzichtbaren" Güter für die Personenbeförderung ausgeschlossen.

Entgegen der Behauptung der SAD ist die Verpflichtung zur Bereitstellung von funktionalen Gütern nicht nur in den Landesgesetzen (Gesetz 15/15 und Gesetz 16/85), sondern auch im ART-Beschluss 154/2019 vorgesehen. Und der Abschnitt Misura 9 desselben Beschlusses sieht die Abtretungspflicht auch für den Fall vor, dass ein Rechtsstreit anhängig ist:

„In caso di contenzioso tra le parti successivo all'affidamento in ordine al prezzo della cessione, nelle more della definizione della controversia, i beni sono temporaneamente messi a disposizione dell'IA dietro pagamento di un corrispettivo pari al valore stimato nel rispetto dei criteri di cui ai punti precedenti. All'esito della definizione della controversia, il prezzo della cessione sarà determinato sulla base di quanto disposto dall'Autorità Giudiziaria e, ove necessario, compensato.“

Trotz klarer Vorschriften hat die SAD die Zusammenarbeit hartnäckig verweigert und sogar noch versucht, das für die Abwicklung des

precisamente nell'art 17 bis comma 2 della LP n 15/2015, come modificato dall'art.34 L.P.n.5 del 23.07.2021, dove si conferma l'indennizzabili, richiamando espressamente la misura 6 della delibera n 154 dell'ART.

Il tentativo di vendita con asporto dei treni in data 22.04.2021 ossia prima della scadenza del rapporto concessorio in data 18.05.2021, bloccato poi solo dal Tribunale di Bolzano, che le controdeduzioni tentano di giustificare, si configura quale grave elemento su cui innestare una valutazione di complessiva inaffidabilità dell'operatore economico per aver messo in pericolo la continuità del servizio pubblico onde conseguire un vantaggio imprenditoriale.

In mancanza di tali beni essenziali il nuovo gestore STA non avrebbe potuto garantire il servizio pubblico appena affidato.

Del resto, la Provincia non ha mai escluso i treni dal novero dei beni "essenziali ed indispensabili" per il trasporto passeggeri.¹

Contrariamente, infatti, a quanto affermato da SAD, l'obbligo di messa a disposizione è previsto non solo dalla normativa provinciale (legge n 15/15 e legge n 16/85) ma dalla stessa delibera ART n 154/2019, e ciò anche in pendenza di contenzioso, come si evince dalla Misura 9 della sopra citata delibera

“In caso di contenzioso tra le parti successivo all'affidamento in ordine al prezzo della cessione, nelle more della definizione della controversia, i beni sono temporaneamente messi a disposizione dell'IA dietro pagamento di un corrispettivo pari al valore stimato nel rispetto dei criteri di cui ai punti precedenti. All'esito della definizione della controversia, il prezzo della cessione sarà determinato sulla base di quanto disposto dall'Autorità Giudiziaria e, ove necessario, compensato.“

Nonostante la chiarezza delle regole vigenti, SAD ha ostinatamente rifiutato ogni

1



Dienstes zweckdienliche Vermögensgut (im Zusammenhang mit der Rittner Seilbahn) zu veräußern, worauf die öffentliche Verwaltung zu einem Mittel, welches eine „ultima ratio“ darstellt, greifen musste: um den Besitz der öffentlich finanzierten Vermögensgüter zu sichern und um die Einstellung des öffentlichen Dienstes aufgrund des Fehlens der funktionalen Güter zu verhindern, musste eine gerichtliche Beschlagnahme beantragt werden.

Was die von SAD vorgebrachte Argumentation anbelangt, dass in der Sache ja Gerichtsverfahren anhängig seien, wird die Auffassung vertreten, dass das die Anfechtung vor Gericht von Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung allein das Handeln der Verwaltung nicht ausschließt, sofern die Vollstreckbarkeit nicht gerichtlich ausgesetzt wird.

