

I 729 – GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ PER LE APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA

Provvedimento n. 22648

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 agosto 2011^(*);

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTO il procedimento I 729 avviato, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, con delibera del 4 febbraio 2010, nei confronti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l e Alliance Medical S.r.l., volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la propria delibera adottata in data 18 marzo 2010, con la quale il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della società Siemens S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la segnalazione 20 gennaio 2010, di GE Medical Systems Italia S.p.A., società appartenente al gruppo *General Electric* (di seguito GEMS), su un presunto accordo intercorso tra Philips, Siemens, Toshiba e Alliance relativo alla gara bandita da SORESA in data 17 giugno 2009 per l'approvvigionamento di apparecchiature per la risonanza magnetica;

VISTA la propria delibera del 10 novembre 2010 con la quale sono stati rigettati gli impegni proposti da tutte le parti del Procedimento ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle parti in data 4 maggio 2011;

VISTA, la propria delibera del 9 marzo 2011, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 30 giugno 2011;

VISTA, la propria delibera del 17 maggio 2011, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 31 luglio 2011;

VISTA, la propria delibera del 27 luglio 2011, con la quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato all'8 agosto 2011;

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in date 30 giugno 2011 e 1 luglio 2011;

SENTITI in audizione finale, in data 6 luglio 2011, i rappresentanti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l, Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l.;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Alliance Medical S.r.l. (di seguito, Alliance Medical o AM) è una società attiva in Italia nella fornitura di prestazioni e servizi sanitari a favore di ospedali pubblici e privati, cliniche e pazienti. In particolare, Alliance Medical gestisce, sia direttamente sia attraverso società controllate, centri diagnostici ed offre servizi di diagnostica per immagini in *outsourcing*, sia attraverso unità mobili sia mediante postazioni fisse.

Alliance Medical è soggetta al controllo di Alliance Medical Limited, società di diritto inglese che fa parte del gruppo Alliance Medical Holdings Ltd, controllata a sua volta da Bridgepoint Group Limited.

Alliance Medical ha realizzato nel 2010 un fatturato di circa [100-472]¹ milioni di euro.

2. Toshiba Medical Systems Italia S.r.l. (di seguito, anche, Toshiba) è una società attiva in Italia nella produzione, commercializzazione e assistenza post-vendita delle apparecchiature mediche di diagnostica per immagini.

TMS è soggetta al controllo di Toshiba Medical System's Europa, a sua volta riconducibile all'omonimo gruppo multinazionale.

Toshiba ha realizzato nel 2010 un fatturato di circa [47-100] milioni di euro.

(*) *[L'Autorità, nella riunione del 25 agosto 2011, ha deliberato la rettifica di parte del presente provvedimento dovuta ad un errore materiale.]*

¹ *[Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]*

3. Philips S.p.A. (di seguito, Philips) è una società attiva in Italia nei settori *Healthcare, Lighting e Consumer Lifestyle*. Philips S.p.A. risulta aver acquisito, tramite fusione per incorporazione in data 16 settembre 2009, la società Philips Medical System S.p.A. precedentemente attiva in Italia nella produzione, commercializzazione e assistenza post-vendita delle apparecchiature mediche di diagnostica per immagini. Philips ha realizzato nel 2010 un fatturato di circa [700-1.000] milioni di euro.

4. Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l e Siemens S.p.A. (di seguito, Siemens) sono società soggette al controllo di Siemens AG, società per azioni di diritto tedesco, quotata presso le borse di Francoforte e New York, a capo dell'omonimo gruppo attivo a livello mondiale nei settori dell'informatica e delle comunicazioni, dell'automazione e controllo, dell'energia, dei trasporti, dei prodotti e delle apparecchiature medicali, dell'illuminazione, della finanza e immobiliare.

Siemens S.p.A. - Settore Healthcare, in particolare, è attiva in Italia nella produzione, commercializzazione e assistenza post-vendita delle apparecchiature mediche di diagnostica per immagini.

Siemens S.p.A. ha realizzato nel 2010 un fatturato di circa [1-2] miliardi di euro.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

5. In data 20 gennaio 2010, la società segnalante GE Medical Systems Italia S.p.A., società appartenente al gruppo *General Electric* (di seguito GEMS), ha presentato una segnalazione relativa ad un presunto accordo intercorso tra Philips, Siemens, Toshiba e AM datato 6 luglio 2009, presumibilmente finalizzato a concordare le modalità di partecipazione alla gara bandita dalla Società Regionale Sanità – SORESA S.p.A. (di seguito SORESA) in data 17 giugno 2009 per l'approvvigionamento di apparecchiature per la risonanza magnetica.

6. In data 4 febbraio 2010 è stato avviato il procedimento 1729 nei confronti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l e Alliance Medical S.r.l., volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e in data 11 febbraio 2010 sono stati svolti gli accertamenti ispettivi presso le sedi delle predette società.

7. Dalle informazioni acquisite nel corso del procedimento è emerso il coinvolgimento della società Siemens S.p.A. - Settore Healthcare, attiva nel settore della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali. Pertanto, in data 18 marzo 2010, il procedimento è stato esteso soggettivamente nei confronti della società Siemens S.p.A.

8. In data 24 marzo 2010 sono stati svolti accertamenti ispettivi nei confronti della società Serena S.a.s. di [omissis], iscritta al ruolo degli agenti di Commercio e che risulta aver svolto più volte il ruolo di agente per alcune delle società oggetto del procedimento in relazione alle gare bandite nell'ambito della Regione Campania per la fornitura di apparecchiature elettromedicali.

9. In data 12 maggio 2010 sono stati svolti accertamenti ispettivi nei confronti della Società Regionale Sanità – SORESA S.p.A. per acquisire informazioni più dettagliate sugli atti di gara e sulle offerte concretamente presentate dai partecipanti alla stessa.

10. Tutte le Parti del procedimento hanno esercitato il diritto di accesso agli atti totalmente o parzialmente accessibili del procedimento.

11. La società SO.RE.SA e tutte le parti del procedimento sono state sentite nel corso di audizioni con gli Uffici ed hanno, altresì, depositato memorie difensive e documenti contenenti ulteriori informazioni sui comportamenti oggetto di accertamento e sul contesto in cui questi si inseriscono.

12. In data 25 giugno 2010, 6 luglio 2010, 10 settembre 2010 e 1 ottobre 2010 Alliance Medical, Philips, Siemens e Toshiba hanno presentato, ai sensi dell'articolo 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, un set di impegni ritenuti potenzialmente idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria in corso.

13. L'Autorità, nella riunione del 10 novembre 2010 ha ritenuto gli impegni presentati manifestamente inidonei a far venire meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria e ne ha, pertanto, disposto il rigetto.

14. In data 4 maggio 2011 è stata inviata alle Parti del procedimento la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie;

15. Le parti, in date 30 giugno 2011 e 1 luglio 2011 hanno trasmesso memorie e documenti in vista dell'Audizione finale dinanzi al Collegio;

16. In data 6 luglio 2011, i rappresentanti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l, Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. sono stati sentiti in audizione dinanzi all'Autorità.

III. IL SETTORE INTERESSATO DALLE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

17. Il settore interessato dal presente procedimento è quello della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita. In particolare, le apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini si distinguono: a) in funzione della diversa tecnologia applicata: ultrasuoni (ecografia), risonanza magnetica o RM, raggi X (radiografia convenzionale, tomografia assiale computerizzata o TAC e angiografia), radioisotopi (medicina nucleare, gamma camere, tomografia a emissione di positroni o "pet"); b) in funzione dell'utilizzo specifico cui sono destinate le diverse tipologie di macchinari. Le varie tecnologie, infatti, sono utilizzate a seconda dei diversi standard diagnostici desiderati (a loro volta dipendenti dall'apparato corporeo in esame e dalla patologia ricercata).

18. L'assistenza post-vendita di tali apparecchiature viene effettuata direttamente dalle società produttrici del settore per tutto il ciclo di vita del prodotto. Infatti, la complessità dei prodotti, da un lato, e l'elevata incidenza dei costi di manutenzione annua sul prezzo medio di acquisto, dall'altro, rendono questo genere di servizi un fattore competitivo di crescente rilievo tra le imprese produttrici e fanno sì che tali prestazioni vengano spesso regolate da accordi inclusi nei contratti di acquisto. L'assistenza e la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali di diagnostica risultano pertanto essere attività accessorie alla vendita di tali apparecchiature.

19. Dal lato dell'offerta, il settore della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita appare fortemente concentrato. Cinque principali operatori multinazionali rappresentano, infatti, il 70% circa del mercato². Nel mercato delle apparecchiature per la risonanza magnetica operano in Italia quattro imprese multinazionali (General Electric, Philips, Toshiba e Siemens, con quote, rispettivamente, pari al 28%, 44,5%, 3,5% e 20%³). Tale circostanza fa sì che le società multinazionali parti del procedimento rivestano un ruolo di primo piano nel mercato citato.

20. Dal lato della domanda si individuano due tipologie principali di clienti, la struttura sanitaria nazionale pubblica (ASL, Aziende ospedaliere, ospedali a gestione diretta, istituti di cura e policlinici universitari, etc.) e la struttura sanitaria privata (case di cura, istituti privati, studi privati). Questi due gruppi si differenziano principalmente per le modalità di acquisto, ossia gara d'appalto per il primo e trattativa privata per il secondo. Sul valore totale del mercato della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini pari a circa 148,9 milioni di euro, le apparecchiature installate presso le strutture pubbliche, circa 60 all'anno, pesano per il 50% circa.⁴ Nel 2008 erano presenti nelle strutture di ricovero pubbliche 534 tomografi a risonanza magnetica (TRM) di cui 22 nella Regione Campania.

21. Nell'ultimo decennio si è assistito ad un progressivo processo di razionalizzazione e di centralizzazione degli acquisti pubblici attraverso la costituzione di Centrali d'acquisto Regionali, operanti su diversi settori merceologici, centrali d'acquisto specializzate nel settore sanitario e ASL Uniche (regionali o sub regionali) o capofila, operanti quali mandatarie di altre ASL regionali⁵. La previsione della realizzazione di un "sistema a rete", introdotta formalmente nella legge finanziaria n. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge finanziaria per il 2007), nasce con il chiaro intento di gestire su basi condivise l'approccio ai processi di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici, favorendo la diffusione delle *best practices* e delle competenze delle amministrazioni centrali e locali da inserirsi in una previsione di creazione e gestione di una rete delle centrali d'acquisto operante nel più ampio contesto del Sistema Nazionale di *e-Procurement*.

In particolare, l'articolo 1, comma 457, della Legge Finanziaria 2007 prevede che *"le centrali regionali e la Consip S.p.A. costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi"* mediante la cooperazione di numerosi soggetti istituzionali che, nel rispetto dei diversi modelli giuridici regionali adottati o da adottarsi in tema di centralizzazione degli acquisti, operano secondo un progetto integrato a molteplici stadi in relazione alle diverse realtà territoriali.

22. Le gare d'appalto generalmente di rilevanza comunitaria bandite per l'approvvigionamento di apparecchiature elettromedicali richieste dalle strutture sanitarie sono organizzate secondo il modello cd. *"Global service"* o *"Full service"*. In buona sostanza, tali procedure hanno ad oggetto non soltanto la tecnologia ed il relativo dispositivo biomedico o diagnostico (e la relativa assistenza e manutenzione post-vendita) ma anche tutta una serie di prestazioni accessorie, consistenti, di solito, in lavori edili, idraulici e di impiantistica propedeutici all'installazione dei dispositivi e all'arredo tecnico dei locali. In alcuni casi, il bando può prevedere anche la disponibilità (temporanea o permanente per tutta la durata della fornitura) di personale medico, tecnico e infermieristico dotato di competenze specifiche per l'utilizzo delle apparecchiature e per l'interpretazione dei risultati diagnostici forniti dalle stesse.

23. La circostanza che le procedure di gara in *"Global service"* presentino un oggetto generalmente ampio dal punto di vista quantitativo ed eterogeneo dal punto di vista delle apparecchiature e prestazioni richieste fa sì che ciascuna gara presenti peculiarità suscettibili di differenziarla in relazione alla specifica domanda espressa dalle strutture sanitarie interessate. Ciò comporta altresì che, normalmente, la partecipazione degli operatori economici a tali gare renda necessario il ricorso ai principali modelli di aggregazione tra imprese previste dalla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di opere, lavori e forniture (associazioni e raggruppamenti temporanei d'impresa).

24. La fattispecie oggetto del presente procedimento riguarda, in particolare, la gara d'appalto relativa alla fornitura in forma di acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica e relativi servizi, indetta da Soresa in data 17 giugno 2009. In linea generale, nell'ambito delle singole gare indette dagli Enti o altri organismi di diritto pubblico, il

² [Si tratta, in particolare, di GE Medical System Italia che detiene una quota di mercato pari a circa il 24,6%, Philips Medical Systems presente con una quota del 20,6%, Siemens con l'11,4%, Esaote con l'8,9% e Toshiba Medical Systems con una quota pari al 4,6%. Il resto del mercato è ripartito fra numerosi operatori presenti con quote comprese fra il 2,8% e lo 0,2%. Fonte: Databank, rapporto maggio 2008 (dati anno 2007).]

³ [Cfr. dati Databank 2007 in Estratto elaborazione CONSIP, doc. X.186.]

⁴ [Annuario Statistico del Servizio Sanitario Nazionale, Ministero della Salute, giugno 2008 (dati anno 2006) in doc. X.185.]

⁵ [Senza pretese di esaustività si considerino SO.RE.SA (Società Regionale Sanità Campania), Lombardia Informatica S.p.A., Centro Regionale Acquisti Sanità Veneto, Agenzia Umbra Sanità, Estav Toscana, Ufficio Unico degli Acquisti Abruzzo, Empulia Puglia.]

contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dell'oggetto dell'appalto, dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalle singole amministrazioni nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che le medesime seguono nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti⁶. Sicché si rileva come, nel caso di specie, la domanda di apparecchiature elettromedicali e servizi accessori (lavori edili, idraulici, nonché altre prestazioni mediche, infermieristiche e tecniche) da parte delle strutture sanitarie o soggetti costituiti a tal fine, da un lato evidenzia caratteristiche generali comuni, dall'altro, nel suo concreto manifestarsi, non presenta elementi di omogeneità, in ragione delle differenze nelle modalità di esperimento delle gare e delle condizioni stabilite dai relativi bandi.

25. In considerazione delle sue peculiarità, la gara bandita da SO.RE.SA. il 17 giugno 2009, è idonea ad individuare il mercato rilevante oggetto del presente procedimento.

La specificità di ciascuna delle sette installazioni di apparecchiature per la risonanza magnetica (presso ciascuna diversa azienda ospedaliera interessata) nonché il modello di pagamento "misto" prescelto dalla stazione appaltante (nella forma dell'acquisto per tre apparecchiature e del noleggio per le altre quattro) costituiscono circostanze idonee a differenziare la domanda espressa nell'ambito della gara centralizzata bandita da SO.RE.SA. per conto di quattro strutture sanitarie della Regione Campania.

26. Deve quindi concludersi che, ai fini del presente procedimento, il mercato rilevante può ritenersi coincidente con la gara bandita da Soresa per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica, per un importo complessivo pari a 8.885.000 euro, IVA esclusa.

IV. LA SEGNALEZIONE

27. In data 20 gennaio 2010, è pervenuta una segnalazione da parte di GEMS relativa a presunte distorsioni della concorrenza relative alla gara d'appalto bandita dalla SO.RE.SA. in data 17 giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica.

28. In particolare, prima dell'estate 2009, GEMS è stata contattata da Alliance Medical che le ha proposto di partecipare congiuntamente alla gara bandita dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. (di seguito "SORESA") in data 17 giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica.

29. In data 22 ottobre 2009 due agenti per la Campania di GEMS (e precisamente [omissis] oltre ad altri agenti ed esponenti delle società Toshiba, Siemens, Philips) hanno ricevuto, per conoscenza, un messaggio *e-mail* indirizzato [dall'agente della società Philips] al [Direttore Commerciale] di Alliance Medical. Dal testo di tale *e-mail* si evince che [l'agente della società Philips] contesta [al Direttore Commerciale di Alliance Medical] il mancato rispetto di un accordo tra Philips, Siemens, Toshiba e AM per la partecipazione alla gara Soresa che sarebbe testimoniato da un verbale allegato all'*e-mail* stessa, datato 6 luglio 2009. In particolare, [l'agente della società Philips] rappresenta la difficile situazione in cui si sarebbe trovato insieme al [omissis] (Direttore gare Philips) per aver appoggiato la soluzione di offrire ad Alliance apparecchiature Philips affinché questa le proponesse poi in gara, incidendo in modo definitivo sulla scelta della società di non partecipare direttamente alla gara. [L'agente della società Philips] prosegue evidenziando di essere abituato a "rispettare gli impegni assunti anche solo verbalmente. Si figuri per cui il rispetto che ho per impegni sottoscritti (come quello che lei ha preteso con il verbale del giorno 6 luglio 2009 a Roma e che le allego per sua memoria)".

30. Il verbale di incontro allegato all'*e-mail*, datato 6 luglio 2009, riporta in oggetto "SORESA" e contiene la lista dei partecipanti alla riunione nonché le dichiarazioni rilasciate da ciascuno di questi. [L'agente della società Philips], in qualità di rappresentante della società Philips, "non esclude la possibilità di fare offerta da capitolato e partecipare direttamente alla gara", il [omissis], in qualità di rappresentante di Siemens, "esclude la partecipazione diretta", il [omissis], in rappresentanza di Toshiba, "ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non esclusa la possibilità alla partecipazione stessa". Figurano tra i partecipanti anche i Sigg.ri [omissis], tutti dipendenti di Alliance Medical.

31. Nel documento è, inoltre, riportato il contenuto di quanto "i presenti concordano al termine di una discussione: - 3RM [risonanza magnetica] fornitura Siemens (che parteciperà in ATI con AM), A) 1 RM noleggio Philips, B) 1 RM noleggio Toshiba, C) 1 RM noleggio Philips, D) 1 RM noleggio Toshiba, OPZIONALI, E) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore, F) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore". Seguono ancora indicazioni in merito all'operatività dell'accordo in base al quale "alla ditta del [omissis] si decide di affidare opere con facoltà di subappaltare ad una seconda ditta indicata dal [dipendente di] (Alliance Medical) alcuni lavori. Ciascuna ditta dovrà consegnare per quanto di sua competenza documentazione tecnica indicazione tecnica e quotazione della Gabbia Faraday, descrizione e quotazione contratti di manutenzione per sei anni ed offerta economica al [un altro dipendente] (Alliance Medical). L'impostazione della gara sarà fatta alle seguenti condizioni: 2RM Cardarelli saranno assegnati a Philips (A) e C), 1RM

⁶ [La possibilità di individuare, in casi specifici, un mercato distinto per ogni ente appaltante è stata confermata dal Consiglio di Stato, secondo il quale "pur essendo possibile l'individuazione del mercato rilevante con riguardo ad un più ampio contesto geografico e alla domanda di più enti pubblici, ciò non esclude che, come nel caso di specie, anche in base alla domanda di un singolo ente (che per dimensioni rappresenta una parte rilevante del mercato dei servizi assicurativi richiesti da enti pubblici) possa essere individuato il mercato, all'interno del quale verificare la consistenza della restrizione della concorrenza provocata dall'intesa", Consiglio di Stato, sent. n. 1189/01, v. pure, idem, n. 926/04; n. 2092/09.]

Salerno Vallo della Lucania e 1RM San Sebastiano saranno assegnati a Toshiba (B) e D). Accessori saranno di competenza Alliance Medical (Philips offerta accessori amagnetici). Per SIEMENS: il 25/08 AM farà avere BOZZA REGOLAMENTO ATI e richiesta documenti amministrativi al [Alliance]". Il documento risulta sottoscritto dai [omissis] (PHILIPS), [omissis] (SIEMENS), [omissis] (TOSHIBA) e [omissis] (ALLIANCE MEDICAL).

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE RELATIVE ALL'INTESA

32. Le evidenze agli atti dimostrano che la riunione testimoniata dal verbale trasmesso da GEMS e reperito in sede ispettiva presso tutte le Parti del procedimento ad eccezione di Siemens, si è svolta in due fasi. Inizialmente, infatti, i rappresentanti delle aziende coinvolte hanno scambiato informazioni sensibili sulle prime valutazioni strategiche svolte internamente alle aziende a ridosso della pubblicazione del bando di gara da parte di SO.RE.SA. Nella seconda parte dell'incontro, gli stessi rappresentanti hanno esplicitamente concordato di sostituire al possibile confronto concorrenziale in sede di gara, una forma di collaborazione collusiva.

33. L'intesa in oggetto ha, pertanto, determinato l'alterazione del normale confronto concorrenziale determinando condizioni di concorrenza in sede di gara diverse da quelle che si sarebbero determinate in assenza della stessa.

34. Per una più agevole comprensione delle circostanze oggetto di illustrazione, in considerazione del fatto che esse riguardano persone fisiche che hanno agito in rappresentanza delle società coinvolte, si riporta qui di seguito, senza pretese di esaustività, una tavola sinottica nella quale sono indicati i legami tra le principali persone fisiche coinvolte, imprese e relative qualifiche.

Società	Agente	Direzione Commerciale	Altre cariche
ALLIANCE MEDICAL		[omissis] [omissis] [omissis] [omissis]	[omissis]
PHILIPS	[omissis]	[omissis] [omissis] [omissis]	
SIEMENS	[omissis] [omissis]	[omissis] [omissis] [omissis]	
TOSHIBA		[omissis] [omissis]	[omissis]

*Account Manager Philips per la Campania

A) La gara bandita dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A.

35. La gara interessata dal presente procedimento è stata bandita dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. (di seguito "SORESA") in data 17 giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica. In particolare, il capitolato speciale prevedeva la fornitura complessiva, in un unico lotto, del tipo "chiavi in mano", di 7 apparecchiature (3 in acquisto e 4 a noleggio) destinate ad alcune aziende sanitarie campane secondo lo schema di seguito riportato.

AZIENDA	TIPO	acquisto/noleggio	Sostituzione/nuova	sede
ASL Salerno	1,5 T	acquisto	nuova	p.o. Battipaglia
	1,5 T	noleggio	sostituzione	p.o. Vallo
ASL NA 1 centro	1,5 T	acquisto	nuova	p.o. "S.Paolo"
	1,5 T	acquisto	nuova	p.o. "S.G.Bosco"
AO CARDARELLI	1,5 T	noleggio	sostituzione	
	1,5 T	noleggio	sostituzione ⁷	
AO SAN SEBASTIANO	1,5 T	noleggio	sostituzione	

⁷ [La prima versione del capitolato speciale di gara prevedeva erroneamente che presso A.O. Cardarelli fosse presente una sola apparecchiatura per la risonanza magnetica da sostituire. La documentazione trasmessa da SO.RE.SA evidenzia, tuttavia, che le due macchine destinate al Cardarelli erano entrambe in sostituzione di altrettante già installate (Comunicazione dell'A.O. Cardarelli a SO.RE.SA del 30 luglio 2009, allegato a doc. IX.141).]

--	--	--	--	--

36. L'importo massimo a base di gara era fissato in 8.885.000 euro, IVA esclusa. Il disciplinare di gara prevedeva la possibilità per l'aggiudicatario di subappaltare la quota percentuale delle forniture aggiudicate entro il limite massimo del 30%. Era prevista inoltre la possibilità per i potenziali partecipanti di riunirsi in RTI o consorzi senza particolari limitazioni, ad eccezione del divieto generale di partecipazione simultanea di un'impresa in forma singola e congiunta. Il termine previsto per la presentazione delle offerte originariamente fissato al 16 settembre 2009 è stato prorogato, con determinazione dirigenziale n. 73 del 2 settembre 2009, al giorno 16 ottobre 2009. La prima seduta della procedura di gara per la verifica della regolarità formale della documentazione amministrativa, veniva fissata al giorno 21 ottobre 2009 alle ore 10.

37. Nel verbale della seduta citata (doc. VII.106) viene dato atto dell'integrità e della regolarità del contenuto dei due plichi pervenuti, il primo da parte di GE Medical System Italia S.p.A. e il secondo da parte del R.T.I. costituito da Alliance Medical S.r.l., Siemens S.p.A. e Technoproject S.r.l.. I plichi dovevano contenere quattro buste così come previsto dal disciplinare di gara e in particolare: Busta A con la dicitura "Documentazione Amministrativa"; Busta B con la dicitura "Documentazione Tecnica"; Busta C con la dicitura "Offerta economica"; Busta D con la dicitura "Giustificazioni".