Außerdem bestätigen die bisher ergangenen erstinstanzlichen Gerichtsentscheidungen die Richtigkeit des Handelns der Verwaltung (vgl. Urteil Nr. 75/2021 des Landesverwaltungsgerichts Bozen).

Zum Thema Sozialklausel und der damit verbundene Wechsel des SAD-Personals zum neuen Betreiber STA:

Zur Behauptung der SAD, sie können von den Arbeitnehmern, welche von der SAD zu der STA übergehen, rechtmäßig die Einhaltung einer Kündigungsfrist verlangen, ist anzumerken, dass es sich -nicht um Arbeitnehmer handelt, welche kündigen, sondern um Arbeitnehmer, die in Kraft der Sozialklausel auf den neuen Betreiber übergehen. Dabei ist der Übergabe automatisch, sofern vom Angestellten gewünscht. Eine Kündigungspflicht ist dabei nicht gegeben.

Punkt 3)

Die Abteilung nimmt die Archivierung des Verfahrens gegenüber SAD aufgrund geheimer Absprachen zur Kenntnis, wobei zu präzisieren ist, dass die Maßnahme der Abteilung erst zum Zeitpunkt der Gegendarstellungen, also nach Einleitung des Verfahrens, übermittelt wurde. Nichtsdestotrotz ist man der Ansicht, dass die Abteilung auch ohne eine Verurteilung durch die AGCM die beiden von der SAD abgeschlossenen Vereinbarungen gemäß Artikel 101 TFUE bewerten kann wie in der Stellungnahme Nr. 725 und den Leitlinien Nr. 6 der ANAC bestätigt wurde.

Die Gegenargumente in Bezug auf die wiederholten Pressekampagnen, die

collaborazione, arrivando persino alla tentata vendita dei beni strumentali (relativi alla ferrovia del Renon) durante il corso del rapporto concessorio, rispetto alla quale la pubblica Amministrazione ha potuto reagire solo ricorrendo ad uno strumento di “extrema ratio” chiedendo il sequestro giudiziario, al fine di assicurarsi il possesso dei beni strumentali, impedendo con ciò la sospensione del pubblico servizio dovuta alla mancata disponibilità di beni funzionali.

Per quanto riguarda le argomentazioni di SAD che poggiano sulla pendenza di contenziosi, si ritiene che l'impugnazione dei provvedimenti della pubblica Amministrazione non possa impedire l'azione amministrativa, soprattutto se tali azioni non sospendono l'attività.

Del resto, i provvedimenti giurisdizionali di primo grado sinora ottenuti comprovano la correttezza dell'azione amministrativa (vedasi sentenza n. 75/2021 del TAR di Bolzano).

Tematica clausola sociale e connesso trasferimento del personale SAD al nuovo gestore STA:

Con riferimento alla pretesa di SAD di poter legittimamente trattenere il preavviso a tutti i lavoratori passati dalle dipendenze di SAD alle dipendenze di STA va sottolineato che nella specie non si era in presenza di lavoratori dimissionari, bensì di dipendenti trasferiti in applicazione della clausola sociale. In questo caso il passaggio, se voluto dal dipendente, è automatico, senza che si configuri un obbligo di preavviso.

Punto 3)

La Ripartizione prende atto dell'avvenuta archiviazione del procedimento nei confronti di SAD per le cd. intese collusive, precisando che il provvedimento è stato trasmesso alla Ripartizione solo in sede di controdeduzioni a seguito dell'avvio del contraddittorio. Cionondimeno, si ritiene che anche in mancanza di un provvedimento di condanna da parte di AGCM la Ripartizione può valutare le due intese ex art. 101 TFUE concluse da SAD, come peraltro confermato nel parere n. 725 e nelle Linee Guida n 6 dell'ANAC.