Il plico presentato dalla società GEMS risulta contenere, oltre alla busta "A" e "D", anche due buste "B" e due buste "C" per un totale di 6 buste. A seguito dell'apertura della busta A si dà atto della regolarità della documentazione amministrativa prodotta dalla società GEMS per cui la stessa viene ammessa alla fase successiva della procedura. Si procede poi all'apertura del plico presentato dall'RTI e, come si legge nel verbale *"la Commissione dà atto che, nell'aprire il plico esterno, involontariamente è stato tagliato anche l'involucro contenente la documentazione tecnica del raggruppamento"*. Ad ogni modo, dall'esame del contenuto della busta A presentata dal RTI risulta la sostanziale regolarità della documentazione presentata per cui anche quest'ultimo veniva ammesso alla fase successiva della procedura.

38. Secondo quanto risulta dal foglio di presenze allegato al verbale della seduta di gara, i presenti, delegati dalle rispettive aziende, erano il [omissis] per la società GEMS, [l'agente AM e l'agente Siemens] per l'RTI composto da Alliance Medical, Siemens e Technoproject.

39. Nelle successive sedute datate 2 novembre 2009, 17 novembre 2009, 24 novembre 2009, 15 e 22 dicembre 2009, 7 gennaio 2010, 27 gennaio 2010 e 9 febbraio 2010 la Commissione di gara ha proseguito la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico ritenendo, a conclusione del procedimento, di escludere entrambe. In particolare, l'offerta presentata da GEMS è risultata irregolare, in quanto non sono stati specificati in maniera chiara i costi per la sicurezza, ed incompleta giacché non sono stati inseriti alcuni accessori previsti dal capitolato a corredo dell'apparecchiatura. L'RTI veniva escluso giacché il prezzo offerto per la fornitura non rappresentava il totale bensì solo l'acconto sulla proposta delle RM a noleggio, a cui andavano aggiunte le somme richieste dagli offerenti basate su un sistema di pagamento a prestazione (cd. *pay-per-use*).

40. Con determinazione del 24 febbraio 2010, SORESA prendeva atto dell'attività della Commissione di gara in ordine all'esclusione di entrambe le offerte presentate e disponeva di non aggiudicare la gara. Con successiva determinazione dell'8 marzo 2010, vista la necessità e l'urgenza di garantire la fornitura delle attrezzature alle aziende sanitarie della Regione Campania, SORESA decideva di indire una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 56, comma 1, lettera a) del Decreto Legislativo n. 163/2006, invitando gli stessi operatori che avevano precedentemente presentato offerte.

41. Nel termine fissato risultava pervenuta la sola offerta della società GEMS che nella seduta del 27 aprile 2010 era giudicata, tuttavia, tecnicamente inidonea e veniva, pertanto, esclusa. Ciò nonostante, in data 12 maggio 2010, SORESA revocava, in via di autotutela, la determinazione con cui aveva indetto la procedura negoziata nell'ottica di espletare *ex novo* una procedura aperta. Tale ultimo provvedimento è stato oggetto di impugnazione innanzi al TAR Campania da GEMS, che ne ha, altresì, richiesto la sospensione provvisoria degli effetti.

42. Il TAR, a seguito di varie pronunce in sede cautelare, ha definito con sentenza 27 dicembre 2010 n. 28054 il merito del giudizio accogliendo il ricorso di GEMS ed annullando entrambi i provvedimenti adottati da SO.RE.SA, ossia quello di revoca della procedura negoziata e, successivamente, quello di esclusione di GEMS⁸.

B) L'accordo per disciplinare le modalità di partecipazione alla gara

43. Il documento fornito dalla società GEMS, costituito dalla e-mail dell'agente Philips a cui era allegato un verbale di incontro, testimonia il fatto che nel corso di una riunione tenutasi presso la sede di Alliance, i rappresentanti di Alliance stessa, Siemens, Toshiba e Philips hanno scambiato informazioni sulle reciproche strategie commerciali e concordato le possibili modalità di partecipazione alla gara in un'ottica ripartitoria della fornitura.

⁸ [A seguito di accoglimento dell'ordinanza cautelare n. 1295 del 23 giugno 2010, infatti, So.re.sa ha proceduto al prosieguo della valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente, escludendola per mancata rispondenza della stessa ai requisiti minimi richiesti dal capitolato, in punto di software per l'archiviazione legale delle immagini. L'esclusione è stata poi sancita definitivamente con il provvedimento n. 69 del 2010.]

Lo scambio di informazioni strategiche e l'accordo concluso nel corso della riunione, al di là delle vicende successive e dell'esito della gara, hanno influito in maniera decisiva sull'autonomia decisionale delle società coinvolte e inciso, pertanto, sul processo di determinazione delle possibili modalità di partecipazione alla gara.

44. Per quanto concerne Philips, nella prima parte dell'incontro, il rappresentante comunica ai propri concorrenti che la società non esclude la possibilità di presentare un'offerta e partecipare direttamente alla gara. La posizione di Toshiba, secondo quanto riportato nel verbale pare essere analoga, dal momento che il rappresentante dell'azienda dichiara *"Toshiba ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non escluda la possibilità alla partecipazione stessa"* (doc. I.1). Tra i partecipanti alla riunione, Siemens è l'unica che *"esclude la partecipazione diretta"*, come risulta dalla dichiarazione del suo rappresentante *[omissis]* (doc. I.1).

45. Terminata la prima fase "esplorativa" delle strategie elaborate dalle aziende in seguito alla pubblicazione del bando, i partecipanti, al termine della discussione, concordano che: Siemens avrebbe partecipato *"in ATI con AM"* per la fornitura diretta delle tre apparecchiature (una destinata all'ASL Salerno - P.O. Battipaglia e due all'ASL Napoli 1 Centro - A.O. S.G.Bosco e A.O. San Paolo) di cui è previsto l'acquisto. Philips e Toshiba, invece, rinunciando alla possibilità di partecipare singolarmente, avrebbero sub-fornito ad Alliance le rimanenti quattro apparecchiature di cui era previsto il noleggio.

46. L'accordo prevedeva anche un criterio di "abbinamento" delle apparecchiature alle strutture sanitarie ispirato alla eventuale preferenza espressa dalla stessa ASL ovvero all'esistenza di un eventuale rapporto di "fornitura storico" con un determinato produttore. Le due apparecchiature assegnate a Philips avrebbero dovuto sostituire altrettante macchine a marchio Philips già installate presso l'ospedale Cardarelli di Napoli⁹. Le apparecchiature assegnate a Toshiba, invece, sarebbero state destinate all'ASL Salerno (P.O. Vallo) e all'AO San Sebastiano che, sulla base della documentazione agli atti, avevano manifestato un'esplicita preferenza in tal senso (come dichiarato dai rappresentanti di Alliance Medical, in doc. IX.143).

47. L'accordo prevedeva, pertanto, operativamente che ciascuna ditta avrebbe consegnato *"per quanto di sua competenza, documentazione tecnica, indicazione tecnica e quotazione della Gabbia Faraday, descrizione e quotazione contratti di manutenzione per 6 anni ed offerta economica [al dipendente di] (ALLIANCE MEDICAL)"* e che il 25 agosto successivo Alliance Medical avrebbe trasmesso a Siemens la bozza del regolamento di ATI. Gli accessori sarebbero stati *"di competenza ALLIANCE MEDICAL (PHILIPS offerta accessori amagnetici)"*. L'accordo risultante dal verbale individuava anche la società che, in A.T.I. con Alliance e Siemens, si sarebbe occupata dei lavori e delle opere relative all'installazione di tutte le apparecchiature. La ditta del *[omissis]* citato nel documento è, infatti, la società Technoproject s.r.l. che ha effettivamente partecipato alla gara in ATI con Alliance e Siemens.

48. Quanto risulta dal verbale è sufficiente a dimostrare non solo che nel corso dell'incontro vi è stata la totale *disclosure* delle possibili strategie future ma anche che l'accordo di natura ripartitoria ha irreparabilmente influito sull'autonomia decisionale di Philips, Toshiba, Siemens e Alliance nella scelta delle possibili strategie di partecipazione alla gara SO.RE.SA.

Philips e Toshiba, infatti, sicure di poter contribuire pro-quota alla fornitura nelle modalità concordate, avrebbero accantonato la possibilità di partecipare direttamente alla gara. L'alleanza tra Alliance e Siemens, del pari, trae origine dalla conoscenza delle strategie dei concorrenti e dall'assoluta certezza in ordine all'inerzia di Philips e Toshiba in relazione alla gara.

49. Nel periodo di tempo compreso tra l'incontro testimoniato dal verbale e la presentazione concreta delle offerte, la documentazione in atti da conto di una dialettica apparentemente contraddittoria tra gli esponenti delle diverse aziende coinvolte e internamente a ciascuna di queste, i cui contorni, nel dettaglio, saranno esaminati *infra* nell'ambito delle argomentazioni difensive sviluppate dalle Parti del procedimento.

50. Entro il termine originariamente fissato al 16 settembre e successivamente prorogato al 16 ottobre 2009 sono state presentate due offerte: quella dell'ATI costituita da Alliance, Siemens e Technoproject e quella della società GEMS. Come si è anticipato, nel corso della prima seduta di gara del 21 ottobre 2009 la Commissione, dopo aver verificato la regolarità della documentazione amministrativa allegata a ciascuna delle due offerte, dà atto della circostanza che *"nell'aprire il plico esterno, involontariamente è stato tagliato anche l'involucro contenente la documentazione tecnica del raggruppamento"* (doc. VII.106). Sulla base di quanto riferito dai rappresentanti di Philips, dovrebbe essere questo il motivo per cui i presenti alla seduta e, per quanto qui di rilievo, anche un rappresentante di Philips¹⁰, *[omissis]*, apprendono con anticipo rispetto all'ordinario svolgimento della procedura, la circostanza che tutte le sette apparecchiature per la risonanza magnetica offerte dall'Associazione Temporanea, diversamente da quanto era stato concordato, risultavano prodotte da Siemens.

⁹ *[Comunicazione dell'A.O. Cardarelli a SO.RE.SA del 30 luglio 2009, allegato a doc. IX.141 cit.).]*

¹⁰ *[La presenza di un rappresentante Philips non risulta dal verbale di seduta di gara agli atti (doc. VII.106). Non è chiaro, pertanto, il motivo per cui il sig. [omissis], dipendente Philips fosse presente alla seduta di gara del 21 ottobre 2009 e, soprattutto come l'involontaria apertura dell'involucro contenente la documentazione tecnica del raggruppamento temporaneo d'impresa abbia consentito allo stesso di conoscere i dettagli tecnici dell'offerta presentata dal R.T.I. La circostanza è, tuttavia, ricollegabile alle dichiarazioni dei rappresentanti di Philips secondo i quali "dopo l'apertura delle buste in data 21 ottobre – in occasione della quale il [dipendente Philips] (che poi lo riferiva [rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di Alliance]) scopriva che AM si era avvalsa esclusivamente di apparecchiature Siemens sia per l'acquisto che per il noleggio – seguiva la comprensibile reazione dell'agente Philips con l'invio dell'e-mail e verbale allegato" (cfr. verbale di audizione di Philips del 30 marzo 2010 in doc. VIII.120)]*

51. La non corrispondenza dell'offerta tecnica del raggruppamento rispetto a quanto era stato precedentemente concordato presso la sede di Alliance determinava, pertanto, la reazione del rappresentante di Philips intervenuto alla riunione. Questi, infatti, il giorno successivo alla seduta di gara (22 ottobre 2009), inviava al Direttore Commerciale di Alliance, [omissis], ai rappresentanti delle altre aziende coinvolte e ad altri soggetti (tra cui anche gli agenti di GEMS), la già citata e-mail con in allegato il verbale di incontro, in cui esprimeva tutto il risentimento legato al fatto di aver appoggiato all'interno della società la decisione di rispettare l'accordo e quindi di sub-fornire piuttosto che partecipare autonomamente alla gara¹¹.

52. Agli atti, peraltro, risulta che il Direttore Commerciale di Alliance, presumibilmente preoccupato per quanto accaduto nel corso della prima seduta di gara e poco prima di venire a conoscenza dell'e-mail del rappresentante di Philips, ha inviato al Responsabile della Direzione Gare di Philips un SMS in cui si legge *"spero che [il rappresentante Philips presente alla seduta di gara del 21 ottobre 2009] le abbia spiegato. Bisogna aspettare la fine per giudicare l'// (sic) tutto non è semplice. Gli impegni sono ancora lì. Dica a [il rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di Alliance] di aver pazienza"*¹².

C) L'attitudine dell'accordo ad influire sulle scelte strategiche delle società coinvolte

53. Lo scambio di informazioni strategiche e l'accordo concluso dai rappresentanti delle aziende nel corso della riunione, al di là delle vicende successive e dell'esito concreto della gara, hanno influito significativamente sull'autonomia decisionale delle società coinvolte nel processo di determinazione delle eventuali modalità di partecipazione alla gara.

Diversamente da quanto sostenuto da Philips e Toshiba, la circostanza che la riunione si sia tenuta il 6 luglio ovvero il 6 agosto¹³, a tal fine, è irrilevante. Anche qualora si volesse accogliere la ricostruzione temporale degli eventi proposta dalle Parti, le risultanze istruttorie dimostrano, infatti, che l'intesa ha determinato condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero determinate in assenza della stessa.

Philip S.p.A.

54. Con riferimento alla posizione di Philips, in particolare, le risultanze istruttorie dimostrano che la mancata partecipazione diretta ovvero in Associazione Temporanea d'Impresa (in seguito anche ATI) alla gara bandita da SO.RE.SA è dovuta all'influenza dell'incontro tenutosi presso la sede di Alliance sul processo di valutazione delle possibili opzioni di partecipazione alla gara. E ciò, come si vedrà *infra*, prescinde totalmente dalla circostanza che l'incontro si sia tenuto il 6 luglio ovvero il 6 agosto 2009.

55. I rappresentanti di Philips, sul punto, hanno evidenziato che *"nel corso di una riunione interna del 13 luglio si ritenne in prima battuta di non partecipare alla gara SORESA e di rinviare, per la decisione definitiva, ad una successiva riunione del 20 luglio. Nelle more, vi furono comunicazioni tra l'agente Philips – [omissis], la Direzione Marketing, nella persona del [omissis], accompagnate da diverse simulazioni di costi e ricavi in cui i primi due insistevano per la partecipazione. Nel corso della successiva riunione del 20 luglio si decise definitivamente di non partecipare alla gara (fatti salvi eventuali mutamenti nelle caratteristiche delle gara) e contestualmente si raccomandò di non comunicare tale decisione al mercato e di mantenere, almeno verso l'esterno, un atteggiamento di interesse eventualmente supportato da richieste di chiarimenti a SORESA sulle specifiche tecniche delle forniture richieste"* (verbale di audizione di Philips del 30 marzo 2010 in doc. VIII.120)¹⁴. Tali considerazioni sarebbero avvalorate dal testo di alcune e-mail interne (docc. III.58 e III.61) che dimostrerebbero un progressivo disinteresse dei responsabili Philips alla partecipazione alla gara SO.RE.SA¹⁵.

56. Tuttavia, le evidenze agli atti dimostrano che l'agente Philips, [omissis] e un dipendente della Direzione Marketing della società ritenevano potenzialmente conveniente l'ipotesi della partecipazione diretta (doc. III.60)¹⁶. L'interesse

¹¹ [Si riporta, sul punto, il contenuto intergale dell'e-mail inviata dall'agente Philips, [omissis] al Direttore Commerciale di Alliance, [omissis]: "Potrei raccontarle le difficoltà che viviamo adesso, [il Direttore Gare Philips] ed io, dopo che abbiamo appoggiato la soluzione di offrire ad Alliance apparecchiature Philips, affinché questa le proponesse in gara (e non le dico "se" e "quanto" questo abbia influito sulla decisione di Philips di non presentare direttamente offerta), ma – è evidente – questi non sono problemi suoi" (in doc. I.1)]

¹² [docc. II.45 e II.46.]

¹³ [Sul punto si veda parr. 74 e ss.]

¹⁴ [Singolarmente, in una successiva audizione (del 7 ottobre 2010), gli stessi rappresentanti di Philips, dopo aver ribadito che "la decisione di non partecipare alla gara SORESA era stata già preliminarmente presa dal momento che la base d'asta era stata considerata troppo bassa [...]", evidenziano che quella stessa decisione preliminare del 13 luglio era stata determinata anche dalla "stima di [agente Philips] che riteneva non conveniente dal punto di vista finanziario la partecipazione alla gara" (verbale di audizione di Philips del 7 ottobre 2010 in doc. X.165) escludendo, pertanto, che l'agente in questione spingesse per la partecipazione singola di Philips alla gara.]

¹⁵ [Da ultimo, nella memoria finale (pag. 31), gli stessi rappresentanti di Philips, tuttavia, evidenziano che la decisione di non partecipare alla gara raggiunta nel mese di luglio 2009 era potenzialmente "revisionabile" nel caso in cui le condizioni fossero mutate e sarebbe stata ipotizzabile, dunque, una nuova decisione sulla gara. Sul punto si ritornerà più diffusamente *infra*, a proposito delle argomentazioni delle Parti.]

¹⁶ [In allegato all'e-mail del 14 luglio, in particolare, figurano due tabelle riconducibili ad un allegato in formato .xls contenuto nella stessa e-mail di [il Direttore Gare Philips], denominato "SIMULAZIONE GARA 12lug 09" e che contengono il "riassunto dei prezzi relativi alla gara SORESA RM con i singoli dettagli raccolti dopo la riunione offerte di ieri pomeriggio". Come risulta dalla stessa mail, i fogli di calcolo sarebbero due: "uno a sommare rispetto ad una possibile ipotesi su cui lavorare (che tuttavia sfiora rispetto al budget di diversi

dell'agente Philips emerge, prima di tutto, da un documento in formato .xls denominato *"SIMULAZIONE GARA 12lug 09"* acquisito presso la sede della società Serena SAS nel corso degli accertamenti ispettivi. Il file (doc. VII.97-ter), diversamente dalla versione cartacea acquisita presso la sede di Philips e allegata ad una delle e-mail citate (doc. III.58), contiene non due ma tre diversi fogli di calcolo elaborati *[dall'agente Philips]*¹⁷. In particolare, il terzo foglio di calcolo, denominato *"Simulazione [omissis] 20 lug"*, dimostra come l'autore ritenesse conveniente la partecipazione diretta di Philips alla gara considerando la possibilità di proporre in sede di gara un prezzo complessivo inferiore alla base d'asta¹⁸.

57. Due documenti, datati rispettivamente 6 agosto 2009 (doc. VII.108) e 24 agosto 2009 (doc. VII.110), reperiti presso la sede di SO.RE.SA, dimostrano che il processo di valutazione delle possibili modalità di partecipazione alla gara non era già terminato prima dell'incontro tenutosi presso la sede di Alliance. Il primo è una richiesta di informazioni inviata da Philips a SO.RE.SA. con cui veniva richiesto l'invio di copia dell'ultimo bilancio approvato; è singolare notare che la premessa di tale richiesta è rappresentata dal fatto che *"l'istante società ha interesse a partecipare alla gara emarginata"* e che le informazioni sono necessarie per *"la più corretta formulazione della propria offerta"*.

Il secondo documento contiene, invece, una richiesta di proroga del termine per la presentazione delle offerte di almeno sessanta giorni *"vista l'importanza e la complessità del progetto offerta [...] al fine di predisporre una proposta più confacente alle Vostre esigenze"*.

58. L'influenza dello scambio di informazioni e dell'accordo raggiunto nel corso della riunione sul processo di valutazione di Philips in ordine alla possibile partecipazione alla gara SO.RE.SA emerge con tutta la sua evidenza in un'e-mail interna inviata il 7 settembre 2009 da *[omissis]* (Direttore Gare Philips) a dipendenti della Direzione Commerciale e agli agenti (doc. n. III.63). Nella stessa comunicazione, *[il Direttore Gare Philips]* evidenzia che *"non sarà possibile partecipare alla gara SO.RE.SA in quanto sia PMC che FranFinance non hanno concesso la loro disponibilità a partecipare alla gara per finanziare la quota in locazione. Ulteriori richieste a ING Lease non hanno prodotto risultati diversi. Dobbiamo pertanto rinunciare alla partecipazione diretta alla gara. Rimane aperta la sola soluzione di rivendita ad Alliance delle apparecchiature per il Cardarelli"*. Philips ha, pertanto, rinunciato a ricercare partner finanziari alternativi, nonostante mancasse più di un mese alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (16 ottobre 2009¹⁹), solo perché certa di poter partecipare comunque alla fornitura pro-quota delle macchine in virtù dell'accordo. Questo è il motivo per cui il 2 ottobre 2009 Philips inviava ad Alliance l'offerta *"relativa alla fornitura di n.2 apparecchiature di Risonanza Magnetica [...]"* in esecuzione, pertanto, del progetto ripartitorio concordato nel corso dell'incontro (doc. II.38).

59. Un ulteriore conferma dell'incidenza dell'accordo raggiunto presso la sede di Alliance sulle possibili scelte strategiche di Philips in ordine alla gara è contenuta nel testo della già illustrata e-mail inviata dall'agente Philips al Direttore Gare di Alliance il 22 ottobre 2009 in cui si legge *"Potrei raccontarle le difficoltà che viviamo adesso, [il Direttore Gare di Philips] ed io, dopo che abbiamo appoggiato la soluzione di offrire ad Alliance apparecchiature Philips, affinché questa le proponesse in gara (e non le dico "se" e "quanto" questo abbia influito sulla decisione di Philips di non presentare direttamente offerta), ma – è evidente – questi non sono problemi suoi"* (in doc. I.1, enfasi aggiunta). Tale affermazione è, peraltro, coerente con quanto dichiarato, nel corso della riunione presso la sede di Alliance, dallo stesso rappresentante Philips che conferma il fatto che le valutazioni interne della società non fossero ancora terminate. Come già illustrato, questi, infatti, comunica ai propri concorrenti la circostanza che Philips non avesse escluso la possibilità di partecipare direttamente alla gara (verbale di incontro presso la sede di Alliance in doc. I.1)

60. Peraltro, il fatto che Philips avesse "sacrificato" la possibilità di partecipare direttamente alla gara a fronte dell'accordo raggiunto presso la sede di Alliance era chiaro anche ai rappresentanti di Alliance. Il giorno successivo alla seduta di gara del 21 ottobre 2009, divenuta ormai "pubblica" la notizia che le apparecchiature presentate dal R.T.I. erano tutte prodotte da Siemens (diversamente a quanto era stato concordato presso la sede di Alliance), il Direttore Gare di Alliance, *[omissis]* ha, infatti, inviato un SMS al Direttore Gare di Philips, *[omissis]* in cui si legge: *"Spero che [il dipendente Philips presente alla seduta di gara del 21 ottobre 2009] le abbia spiegato. bisogna aspettare la fine per*

milioni di Euro) e uno che partendo dalla cifra disponibile a ritroso per differenza ricostruisce la cifra rimanente per le singole RM (risulterà 250.000!!!)" (doc. III.58 reperito presso la sede di Philips).]

¹⁷ [Non a caso essi sono stati reperiti nel pc di *[omissis]*, amministratore della Serena SaS in una cartella denominata "*[omissis]*" nella quale sono presenti numerosi file la cui paternità è da riferire al *[agente Philips]*.]

¹⁸ [Nei tre fogli di calcolo, in particolare, il "prezzo totale per gara" proponibile è stabilito, rispettivamente, nella misura di *[superiore a €8.885.000]*, *[inferiore a €8.885.000]* e, infine, *[inferiore a €8.885.000]* a fronte di un prezzo a base d'asta stabilito da SORESA in €8.885.000. La circostanza che il *[agente Philips]* avesse più volte manifestato l'opportunità che Philips partecipasse alla gara emerge da diversi documenti reperiti in sede ispettiva. Va considerato, in primis, il contenuto di un altro file .xls reperito presso la sede di Serena SaS, datato presumibilmente 17 settembre 2009, la cui paternità è da ricondurre al *[agente Philips]* (doc. VII.97-ter, versione accessibile degli allegati al verbale ispettivo Serena SAS). Il file contiene quattro fogli di calcolo, contenenti altrettanti simulazioni di costi, denominati rispettivamente "foglio1", "Simulazione seria", "simulazione budget" e "presentazione". dai quali risulta non solo l'interesse dell'agente alla partecipazione diretta di Philips alla gara ma anche la convenienza potenziale della partecipazione stessa.]