Prive di rilievo, e semmai confermate delle condotte di straordinaria ostilità lesive dei



Beleidigungen von Führungskräften und Verwaltungsfunktionären, die außergewöhnlich Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten, welche der Konzessionär in den letzten zwei Jahren gegen den Konzessionsgeber APB angestrengt hat, in denen der [REDACTED] einmal als "Bürger" einmal als "Unternehmer" dargestellt wird, sind haltlos und bestätigen allenfalls ein Verhalten geprägt von außerordentlicher Feindseligkeit, welches mit den Grundsätzen der erwähnten "Integritätsvereinbarung" nicht vereinbar ist. Unverständlich ist auch, dass im Zusammenhang mit den Beleidigungen und Einschüchterungen gegenüber von [REDACTED] der [REDACTED] behauptet wird, der [REDACTED] "ein Dritter" sei, und daher das Unternehmen nicht repräsentiere. Allgemein ist es zweifelsohne so, dass [REDACTED] die vorgeworfenen beleidigenden Handlungen als Vertreter der SAD begangen hat, und nicht als privater Bürger.

In Bezug auf die Verstöße unter Punkt 2) und 3) wurden keine Self Cleaning Maßnahmen ergriffen.

Weitere Gegenargumente:

Im Hinblick auf die oben unter a), b) und c) dargelegten Argumente ist die Abteilung 38 zu folgenden Schlussfolgerungen gelangt.

- I. Es sei darauf hingewiesen, dass das "ne bis in idem" Prinzip ein Verfahrensgrundsatz ist, aber keineswegs ein Verfahrensgrundsatz; es liegt durchaus in der Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, die Einhaltung der guten Sitten durch einen Wettbewerber auch auf der Grundlage bereits erhobener Einwände zu überprüfen, insbesondere wenn neue und erschwerende Elemente auftauchen, wie es hier der Fall war; Es sei auch darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsgericht Bozen im Urteil Nr. 43/2021 entschieden hat, dass die Vergabestelle das Vorliegen der allgemeinen Anforderungen auch dann überprüfen muss, wenn die AOV zuvor eine andere Bewertung vorgenommen hat.
- II. Das Einleitungsschreiben enthielt lediglich vorläufige Aussagen, die erst

Landhaus 3b, Silvius-Magnago-Platz 3 • 39100 Bozen
Tel. 0471 41 46 90
<http://www.provinz.bz.it/>
mobilitaet.mobilita@pec.prov.bz.it
mobilitaet@provinz.bz.it
Steuernr./Mwst.Nr. 00390090215

richiamati principi del "Patto di integrità", risultano essere le controdeduzioni relative alle reiterate campagne di stampa, alle offese nei confronti dei dirigenti e dei funzionari, allo straordinario contenzioso giudiziario sviluppato in due anni dal concessionario nei confronti della concedente PAB, ove peraltro la posizione [REDACTED] viene presentata, ambiguamente, ora come "cittadino" ora come "imprenditore". Risulta pure singolare che, con riferimento alle offese e alle intimidazioni nei confronti della [REDACTED] si affermi che [REDACTED] sarebbe "un terzo", dunque non rappresentativo della società. Si è infatti presentato all'incontro in veste di titolare di SAD e certamente non di cittadino terzo.

In generale, non c'è dubbio che [REDACTED] ha posto in essere le condotte offensive contestate in veste di rappresentante della SAD e non come cittadino privato.

Per quanto riguarda le infrazioni sub 2) e 3) non sono state adottate alcune misure self cleaning.

Ulteriori controdeduzioni:

Per quanto concerne le argomentazioni sopra indicate ai punti a), b) e c) la Ripartizione 38 è pervenuta alle seguenti conclusioni:

- I. Si rileva che il *ne bis in idem* è principio processuale ma non certo procedimentale; è sicuramente nella disponibilità della stazione appaltante sottoporre a verifica sul possesso dei requisiti di moralità un concorrente finanche muovendo da contestazioni già sollevate, soprattutto in caso di sopravvenienza di elementi nuovi e aggravanti, come nella specie accaduto; si ricorda inoltre che il TRGA di Bolzano con sentenza n.43/2021 ha statuito che l'autorità affidante deve verificare la sussistenza dei requisiti di ordine generale anche in caso di precedente diversa valutazione da parte dell'ACP.
- II. Nella lettera di avvio si sono fornite delle prospettazioni meramente preliminari