¹⁹ [termine inizialmente fissato al 16 settembre 2009 e prorogato da SO.RE.SA con comunicazione del 2 settembre 2009 in atti, doc. IX.141. Pertanto, all'epoca dell'e-mail il nuovo termine per la presentazione delle offerte era noto.]

giudicare l'Il (sic) tutto non è semplice. Gli impegni sono ancora lì. Dica a [il rappresentante di Philips presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] di aver pazienza"²⁰.

Toshiba Medical Systems S.r.l.

61. Anche per Toshiba, le risultanze istruttorie dimostrano che la mancata partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA singolarmente ovvero in ATI è una conseguenza diretta di quanto avvenuto nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance.

La possibilità di una partecipazione diretta alla gara bandita da SO.RE.SA emerge da un documento reperito in sede ispettiva (doc. IV.70) costituito da un'e-mail, datata 25 giugno 2009, inviata dal [omissis] (rappresentante Toshiba) a [omissis] (Sales Administration Manager Toshiba). In allegato all'e-mail figura un foglio di lavoro .xls contenente una simulazione dei prezzi relativa alla gara per la fornitura delle sette apparecchiature richieste da SO.RE.SA., dal quale si evince la possibilità di presentare un'offerta inferiore alla base d'asta.

62. Sul punto, i rappresentanti di Toshiba hanno evidenziato che "già nel corso di una riunione interna in Toshiba del 2 luglio 2009 si era deciso di non partecipare singolarmente alla gara SORESA dal momento che, da un'analisi della simulazione dei costi effettuata da [rappresentante Toshiba], l'ipotesi di partecipazione non risultava conveniente. Tale circostanza era avvalorata dal fatto che nessuna società di leasing aveva manifestato interesse ad acquistare per poi rivendere a SORESA le macchine atteso che la stazione appaltante è generalmente riconosciuta nel settore quale debitore insolvente" (verbale di audizione Toshiba in doc. VIII.124). Tuttavia, la possibile partecipazione alla gara non pare definitivamente esclusa dallo stesso [rappresentante Toshiba]. Una diversa versione della simulazione dei prezzi citata, fornita dagli stessi rappresentanti di Toshiba nel corso del procedimento, riporta sul foglio .xls alcune annotazioni manoscritte dalle quali è possibile evincere che Toshiba fosse ancora in attesa di risposte da parte di operatori finanziari potenziali partner di gara²¹.

63. La documentazione agli atti dimostra che il giorno dell'incontro il [dipendente di Toshiba che vi ha preso parte] non ha totalmente escluso la possibilità di una partecipazione diretta di Toshiba alla gara nonostante questa fosse ritenuta "particolarmente critica" (doc. I.1) confermando, pertanto, la circostanza che le valutazioni interne della società non fossero ancora terminate.

E' ragionevole ritenere che Toshiba, pertanto, abbia rinunciato a ricercare partner finanziari alternativi, nonostante mancassero più di due mesi alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (all'epoca dei fatti fissato al 16 settembre 2009²²), solo perché certa di poter partecipare comunque alla fornitura pro-quota delle macchine in virtù dell'accordo raggiunto presso la sede di Alliance.

64. La prova che l'accordo raggiunto presso la sede di Alliance abbia influito in maniera decisiva sulla scelta di Toshiba di non partecipare alla gara si evince anche da un documento reperito presso la sede di Alliance, costituito da un'e-mail interna, datata 27 agosto 2009, inviata dal [Direttore Gare Alliance] alla [dipendente Alliance] nella quale si legge "partecipiamo in ATI con Siemens, [Direttore Gare Siemens] ha dei dubbi e vanno fugati anche dal punto di vista amm. Noi capogruppo. L'idea è partecipare. Incominci ad organizzarsi. mi faccia sapere come va con [Direttore Gare Siemens], si faccia vedere ferma e decisa per l'ati. Loro partecipano per la parte fornitura e noi noleggio/servizio con macchine PHI e Toshiba" (doc.II.30)²³. La consapevolezza di Alliance in ordine alle modalità di partecipazione di Toshiba, peraltro, è successiva solo di qualche giorno all'e-mail datata 25 agosto 2009, con cui il [dipendente Toshiba partecipante all'incontro] trasmetteva al [Sales Administration Manager Toshiba] una serie di e-mail con in allegato il verbale di incontro tenutosi presso la sede di Alliance (doc. IV.71). Ciò conferma che l'astensione di Toshiba dalla partecipazione alla gara è riconducibile all'influenza dell'accordo sul processo di valutazione delle possibili strategie di partecipazione.

Siemens

65. Le risultanze istruttorie dimostrano che la decisione di Siemens di partecipare alla gara in ATI con Alliance è riconducibile all'influenza dell'accordo concluso presso la sede di Alliance.

²⁰ [In un e-mail datata 29 ottobre 2009 (cfr. docc. II.45 e II.46), inviata dal [Direttore Commerciale di Alliance] nella quale viene riportato il contenuto di un due sms telefonici inviati al [il Direttore Gare] di Philips in data 22 ottobre 2009 in un momento immediatamente successivo all'arrivo dell'e-mail con cui il [agente] di Philips aveva denunciato l'esistenza di un accordo ripartitorio fra le parti. Nel primo si legge: "Spero che [il dipendente Philips presente alla seduta di gara del 21 ottobre 2009] le abbia spiegato. bisogna aspettare la fine per giudicare l'Il (sic) tutto non è semplice. Gli impegni sono ancora lì. Dica a [agente Philips] di aver pazienza". Nel successivo sms si legge: "Non avevo letto la mail di [agente Philips] E' vergognosa, offensiva, infondata gratuita e può compromettere le vs chances!! Controllatelo è pericoloso Se ha delle perplessità mi chiami domani".]

²¹ [Doc. IX. 148, allegato n. 5. Le annotazioni sarebbero state manoscritte dal [dipendente Toshiba] durante la riunione del 2 luglio 2009, in memoria finale Toshiba (pagg. 42-46).]

²² [termine inizialmente fissato al 16 settembre 2009 e prorogato da SO.RE.SA con comunicazione del 2 settembre 2009, in atti, doc. IX.141.]

²³ [Si consideri, peraltro, che l'e-mail inviata dal [agente Philips] il 22 ottobre del 2009 a [Direttore Gare Alliance] (doc. I.1 citato) riporta, fra i destinatari in copia, anche [omissis], presidente Toshiba all'epoca dei fatti, che in data 6 agosto 2009, riceveva via fax dal [rappresentante Toshiba presente all'incontro presso la sede di AM], dalla sede di Alliance, il verbale dell'incontro con i rappresentanti di Alliance, Siemens e Philips.]

Nel corso della riunione con i concorrenti, infatti, il rappresentante di Siemens, a conoscenza come gli altri partecipanti delle valutazioni interne formulate dalla società a ridosso della pubblicazione del bando di gara dichiara espressamente che la società *“esclude la partecipazione diretta”* (verbale di incontro in doc. I.1)²⁴.

In assenza dei contatti con Alliance e gli altri concorrenti, pertanto, è possibile che Siemens avrebbe deciso di non presentare offerta ovvero di partecipare in A.T.I. con *partner* alternativi ad Alliance. Le risultanze istruttorie dimostrano, infatti, che la decisione di partecipare in ATI con Alliance trae origine dalla conoscenza delle strategie dei concorrenti e, in particolare, dalla certezza in ordine alla disponibilità di Philips e Toshiba a sub-fornire le quattro macchine a noleggio piuttosto che partecipare direttamente alla gara.

66. In un'e-mail del 27 agosto 2009, inviata da [Direttore Gare Alliance] al sig. [Direttore Gare Siemens] e [Siemens] si legge *“egregi signori ecco la lettera per la richiesta di azioni per la soresa. [omissis] contatta pure il sig. [Direttore Gare Siemens]”. Di seguito si legge “sarebbe opportuno che la signora [Alliance] si mettesse in contatto con [Direttore Gare Siemens] tel.... che afferma l'impossibilità da parte ns di fare un'ATI". Segue l'e-mail della [Alliance] a [Direttore Gare Alliance] di pari data in cui si chiedono spiegazioni sulle modalità di partecipazione alla gara alla quale [il Direttore Gare Alliance] risponde **“partecipiamo in ATI con Siemens, [Direttore Gare Siemens] ha dei dubbi e vanno fugati anche dal punto di vista amm. Noi capogruppo. L'idea è partecipare. Incominci ad organizzarsi. mi faccia sapere come va con [Direttore Gare Siemens], si faccia vedere ferma e decisa per l'ati. Loro partecipano per la parte fornitura e noi noleggio/servizio con macchine PHI e Toshiba”** (doc. II.30, enfasi aggiunta).*

L'e-mail che precede dimostra che i contatti tra Alliance e Siemens intervenuti nel mese di agosto 2009 hanno avuto ad oggetto le modalità di attuazione dell'accordo concluso nel corso della riunione presso la sede di Alliance. Al riguardo, la stessa Alliance ha dichiarato che *“l'eventualità di attuare la strategia “multimarca” è stata presa in considerazione [...] esclusivamente nel corso del periodo intercorrente fra la riunione del 6 agosto 2009 fino, al più tardi, al 27 agosto 2009 [...]”* (memoria finale Alliance).

67. Coerentemente a quanto dichiarato dai rappresentanti di Alliance, in una comunicazione inviata due giorni prima, il 25 agosto 2009, da Alliance ([omissis]) a Siemens ([omissis]) si legge *“a seguito delle **vs adesione e decisione di partecipare in ATI per le 7 MRI di cui le 3 in acquisto a favore di Siemens, desideriamo richiedervi di predisporre tutto quanto richiesto dal capitolato di gara per questi sistemi**”*. Per i lavori riconfermiamo l'incarico alla vostra [agente Siemens] *perché identifichi e faccia eseguire alle imprese prima della fine del mese la valutazione per l'installazione di tutte e sette le MRI previste in gara più le 2 eventuali a completamento”* (doc. II.23, enfasi aggiunta).

68. In relazione a tale documento non è condivisibile quanto sostenuto dai rappresentanti di Siemens secondo i quali la comunicazione dimostrerebbe, al contrario, che Alliance avrebbe voluto invece aderire ad un progetto di *partnership* per la fornitura di sette apparecchiature da parte di Siemens, discusso nel corso di una riunione del 23 luglio 2009 a Napoli. Va rilevato, infatti, che Alliance non ha mai fatto menzione di una riunione con Siemens del 23 luglio 2009²⁵ confermando, di contro, che *“l'eventualità di attuare la strategia “multimarca” è stata presa in considerazione [...] esclusivamente nel corso del periodo intercorrente fra la riunione del 6 agosto 2009 fino, al più tardi, al 27 agosto 2009 [...]”* (memoria finale Alliance) escludendo definitivamente, pertanto, che il 25 agosto 2009 si potesse discutere di un progetto di *partnership* diverso da quello concordato nel corso della riunione del (presunto) 6 agosto. Peraltro, qualora si accettasse la ricostruzione della Parte, non si comprenderebbe, infatti, perché i rappresentanti di Alliance, solo due giorni dopo tale e-mail del 25 agosto 2009, avrebbero nuovamente considerato l'ipotesi di una strategia *“multimarca”* (come evidenziato nei paragrafi che precedono)²⁶.

69. La circostanza che l'incontro presso la sede di Alliance abbia influito in modo decisivo sul processo di valutazione della possibile partecipazione alla gara da parte di Siemens risulta anche dal fatto che il 27 agosto 2009, la società invia agli uffici di SO.RE.SA. una richiesta di proroga del termine per la presentazione delle offerte a causa *“della particolare complessità che la progettazione per la fornitura di sette apparecchiature a Risonanza Magnetica comporta [...]”* e al fine di *“permettere un'accurata valutazione delle problematiche tecniche connesse all'installazione delle apparecchiature e l'elaborazione di un progetto-offerta che possa rispondere al meglio alle Vostre esigenze”* (doc. VII.110 acquisito presso la sede di SO.RE.SA).

Non è un caso che pochi giorni prima la stessa richiesta di proroga sia stata trasmessa anche da Philips (il 24 agosto 2009 in doc. VII.110), a dimostrazione del fatto che le possibilità offerte dall'accordo raggiunto presso la sede di

²⁴ [Le prime evidenze relative all'interesse di Siemens in ordine alla gara bandita da SO.RE.SA. risalgono a pochi giorni dopo la pubblicazione del bando ed, in particolare, al 6 luglio 2009 quando il [omissis] (Direzione commerciale Siemens) trasmette al responsabile del procedimento incaricato dalla SO.RE.SA, [omissis], un'e-mail avente ad oggetto *“richieste di chiarimenti procedura aperta noleggio e acquisto apparecchiature per R.M.”* contenente ben diciannove quesiti riguardanti la procedura bandita. In particolare, Siemens richiede chiarimenti sulle eventuali modalità di partecipazione in A.T.I., sui criteri di aggiudicazione, sull'oggetto e l'ammontare della fornitura (doc. VII.110 acquisito presso la sede di SO.RE.SA). Ciò che colpisce, in particolare, è la circostanza che Siemens rivolga alcuni quesiti relativi alle quattro apparecchiature da fornire a noleggio, il che lascia ragionevolmente intendere la sussistenza, quantomeno sino a quel momento, di un interesse di Siemens a tutta la fornitura oggetto di gara, sia in acquisto (3RM) che a noleggio (4RM).]