Palazzo 3b, Piazza Silvius Magnago 3 • 39100 Bolzano
Tel. 0471 41 46 90 •
<http://www.provincia.bz.it/>
mobilitaet.mobilita@pec.prov.bz.it
mobilita@provincia.bz.it
Codice fiscale/Partita Iva 00390090215



nach sorgfältiger Prüfung der von dem Unternehmen in seinen späteren Gegenargumenten vorgebrachten Elemente zu den vorliegenden Schlussfolgerungen führten. Die Verwaltung hat sich für diese Methode entschieden, um dem Unternehmen ein vollständigeres und detaillierteres Bild der Beschwerdepunkte zu geben und so eine möglichst umfassende Verteidigung während des Verfahrens durch die Vorlage von Gegenargumenten zu ermöglichen;

- III. Die Ausführungen der SAD sind nicht haltbar. In Wirklichkeit geht es nicht um Vorbehalte rein charakterlicher und ethischer Art, sondern um die Bewertung der Zuverlässigkeit und moralischen Integrität des Wirtschaftsteilnehmers, auch in Bezug auf die zu erbringende Dienstleistung. Auf Grundlage der bestehenden Vorschriften und in Ermangelung spezifischer anderslautender gesetzlicher Vorgaben kann nicht nur jenes Verhalten als berufliches Fehlverhalten bewertet werden kann, welches bei der jeweiligen Ausschreibung zu Tage gelegt wurde, sondern auch jegliche andere Handlung, welche im Zusammenhang mit früheren Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs realisiert wurde und auf einen Mangel an Integrität und Zuverlässigkeit hinweist.

Anhang vom 13.07.2021:

Was die in der Anlage aufgeführten Vorwürfe, insbesondere den versuchten unrechtmäßigen Verkauf funktionaler Vermögenswerte, betrifft, so ist die beschriebene Situation des in der Vergangenheit praktizierten Verkaufs alter, im öffentlichen Verkehr nicht mehr verwendbarer Busse nicht mit dem versuchten Verkauf von Zügen auf dem Ritten vergleichbar, da der Verkauf der Busse, die im Übrigen aufgrund ihres Alters nicht mehr im öffentlichen Verkehr eingesetzt werden können, keineswegs die Gefahr einer Unterbrechung eines öffentlichen Dienstes mit sich brachte, wie dies beim versuchten Verkauf der streitigen Züge der Fall war, was ausreicht, um den von der SAD angestellten Vergleich für nichtig zu erklären und dem Vorwurf jede Grundlage zu entziehen.

che, solo in seguito all'attenta valutazione degli elementi offerti dall'impresa nelle proprie successive controdeduzioni, hanno portato alle presenti conclusioni. L'Amministrazione ha scelto tale metodo per fornire all'impresa un quadro estremamente completo e dettagliato degli addebiti, permettendo in tal modo la più ampia difesa in sede procedimentale attraverso la presentazione di controdeduzioni;

- III. Non si condivide l'assunto di SAD: in realtà, non si è di fronte a riserve di natura meramente caratteriale ed etica, ma si sta valutando l'affidabilità e l'integrità morale dell'operatore economico, anche con riferimento al servizio da affidare. Per quanto riguarda invece la questione delle condotte valutabili, si ritiene che nell'economia funzionale della previsione normativa e in assenza di puntuali indici normativi contrari, i comportamenti valutabili in termini di illecito professionale non possono essere ristretti soltanto a quelli posti in essere in occasione della gara *de qua*, ben potendo invece essere valutate come sintomatiche della mancanza di integrità e affidabilità anche condotte poste in essere con riguardo a precedente servizio appartenente al settore del trasporto pubblico locale.

Appendice del 13.07.2021:

Per quanto riguarda le affermazioni fatte nella appendice, specificamente avente per oggetto la tentata illegittima vendita di beni funzionali, la descritta situazione della vendita degli autobus vetusti non più utilizzabili nel settore del trasporto pubblico, praticata in passato, non è paragonabile con la tentata vendita dei treni sul Renon, in quanto la vendita degli autobus, peraltro non più utilizzabili nel TPL perché vetusti, non ha certo provocato il rischio di interruzione di servizio pubblico, come invece la tentata vendita dei treni considerata nel presente provvedimento ed un tanto vale a porre nel nulla il paragone fatto da SAD e destituire la deduzione di ogni fondamento.

In conclusione, va sottolineato che le infrazioni contestate rientrano nel periodo temporale di cui all'art. 80 del codice degli appalti.



Abschließend ist zu betonen, dass die beanstandeten Zuwiderhandlungen innerhalb der in Artikel 80 des Vergaberechts genannten Frist liegen.

Und besagte Handlungen sind zweifelsohne schwerwiegend, und zwar aus folgenden Gründen:

- Im Falle des Antitrust - Verstoßes wurde das Ziel verfolgt, die Veröffentlichung der ÖPNV-Ausschreibung zu verzögern, wie in der Maßnahme der AGCM- und im anschließenden Urteil, mit dem die Beschwerde der SAD zurückgewiesen wurde, bestätigt wird;
- im Bereich des Personentransportes auf festen Anlagen wurde das Risiko der Unterbrechung eines wesentlichen öffentlichen Dienstes in Kauf genommen; tatsächlich hat die SAD anlässlich der Inhouse Vergabe des ÖPNV auf festen Anlagen gezeigt, dass sie bereit ist, zur Wahrung ihrer unternehmerischen Interessen zu unverhältnismäßigen Mitteln zu greifen und dabei auch den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu missachten und auch bereit ist, die Interessen der Allgemeinheit und des eigenen Personals zu opfern,
- zielten ganz allgemein darauf ab, die Aktionen der Verwaltung zu blockieren oder auf jeden Fall zu verlangsamen, indem sie auch auf Mittel wie die mutwillige Prozessführung im schlechten Glauben (*lite temeraria*) sowie die Einschüchterung von Beamten und Führungskräften zurückgegriffen wird.

Allgemein kann angeführt werden, dass das obstruktive Verhalten der SAD nicht auf einzelne, für sich stehende Vorfälle beschränkt, sondern Teil einer Strategie, d.h. Teil ein und desselben Musters ist: Um privaten/wirtschaftliche Interessen zu wahren, ist der betreffende Wirtschaftsteilnehmer bereit, auch zu extremen und völlig unverhältnismäßigen Mitteln zu greifen, wobei der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit mit der öffentlichen Verwaltung durchaus auch geopfert wird. Aus Sicht dieser Verwaltung ist besagter Grundsatz jedoch genauso wichtig und verpflichtend wie die Wahrung des Qualitätsstandards in der Ausführung des Dienstes.

E si tratta di fatti indubitabilmente gravi, perché:

- erano finalizzati, nel caso dell'illecito anticoncorrenziale, a ritardare la pubblicazione della gara TPL come confermato nel provvedimento di condanna AGCM e nella successiva sentenza di rigetto del ricorso SAD;
- si è accettato il rischio di provocare l'interruzione di servizio pubblico essenziale nell'ambito del trasporto su impianti fissi; infatti, in occasione dell'affidamento In house del servizio TPL su impianti fissi SAD ha dimostrato di essere disposta a ricorrere, per la tutela dei propri interessi imprenditoriali, a mezzi del tutto sproporzionati, anche disinteressandosi del principio di leale collaborazione, e mostrandosi anche disposta a sacrificare gli interessi della collettività nonché del proprio personale;
- erano finalizzati, più in generale, a bloccare o comunque rallentare l'azione amministrativa, anche ricorrendo agli strumenti della *predatory litigation* e dell'intimidazione nei confronti di funzionari e dirigenti.