²⁵ [Diversamente da quanto evidenziato con riferimento al fatto che vi sarebbe stata una riunione con i rappresentanti di GEMS, circostanza riconosciuta dai rappresentanti di Alliance (memoria finale Alliance, pag. 6).]

²⁶ [Gli stessi rappresentanti di Alliance non disconoscono che, nel corso del mese di agosto vi siano state comunicazioni con Siemens aventi ad oggetto i contenuti della riunione con le altre aziende presso la propria sede (memoria finale Alliance, pag. 14)]

Alliance abbiano inserito "nuovi" elementi da considerare nel processo di valutazione delle strategie da adottare in relazione alla gara da parte di ciascuna società.

70. Nella prima metà del mese di ottobre 2009, una volta ottenuta la proroga del termine per la presentazione delle offerte al 16 ottobre 2009²⁷, la dialettica aziendale tra Alliance e Siemens ha ad oggetto le modalità di composizione dell'accordo di A.T.I.

La documentazione agli atti dimostra che Alliance e Siemens, fino in prossimità della scadenza del termine, hanno tenuto aperte due diverse possibilità: i) presentare un'offerta conforme all'accordo concluso con Philips e Toshiba (Siemens macchine in acquisto e Philips e Toshiba, sub-fornitori delle macchine a noleggio); ii) presentare un'offerta di *partnership* esclusiva (con apparecchiature Siemens sia per l'acquisto che per il noleggio).

In un'e-mail inviata dal [agente AM] al [Direttore Gare Alliance] (doc. V.76), datata 12 ottobre 2009, il primo rappresenta al secondo di aver incontrato [omissis] di Technoproject e di aver visto tutte le relazioni tecniche eseguite. [L'agente AM] prosegue: *"Se noi, come abbiamo stabilito a Napoli, vogliamo fare in modo di inserire i progetti della RM Siemens AVANTO nelle RM a noleggio con nostro codice ecc... bisogna che i disegni siano rifatti (mantenendo anche gli attuali così come sono) anche senza i riferimenti alla RM Avantto, poi decidiamo in sede a Milano [...]".* Segue la risposta di [Direttore Gare Alliance] al [omissis] di Siemens, inoltrata in pari data anche [all'agente AM]: *"Alla luce degli accordi i disegni delle macchine in noleggio devono essere fatti anche senza i loghi ed i nomi delle macchine Siemens".* Alliance e Siemens, pertanto, procedevano alla preparazione della documentazione di gara in modalità "neutra" riservandosi cioè di poter decidere successivamente, sino alla scadenza del termine previsto per la presentazione dell'offerta, il futuro delle quattro apparecchiature destinate al noleggio.

71. In un e-mail di pari data, inviata dal [Direttore Gare Siemens] alla [omissis] (Alliance), in data 12 ottobre 2009, avente ad oggetto *"elenco documentazione amm.va gara RM SORESA"*, il primo evidenzia la presenza di un errore nella documentazione trasmessagli e, a tal fine, fa presente che **"Siemens fornisce solo tre delle apparecchiature mediante acquisto diretto e non 7 come riportato nella sotto riportata dichiarazione riguardante la parte di Technoproject [...]"** (enfasi aggiunta).

Segue lo stralcio del documento di cui si richiede la revisione: *"Technoproject s.r.l.: realizzazione degli impianti di esecuzione di tutte le opere di predisposizione dei locali necessarie per l'installazione di n. 7 apparecchiature per Risonanza Magnetica fornite da Siemens S.p.A., mediante acquisto diretto [...]".* Il [Direttore Gare Siemens] prosegue, inoltre, evidenziando altre inesattezze: *"inoltre, il punto 5 contrasta con l'informazione che mi era stata riferita, secondo la **quale i lavori relativi alla apparecchiature in noleggio sarebbero stati realizzati in subappalto**, così come la fornitura in opera delle schermature [...], l'assistenza full-risk per le apparecchiature in noleggio e, credo, gli smontaggi delle apparecchiature da sostituire"* (enfasi aggiunta).

72. Le perplessità del [Direttore Gare Siemens], in relazione al punto concernente il subappalto dei lavori relativi alle apparecchiature in noleggio, vanno direttamente ricondotte al fatto che, come si ricorderà, l'accordo prendeva posizione anche su tale profilo, stabilendo che *"alla ditta [omissis] (ossia, la società Technoproject s.r.l.) si decide di affidare opere **con facoltà di subappaltare ad una seconda ditta indicata dal [agente AM] alcuni lavori**"* (enfasi aggiunta, verbale di incontro in doc. I.1).

73. Non è chiaro il motivo per cui, in definitiva, Alliance e Siemens abbiano deciso di partecipare alla gara offrendo solo apparecchiature prodotte da Siemens e determinando, in tal modo, la reazione di Philips che, come Toshiba, aveva repentinamente abbandonato la ricerca di modalità alternative di partecipazione alla gara, contando sulla possibilità di sub-fornire apparecchiature ad Alliance. Le risultanze istruttorie, tuttavia, dimostrano che il comportamento commerciale di tutte le imprese coinvolte è stato influenzato in maniera artificiale dall'accordo concluso presso la sede di Alliance.

D) L'incontro organizzato da Alliance Medical

La collocazione temporale della riunione

74. Le copie del verbale di incontro fornite da GEMS e/o reperite presso le sedi di Philips, Toshiba e Alliance riportano in epigrafe la data del 6 luglio 2009. La versione originale del verbale (doc. IX.159), fornita da Alliance nel corso del procedimento, sottoscritta da tutti i partecipanti alla riunione, riporta la stessa data delle copie acquisite in sede ispettiva. Anche nella nota e-mail del rappresentante di Philips del 22 ottobre 2009, l'autore fa riferimento, per ben due volte, alla data del 6 luglio 2009 quale data dell'incontro presso la sede di Alliance²⁸.

75. Secondo quanto riferito dalle Parti del procedimento, tuttavia, la data riportata sul verbale sarebbe frutto di un errore materiale dal momento che l'incontro avrebbe avuto luogo il successivo 6 agosto 2009. Secondo quanto dichiarato dai rappresentanti di Philips, l'errore contenuto nel verbale sarebbe dovuto alla circostanza che l'autrice materiale dello stesso, [omissis] di Alliance, avrebbe dato in stampa il documento frettolosamente mentre tutti i sottoscrittori partecipanti erano già in procinto di lasciare la sede della società. Le erronee indicazioni riferite alla data dell'incontro, contenute nell'e-mail del rappresentante di Philips del 22 ottobre 2009, sarebbero, invece, da ricondurre alla scrittura "frettolosa" dell'e-mail, avvenuta peraltro a distanza di mesi dalla data dell'incontro in questione e

²⁷ [si veda la determinazione SO.RE.SA del 2 settembre 2009, in doc. IX.141.]

²⁸ [Nell'e-mail inviata [dall'agente Philips] al Direttore Gare di Alliance si legge testualmente "si figuri per cui il rispetto che ho per impegni sottoscritti (come quello che lei ha preteso col verbale del giorno 6 luglio a Roma e che le allego per sua memoria" (doc. I.1).]

condizionata dalla data erroneamente indicata sul verbale di incontro (Philips memoria finale). La circostanza risulterebbe peraltro confermata dalla copia cartacea di alcune e-mail interne fornite da Philips nel corso del procedimento²⁹.

76. I rappresentanti di Toshiba, analogamente, hanno più volte evidenziato nel corso del procedimento la circostanza che la riunione si sarebbe tenuta il 6 agosto 2009. A tal fine, gli stessi evidenziano *in primis* l'assoluta impossibilità per il rappresentante della società partecipante all'incontro, di presenziare ad una presunta riunione del 6 luglio a Roma, giacché questi sarebbe stato impegnato in una diversa riunione a circa 250 km di distanza da Roma (sede di Alliance)³⁰. La circostanza risulterebbe, inoltre, confermata dal rapporto settimanale normalmente compilato dai dipendenti Toshiba che, in relazione alle attività programmate per il *[rappresentante Toshiba]* in data giovedì 6 agosto 2009, riporta il riferimento proprio alla *"riunione Alliance Medical Roma per gara RMN SORESA"*³¹. In senso conforme anche le dichiarazioni rese dallo stesso *[rappresentante Toshiba]* da ultimo nel corso dell'audizione finale dinanzi al Collegio.

77. Secondo i rappresentanti di Philips, Toshiba e Alliance, infine, l'esatta datazione dell'incontro presso la sede di Alliance risulterebbe da alcuni documenti reperiti in sede ispettiva. In particolare, si tratta dell'e-mail dell'11 agosto inviata dall'agente Philips al Direttore Commerciale di Alliance (doc. III.62) in cui il primo fa riferimento alla *"riunione di qualche giorno fa"*, da cui sarebbe ragionevole dedurre che l'incontro non risalga a oltre un mese di distanza ma ad una data più vicina a quella dell'e-mail. Stesse considerazioni con riferimento al fax inviato dalla sede di Alliance alla società Toshiba (doc. IV.71) proprio il 6 agosto 2009 alle ore 16.18, da cui si dovrebbe dedurre che il *[rappresentante Toshiba]* il 6 agosto 2009, utilizzando il fax della stessa Alliance, al termine della riunione, avrebbe immediatamente trasmesso ai vertici Toshiba, la copia del verbale. I due documenti, tuttavia, non sono decisivi. L'interpretazione del primo, infatti, dipende sostanzialmente dalla percezione soggettiva del rappresentante Philips del lasso temporale intercorso tra l'incontro e l'e-mail inviata e, pertanto, non può considerarsi attendibile. Il secondo, invece, è idoneo semplicemente a provare la trasmissione di un fax dalla sede di Alliance alla sede di Toshiba non anche il fatto che in quel giorno si sia tenuta la riunione.

78. La reale data dell'incontro emergerebbe, infine, da un'e-mail interna Philips datata 6 agosto 2009 (doc. III.59) con cui il *[agente Philips]* informa della riunione i vertici Philips³². Tale documento, al pari di quello citato nel paragrafo che precede (IV.71) è idoneo a provare che una copia del verbale sia stata trasmessa via e-mail il 6 agosto 2009, non anche che in pari data vi sia stato l'incontro.

79. I rappresentanti di Siemens, sul punto, ritengono plausibile la circostanza che la riunione si sia tenuta il 6 agosto 2009³³.

80. Come si è già illustrato, lo scambio di informazioni e l'accordo concluso presso la sede di Alliance hanno influito in misura significativa sulle strategie commerciali delle Parti coinvolte indipendentemente dal fatto che l'incontro si sia tenuto il 6 luglio ovvero il 6 agosto 2009. Vale la pena ribadire, per quanto qui di rilievo, infatti, che gli stessi rappresentanti di Alliance hanno dichiarato che la strategia multi-marca, oggetto dell'accordo raggiunto con Philips, Toshiba e Siemens è stata considerata almeno fino al 27 agosto 2009 (memoria finale Alliance).

Ad ogni buon conto, si osserva, tuttavia, che la documentazione acquisita agli atti nel corso degli accertamenti ispettivi e/o fornita volontariamente dalle Parti nel corso del procedimento, nonché le dichiarazioni dei rappresentanti di tutte le società coinvolte non sono sufficienti a dimostrare, in maniera incontrovertibile, che la riunione si sia tenuta il 6 agosto 2009.

I rappresentanti aziendali partecipanti all'incontro

81. Le evidenze in atti dimostrano che le condotte poste in essere dalle persone fisiche partecipanti alla riunione illustrata sono direttamente riconducibili alle società parti del procedimento. La conoscenza delle informazioni strategiche scambiate dai rappresentanti delle aziende nella prima parte della riunione è già di per sé una prova inconfutabile dello stretto legame esistente fra tali soggetti e i vertici aziendali.