Più in generale, gli atteggiamenti ostruzionistici posti in essere da SAD non costituiscono episodi isolati e a sé stanti, ma si inseriscono in una vera e propria strategia, ovvero, in un medesimo disegno: L'operatore economico in questione, per tutelare i propri interessi privati/imprenditoriali è disposto a ricorrere anche a mezzi estremi, del tutto sproporzionati, anche disattendendo il principio di leale collaborazione con la pubblica Amministrazione. Ad avviso dell'Amministrazione, tale principio costituisce anch'esso valore ed obbligo, oltre al rispetto dello standard qualitativo in sede di esecuzione del servizio.



Die reguläre Ausführung des Dienstes reicht nicht aus, um das Vertrauen der Verwaltung zu genießen, wenn gleichzeitig die Prinzipien des guten Glaubens und der loyalen Zusammenarbeit wiederholt nicht eingehalten werden, und das so weit, dass das Handeln der Verwaltung behindert und verlangsamt wird.

Gerade der wiederholte Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit mit der Abteilung Mobilität hat das Vertrauen der Verwaltung in die moralische Integrität des Anbieters nachhaltig untergraben.

Es wird nochmals betont, dass das Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers über das hinausgeht, was als die "normale" Tätigkeit zur Verteidigung und des Schutzes der unternehmerischen Interessen angesehen werden kann, um die eigene Position auf dem Markt zu halten oder zu stärken. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die vorgehaltenen Handlungen, die bei verschiedenen Gelegenheiten und auf verschiedene Weise, aber immer gegenüber der Abteilung für Mobilität der Provinz realisiert wurden, aus den oben angeführten Gründen in ihrer Gesamtheit, aber auch schon einzeln betrachtet, Situationen darstellen, welche das Vertrauen der Autonomen Provinz Bozen in die Zuverlässigkeit und moralische Integrität des Unternehmens im Bereich des öffentlichen Verkehrs nachhaltig erschüttert haben. Besagte Abteilung ist auch bei dem von der AOV aus geschriebenen Schüler-sonder-transportes der Auftraggeber.

In Anbetracht der Art der zu vergebenden Leistung, welche einen essentiellen öffentlichen Dienst darstellt, ist es unbedingt erforderlich, diesen Auftrag an Unternehmen zu vergeben, welche ausreichende Garantien nicht nur für die Zuverlässigkeit im Sinne der technischen Leistungsfähigkeit, sondern auch für die moralische Integrität bieten.

Auf Grundlage der Gesamtheit der hier angeführten Überlegungen werden die Gegendarstellungen der Fa. SAD als nicht geeignet erachtet, um die Vertrauenswürdigkeit, Verlässlichkeit und moralische Integrität des Anbieters angemessen zu untermauern.

La regolare esecuzione del servizio non è sufficiente per godere della fiducia dell'Amministrazione committente, quando al contempo sono disattesi, in maniera ripetuta, i principi di buona fede e di leale collaborazione, fino al punto di ostacolare e rallentare l'azione amministrativa.

Ed è proprio la ripetuta violazione del principio di leale collaborazione nei confronti della Ripartizione Mobilità che ha fatto venir meno la fiducia dell'Amministrazione nell'integrità morale dell'operatore economico.

Per ripetere quanto già detto sopra, il comportamento dell'operatore economico va oltre ciò che costituisce la "normale" attività di difesa e tutela di interessi imprenditoriali, che una impresa può senz'altro realizzare per mantenere o rafforzare la propria posizione sul mercato. In sintesi, i fatti contestati, posti in essere in occasioni e con modalità diverse, ma sempre nei confronti della stessa Ripartizione Mobilità della Provincia - che è ente committente anche nella gara del trasporto speciale scolastico bandito da ACP - nel loro complesso, ma anche singolarmente considerati, hanno compromesso, nel settore del trasporto pubblico, la fiducia della Provincia autonoma di Bolzano nell'affidabilità e nell'integrità morale dell'impresa.

In considerazione della natura del servizio da affidare, che è quella del servizio pubblico essenziale, è esigenza fondamentale affidare questo appalto a imprese che offrano sufficienti garanzie non solo di affidabilità, intesa come capacità tecnica, ma anche di integrità morale, secondo quanto disposto dai richiamati principi di diritto euro unitario e nazionale.

Per quanto espresso precedentemente, le controdeduzioni presentate dell'impresa SAD non sono considerate idonee a comprovare adeguatamente la serietà, l'affidabilità e l'integrità morale dell'operatore economico.



Im konkreten Fall liegen daher alle Bedingungen für den Ausschluss von SAD AG und den Widerruf der Auftragsvergabe zugunsten desselben Unternehmens vor.

Aus den in der gegenständlichen Maßnahme und im Schreiben vom 25.06.2021 (welches hier vollinhaltlich bestätigt wird und einen ergänzenden Bestandteil darstellt) angeführten Gründen wird gemäß Art. 80 Abs. 5 Buchstaben c und c-bis vorgegangen.

Der EVV verfügt somit folgendes:

1. die Rechtswirksamkeit des im Rahmen der Ausschreibung zur Vergabe des Schülertransportes erteilten Zuschlages (Los 4) zugunsten der SAD AG, mit Sitz in Bozen (BZ), nicht zu bestätigen;
2. den Zuschlag zugunsten von SAD AG, welcher am 24.03.2021 mit Maßnahme der Abteilung Mobilität erteilt und mit Schreiben vom 26.03.2021 Prot. 0235058 mitgeteilt wurde, im Sinne des Art. 27 Absatz 2 des LG Nr. 16/2015 zu widerrufen;
3. den Teilnehmer SAD AG gemäß Art. 80 Absatz 5 Buchstaben c und c-bis des GvD Nr. 50/2016 vom Verfahren auszuschließen.

Gegen diese Maßnahme kann Rekurs an das zuständige Gericht mit dem Beistand eines Rechtsanwalts eingeleitet werden, wobei die Frist für die Einreichung der Beschwerde 30 Tage ab Erhalt dieser Maßnahme gemäß Art. 120 Absatz 5 des Gesetzesdekrets Nr. 104/2010 der Verwaltungsprozessordnung beträgt.

Der EEV/ il RUP
(digital unterzeichnet/firmato digitalmente)
Martin Vallazza

Firmato digitalmente da Martin Vallazza
Limite d'uso Explicit Text. Questo certificato rispetta le raccomandazioni previste dalla Determinazione Agid N. 121/2019
Data: 13/08/2021 12:29:43

Nel caso concreto sussistono tutti i presupposti per l'esclusione della SAD S.p.A., e la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore della medesima impresa.

Per le motivazioni espresse nell'atto di contestazione in data 25.06.2021 (che si intende interamente richiamato e che forma parte integrante) e nel presente provvedimento si ritiene di dover procedere, ai sensi dell'art.80, quinto comma, lettera c e c-bis.

Pertanto il RUP dispone:

1. di non confermare l'efficacia dell'aggiudicazione disposta nell'ambito della gara per l'affidamento del trasporto scolastico (lotto 4) a favore della concorrente SAD S.p.A., con sede legale a Bolzano (BZ);
2. di revocare, ai sensi dell'art 27, comma 2 della LP n. 16/2015 l'aggiudicazione in favore di SAD S.p.A., disposta dalla Ripartizione Mobilità in data 24/03/2021 e comunicata con lettera dd. 26.03.2021 prot. 0235058;
3. di escludere dal procedimento il concorrente SAD S.p.A., ai sensi dell'art.80, comma 5, lett. c e c-bis, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Avverso il presente provvedimento è ammesso il ricorso al Tar competente con il patrocinio di un avvocato, il termine per la presentazione del ricorso è di 30 giorni dal ricevimento del presente provvedimento ai sensi dell'art. 120 comma 5 del D.lgs. n. 104/2010 codice del processo amministrativo.