82. Le persone fisiche partecipanti alla riunione erano, peraltro, generalmente riconosciute dal mercato quali soggetti titolari del potere di intrattenere rapporti commerciali per conto delle aziende rappresentate. A tal fine, la stessa Alliance (nel verbale di audizione del 18 giugno 2010 in doc. IX.143 e, da ultimo, nella memoria finale³⁴) ha dichiarato: *"si tratta di persone che svolgono le funzioni di responsabili di zona delle aziende produttrici [...]". In ogni*

²⁹ *[Allegati alla memoria presentata il 12 aprile 2010 in doc. VIII.122]*

³⁰ *[A tal fine, la società allega gli scontrini del parcheggio, la ricevuta di pagamento di un ristorante nonché il contratto di noleggio di autovettura e l'estratto conto della carta di credito, tutti presumibilmente riferibili al [omissis], rappresentante di Toshiba partecipante alla riunione presso la sede di Alliance a dimostrazione della incompatibilità della presenza di questo a Roma il 6 luglio 2009.]*

³¹ *[Una copia del documento è stata fornita da Toshiba in allegato alla memoria dell'1 luglio 2010 in atti (VIII.149-bis).]*

³² *[Tale circostanza sarebbe, peraltro, avvalorata dal fatto che anche il rappresentante di Toshiba coerentemente avrebbe inviato in pari data il verbale di incontro ai vertici dell'azienda.]*

³³ *[Memoria finale Siemens.]*

³⁴ *[in cui si legge "[...] i collaboratori di Alliance [...] necessitavano delle macchine da acquistare ed utilizzare per la fornitura dei servizi di outsourcing: ciò spiega il contatto stabilito da tali soggetti con esponenti delle ditte produttrici nel corso della fase preparatoria dell'offerta SORESA" (enfasi aggiunta, Memoria finale Alliance, pag. 10).]*

caso, erano persone con cui [Direttore Gare Alliance] e/o l'agente AM, [omissis] avevano di certo già intrattenuto rapporti commerciali".

83. Alliance e Toshiba hanno partecipato alla riunione rappresentati da persone legate alle rispettive società da rapporti di lavoro subordinato. In particolare, il rappresentante di Alliance, all'epoca dei fatti, ricopriva la carica di responsabile della Direzione Gare mentre il rappresentante di Toshiba era un responsabile di zona area vendite.

Con riferimento a Philips, il [omissis], legato alla società da un rapporto di agenzia, risulta essere stato, peraltro, esplicitamente delegato a partecipare all'incontro presso la sede di Alliance da un dipendente Philips, [omissis] (all'epoca dei fatti, capo area Philips)³⁵.

84. Per quanto concerne la società Siemens, le risultanze istruttorie dimostrano che il sig. [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM], dipendente Siemens dal 1956 al 1997, ha continuato ad agire quale rappresentante della società anche in epoca successiva e sicuramente nel corso dell'incontro tenutosi presso la sede di Alliance.

Va considerato, infatti, che nel 1997, dopo la conclusione del rapporto di lavoro col [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM], Siemens ha avviato un rapporto di agenzia in Campania con la società SG Medical SaS, la cui accomandataria è la moglie di [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] e le cui accomandanti sono le stesse figlie dell'ex dipendente (tra cui [omissis]). In virtù della sua esperienza pluridecennale nel settore, [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] risulta aver più volte affiancato la SG Medical nella sua attività di agenzia, come confermato dagli stessi rappresentanti di Siemens³⁶.

85. Che l'attività di "affiancamento" dell'ex dipendente nei confronti dei suoi congiunti, agenti Siemens, sia stata costante nel corso degli anni, è dimostrato anche dal fatto che i rappresentanti di Alliance, il 4 febbraio 2010, abbiano organizzato una riunione con Siemens, in vista della seduta finale di gara, alla quale hanno invitato a partecipare anche il sig. [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] e [socio della SG Medical]³⁷.

La presenza dei due soggetti sarebbe stata richiesta da Alliance all'insaputa dei dipendenti Siemens i quali, sorpresi di tale convocazione e, in particolare, della presenza all'incontro [del socio della SG Medical] avrebbero deciso per l'immediata risoluzione del rapporto di agenzia con la SG Medical. Non risulta agli atti, invece, alcuna iniziativa intrapresa dai rappresentanti di Siemens nei confronti del [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] che – stando a quanto sostenuto dalla Parte – avrebbe agito in qualità di *falsus procurator*.

86. In verità, l'influenza del [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] sull'attività aziendale della società Siemens risulta anche da un'altra circostanza evidenziata dalla stessa Parte nella memoria finale. Secondo i rappresentanti di Siemens, infatti, in data 23 luglio 2009 vi sarebbe stata una riunione a Napoli tra il Direttore Vendite di Siemens ed i [Direttore Gare] e [agente] di Alliance, nel corso della quale questi ultimi avrebbero proposto una *partnership* finanziaria per la fornitura di sette macchine a marchio Siemens, alla quale il Direttore Vendite di quest'ultima avrebbe, peraltro, reagito positivamente. La Parte prosegue evidenziando che la convocazione di [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] alla successiva riunione del 6 agosto 2009 sarebbe da ricondurre solo ai particolari rapporti di amicizia tra lo stesso [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] e [il Direttore Gare] di Alliance.

87. Se si ritenesse credibile la ricostruzione della Parte, si dovrebbe concludere che i rappresentanti di Alliance, dopo aver già ricevuto un responso tendenzialmente positivo dal Direttore vendite di Siemens su una proposta di *partnership* mono-marca, pochi giorni dopo, abbiano, tuttavia, ritenuto necessario convocare un soggetto asseritamente "estraneo" alla società ([rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM]) per concordare, insieme a questo ed ai rappresentanti di Philips e Toshiba, una diversa proposta di *partnership*, stavolta multi-marca.

La pretestuosa ricostruzione della Parte, dunque, confermerebbe, più che screditare, la circostanza che il [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] era dotato, forse più del Direttore Vendite Siemens, del potere di influire sulle strategie della società. A meno di non voler considerare del tutto irrazionale e/o illogico il comportamento commerciale dei rappresentanti di Alliance Medical, infatti, solo tale consapevolezza può spiegare il fatto che, pur avendo già intrattenuto contatti con il Direttore vendite di Siemens (secondo quanto sostenuto dalla Parte), questi abbiano ritenuto più opportuno o, addirittura, decisivo, convocare alla riunione presso la loro sede, il [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM].

88. In realtà, al di là del rapporto formale non più esistente tra la società Siemens e [rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM] all'epoca dei fatti, il fatto che questi continuasse a svolgere un ruolo di primo piano nel curare gli affari della società, dato il ruolo riconosciuto dal mercato e i rapporti di parentela esistenti con i soci della SG Medical e, è incontrovertibile.

³⁵ [La circostanza è stata confermata, da ultimo, nella memoria finale Philips.]

³⁶ [Da ultimo, nella memoria finale.]

³⁷ [Sul punto si veda meglio infra nell'ambito delle argomentazioni delle Parti.]

E' evidente, in tale contesto, che egli avesse tutto l'interesse ad affiancare il mandato della società SG Medical in rappresentanza di Siemens³⁸ così come è ragionevole ritenere che la società Siemens avesse tutto l'interesse a che *[rappresentante Siemens presente alla riunione del 6 luglio 2009 presso la sede di AM]* continuasse a rappresentare la società nei confronti dei suoi interlocutori commerciali, salvo voler considerare del tutto irrazionale il comportamento dei propri principali concorrenti partecipanti all'incontro (Alliance, Philips e Toshiba).

La necessità di convalida e/o ratifica dell'accordo raggiunto nel corso della riunione

89. Le risultanze istruttorie dimostrano che lo scambio di informazioni e l'accordo concluso nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance sono stati condivisi dai vertici delle società rappresentate in seno alla stessa. La questione è stata sollevata nel corso del procedimento giacché alcune copie del verbale di incontro acquisite, in sede ispettiva, presso le sedi delle società Philips, Toshiba e Alliance, nonché la versione originale del documento fornita da Alliance nel corso del procedimento, presentano una seconda pagina contenente un inciso nel quale si legge: *"Si richiede entro il 31/08/2009 di approvare il seguente verbale in segno di validazione e conferma di quanto sopra stabilito. Automaticamente le ditte si impegnano a fornire quanto qui richiesto controfirmato dai legali rappresentanti"*. Le Parti del procedimento sostengono che tale inciso sminuisca la portata complessiva del documento dal momento che non vi sarebbe prova di una condivisione dei suoi contenuti da parte delle Direzioni aziendali.

90. L'inciso in questione sarebbe stato aggiunto a seguito contestazioni sollevate dal rappresentante di Toshiba partecipante all'incontro. Nella memoria finale, i rappresentanti di Toshiba dichiarano quanto segue: *"I rappresentanti di Alliance insistettero perché ognuno dei partecipanti firmasse il documento preparato [dipendente AM]. Il [rappresentante Toshiba] nutriva dei dubbi in quanto pensò che esso non riflettesse fedelmente la discussione appena terminata in particolare, egli esitò a firmare un documento in base al quale si sarebbe potuto pensare che Toshiba avesse suo tramite acconsentito ad offrire ad Alliance due macchine RM [...]. Alla fine, comunque, il [rappresentante Toshiba] accettò con riluttanza di firmarlo, essenzialmente per due ragioni. In primo luogo, le firme richieste dal rappresentante di Alliance vennero apposte al di sotto della dicitura "partecipanti", e attraverso l'apposizione al di sotto di una tale dicitura il [rappresentante Toshiba] pensò di stare confermando solamente la propria partecipazione alla Riunione, senza in alcun modo sottoscrivere il contenuto del documento ([rappresentante Toshiba] non voleva in alcun modo contribuire all'insorgere di un equivoco circa il fatto che fosse stato già stato raggiunto un accordo, in particolare, tra TMSI ed Alliance, per la fornitura di due macchine RM) [...]. Per ottenere che quanto discusso nel corso della Riunione (ovvero che nessun accordo era intervenuto) fosse riportato in maniera più accurata nel Verbale, e per evitare ogni fraintendimento del significato della propria firma (sotto la dicitura "I partecipanti"), [rappresentante Toshiba] chiese e ottenne che fosse aggiunta una dicitura aggiuntiva alla fine del documento che era già stato preparato da Alliance"*.

91. La discrasia esistente tra le varie versioni del documento a disposizione degli Uffici (con e senza l'inciso in questione) è, presumibilmente, da ricondurre a quanto si evince da un'e-mail interna Philips (doc. III.59) del 6 agosto 2009 inviata da *[rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di Alliance]* a *[al Direttore gare, Philips]* e *[dipendente Philips]* nella quale si legge: *"al di là di quanto riportato nell'allegato, è stato stampato un altro foglio (che per imperscrutabili motivi non sono riuscito a scannerizzare) con il seguente testo: Si richiede entro il 31/08/2009 di approvare il seguente verbale in segno di validazione e conferma di quanto qui richiesto controfirmato dai legali rappresentanti"* [segue l'indicazione delle Parti] *"che andrebbe appunto sottoscritto e rinviato. data l'impossibilità tecnica, eventualmente, credo vada bene lo stesso apporre dicitura e firma in calce al verbale stesso"*. Al di là delle differenze testuali caratterizzanti il contenuto della e-mail inviata dal *[rappresentante Philips]* rispetto all'inciso che sarebbe poi stato riportato concretamente sul documento³⁹, non è del tutto chiaro il motivo per cui il medesimo verbale di incontro, allegato all'e-mail del 22 ottobre 2009, inviata dallo stesso *[rappresentante Philips]* ad una moltitudine di soggetti, sia egualmente privo di tale inciso, nonostante sia stato inviato in epoca successiva.

92. Appare molto singolare, in tale contesto, anche la circostanza che la *cover letter* del già citato fax, reperito presso la sede di Toshiba (doc. IV.71), con cui il rappresentante di quest'ultima avrebbe trasmesso alla rispettiva direzione aziendale il verbale di accordo della riunione, indichi un numero di pagine pari a due (compresa la *cover letter*) a fronte delle tre pagine complessivamente acquisite (cover+verbale+pagina contenente l'inciso in questione).

93. Ad ogni modo, l'apparente necessità che i contenuti dell'accordo venissero successivamente ratificati dai rispettivi vertici aziendali non incide sull'imputabilità delle condotte. E' indubbio, infatti, che le società Alliance e Toshiba abbiano partecipato direttamente all'elaborazione e conclusione dell'accordo. Il rappresentante di Alliance, all'epoca dei fatti, ricopriva la carica di responsabile della direzione gare mentre il rappresentante di Toshiba era un responsabile di zona.

³⁸ *[Peraltro, si noti, per completezza, che anche dal punto di vista civilistico, la responsabilità illimitata cui è soggetto il socio accomandatario (estesa al patrimonio comune con il coniuge) rende assolutamente ragionevole l'interesse persistente di [ex-dipendente Siemens] alla gestione della società SG Medical ed alla continuità dei suoi rapporti con Siemens.]*

³⁹ *[L'inciso risultante dalle copie del documento reperito in sede ispettiva recita: "Si richiede entro il 31/08/2009 di approvare il seguente verbale in segno di validazione e conferma di quanto sopra stabilito. Automaticamente le ditte si impegnano a fornire quanto qui richiesto controfirmato dai legali rappresentanti". La differenza testuale è evidente se si considera quanto invece riportato dal rappresentante Philips nell'e-mail del 6 agosto 2009: Si richiede entro il 31/08/2009 di approvare il seguente verbale in segno di validazione e conferma di quanto qui richiesto controfirmato dai legali rappresentanti"]*

Risulta peraltro agli atti, come poc'anzi ricordato, che quest'ultimo abbia trasmesso il verbale citato, per ben due volte nel corso del mese di agosto 2009, ai vertici della società (doc. IV.71).

94. Per quanto concerne Philips, numerose sono le evidenze che dimostrano l'assoluta complicità, il parallelismo di condotte e la comunanza di interessi fra l'agente [*rappresentante Philips*] e il Direttore Commerciale, [*omissis*]. Basti considerare per tutte, l'affermazione dell'agente che dichiara, nella nota e-mail del 22 ottobre 2009, di aver appoggiato insieme a [*Direttore Commerciale Philips*], all'interno della Società, la decisione di rispettare l'accordo e quindi di sub-fornire piuttosto che partecipare autonomamente alla gara⁴⁰.

95. Per quanto riguarda Siemens, la condivisione dell'accordo da parte della compagine aziendale, risulta, in primo luogo, dalla già illustrata corrispondenza intercorsa con Alliance nel mese di agosto 2009 tra il Direttore Gare di Alliance e la Direzione Commerciale Siemens ([*omissis*]). Peraltro, la stessa Alliance ha esplicitamente confermato sia che la strategia "multimarca" è stata considerata nel corso del mese di agosto 2009 sia che le comunicazioni risultanti dalla documentazione agli atti e riferite a tale periodo hanno avuto ad oggetto i contenuti della riunione⁴¹.

I riferimenti all'accordo raggiunto sono rinvenibili anche in una e mail inviata da un dipendente Siemens ad Alliance, pochi giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Il dipendente Siemens fa presente infatti che la società "fornisce solo tre delle apparecchiature mediante acquisto diretto e non 7" (docc. V.76 e V.77). Tali dichiarazioni, come si è ampiamente chiarito in precedenza, presuppongono la piena condivisione di quanto concordato presso la sede di Alliance.

E) Il contesto di trasparenza riconducibile all'attività degli agenti

96. L'accordo raggiunto nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance si cala in un contesto di significativa trasparenza informativa riguardante le condizioni di gara, le offerte presentate dai concorrenti e, più in generale, la conoscenza generalizzata dei dati commerciali sensibili dei principali produttori di apparecchiature per la risonanza magnetica. Tale contesto di trasparenza è per lo più riconducibile al ruolo svolto dai rappresentanti delle imprese coinvolte tra i quali intercorrono, in alcuni casi, rapporti di parentela.

97. Come si ricorderà, i sig.ri [*agente Philips*], [*ex-dipendente Siemens*] e [*dipendente Toshiba*] sono generalmente riconosciuti dai propri interlocutori commerciali quali rappresentanti, rispettivamente, delle società Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Toshiba Medical Systems S.r.l. In alcuni casi, tali soggetti hanno ricoperto cariche in società di persone iscritte al ruolo dei rappresentanti di commercio. Ad esempio, la società Serena S.a.s. di [*omissis*] (già Serena S.a.s. di [*omissis*], in seguito Serena SAS) con sede a Napoli, attualmente gestita dai Sig.ri [*omissis*] ed [*omissis*] (presumibilmente legata da rapporti di parentela al [*omissis*], rappresentante Siemens), risulta sia stata gestita fino al 2006 anche da [*agente Philips*] (peraltro, in qualità di socio accomandatario fino al 2004) e [*socio accomandatario fino al 2006 ed attuale dipendente Toshiba Medical Systems S.r.l. in qualità di Account Manager per le regioni Campania e Calabria* – doc. IV.68]. L'anomalia ricollegabile alla circostanza che Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Toshiba Medical Systems S.r.l. si avvalgano di agenti esterni tra cui intercorrono contatti di vario genere è resa ancor più evidente dal fatto, ad esempio, che l'attuale sede della Ditta Individuale [*agente Philips*] corrisponde all'indirizzo di residenza della [*socio Serena SAS*] e la precedente sede della ditta individuale corrispondeva, invece, all'attuale indirizzo della sede legale di Serena SAS⁴².

98. In tale contesto può sicuramente inquadrarsi il documento reperito presso la sede di Serena SAS (VII.97-ter) costituito da più fogli di calcolo in formato .xls, la cui paternità è da attribuire al [*agente Philips*], dai quali emerge una conoscenza approfondita delle caratteristiche tecniche dei dispositivi per la risonanza magnetica commercializzati da General Electric, Toshiba, Siemens e Philips.

L'illustrazione delle specifiche tecniche concernenti i prodotti delle varie aziende fornitrici, peraltro, è effettuata al fine di simulare il possibile punteggio ottenibile da ciascuna di queste, nell'ipotesi di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA., alla luce dei criteri di aggiudicazione elaborati dalla stazione appaltante⁴³). Tale circostanza è ragionevolmente desumibile dal raffronto tra le griglie contenute nel file .xls citato ed il disciplinare della gara pubblicato da SORESA (in particolare, all'articolo 2 del disciplinare di gara).

Le simulazioni effettuate da [*agente Philips*], infatti, presuppongono la conoscenza delle specifiche tecniche delle apparecchiature commercializzate da Philips e dai concorrenti e confermano, per tale via, la compatibilità di dette apparecchiature con i requisiti tecnici richiesti dal bando e dal capitolato.

⁴⁰ [*Philips, peraltro, non solo era informata dell'incontro programmato da Alliance, ma aveva a tal fine espressamente delegato l'agente [omissis] per rappresentarla in sede allo stesso. Il fatto che la società fosse, inoltre, a conoscenza dei termini dell'accordo raggiunto in tale sede emerge da numerosi documenti e, in particolare, da un'e-mail interna (doc. n. III.63) inviata il 7 settembre 2009 da [Direttore Commerciale Philips] a dipendenti della Direzione Commerciale e ad altri dipendenti (tra cui anche l'agente, [omissis], in cui si legge: "[...] Rimane aperta la sola soluzione di rivendita ad Alliance delle apparecchiature per il Cardarelli".]*

⁴¹ [*Memoria finale Alliance, pagg. 10 e 14.*]

⁴² [*Fonte: Cerved*]

⁴³ [*Doc. VII.97-ter (allegati al verbale di ispezione presso la sede di Serena SaS. Tale circostanza è ragionevolmente desumibile dal raffronto tra le griglie contenute nel file .xls citato ed il disciplinare della gara pubblicato da SORESA. Le simulazioni effettuate da [agente Philips], infatti, presuppongono la conoscenza delle specifiche tecniche delle apparecchiature commercializzate da Philips e dai concorrenti.]*

VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

99. Le censure operate dalle Parti nel corso del procedimento e nelle memorie finali riguardano, sostanzialmente, alcuni aspetti di carattere procedurale ed altri relativi, invece, al merito delle condotte contestate.

Tutte le eccezioni sollevate verranno qui di seguito sinteticamente richiamate e suddivise per macrocategorie ad eccezione di alcune contestazioni mosse soltanto da alcune delle parti (in termini di imputabilità soggettiva delle condotte contestate) che per la loro specificità verranno esaminate singolarmente.

Violazione dell'articolo 101 del TFUE ed errata definizione del mercato rilevante

100. Alcune Parti del procedimento (Toshiba e Siemens) hanno contestato il riferimento all'articolo 101 del Trattato quale base giuridica per la contestazione dell'infrazione oggetto del procedimento. In particolare non sarebbe ravvisabile nel caso di specie, né sarebbe stato adeguatamente motivato dagli Uffici, il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri. La presunta condotta collusiva avrebbe avuto ad oggetto la gara SO.RE.SA, idonea, secondo gli Uffici, ad individuare il mercato rilevante, senza che sia stata fornita dimostrazione del fatto che le condotte fossero idonee ad avere un impatto significativo sul commercio fra gli Stati membri.

Le Parti del procedimento, peraltro, contestano la stessa individuazione del mercato rilevante. I dati utilizzati nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie in relazione ai settori e al mercato interessati con particolare riferimento alle quote detenute dalle Parti sarebbero risalenti e, peraltro, riconducibili a fonti non ben individuate.

Collocazione temporale dell'incontro e rilevanza della stessa

101. Tutte le parti del procedimento⁴⁴ affermano che la riunione presso la sede di Alliance si sarebbe tenuta il 6 agosto 2009 e non il 6 luglio 2009, come erroneamente riportato nel verbale della riunione citata. In tal senso le parti osservano che la documentazione prodotta a sostegno di tale tesi non sarebbe stata adeguatamente valutata dagli Uffici.

A detta delle parti la ricostruzione effettuata nelle memorie difensive sarebbe più plausibile di quella contenuta nella CRI data la presenza di dichiarazioni conformi e convergenti di tutte le parti del procedimento e l'assenza nel fascicolo istruttorio di ulteriori documenti idonei a comprovare una tesi contraria diversi dal verbale della riunione e dall'e-mail a cui il verbale è allegato.

102. Philips, a questo riguardo, ha fornito le dichiarazioni di *[agente Philips partecipante all'incontro presso la sede di AM]* e del *[capo area Philips]* nelle quali, gli stessi, avrebbero confermato il 6 agosto come data effettiva dell'incontro. Il *[agente Philips partecipante all'incontro presso la sede di AM]*, artecipante all'incontro, avrebbe riferito in particolare che *"il verbale dell'incontro in possesso dell'Autorità contiene un errore materiale relativamente all'indicazione della data posto che, come detto, l'incontro si è tenuto in data 6 agosto 2009 e non 6 luglio 2009. Tale errore può essere spiegato alla luce delle modalità di predisposizione e sottoscrizione del suddetto verbale. Più precisamente, per quel che ricordo, il verbale è stato redatto durante la riunione [dipendente] di Alliance medical srl; al termine della riunione, evidentemente dopo aver già apposto l'erronea data, mentre noi tutti ci preparavamo a lasciare la sede di Alliance Medical, [dipendente] si è recata in altra stanza a ritirare le stampe che aveva nel frattempo lanciato, sottoponendole allora alla nostra firma (eravamo già tutti all'in piedi) prima che uscissimo; ii) che anche nella propria comunicazione e-mail, inviata in data 22 ottobre 2009 ad alcuni destinatari interni ed esterni a Philips, anche essa agli atti del procedimento, si riscontrano alcuni errori materiali nelle parti dei riferimenti alla data del "6 luglio", errori dovuti ad una scrittura frettolosa della detta e-mail, avvenuta, peraltro, a distanza di mesi dalla data dell'incontro in questione ed avendo sottomano il verbale dell'incontro, contenente, come detto, un'indicazione erronea della data"* (doc. VIII.122-bis e memoria finale).

103. In aggiunta, i rappresentanti di Philips hanno fornito copia di alcune e-mail interne (una da *[capo area Philips]* a *[Direttore Vendite Italia Philips]* del 7 agosto 2009 e un'altra da *[capo area Philips]* a *[Direttore Vendite Italia Philips]* del 25 agosto 2009) nelle quali sarebbero rinvenibili riferimenti espliciti al fatto che la riunione si sarebbe tenuta in data 6 agosto 2009 (Allegati alla memoria Philips del 6 luglio 2010 in doc. IX. 145).

104. Analogamente, i rappresentanti di Toshiba hanno depositato alcuni documenti dai quali si dovrebbe evincere che il 6 luglio 2009 *[rappresentante Toshiba partecipante all'incontro presso la sede di AM]* avrebbe partecipato ad una riunione a Nocera e non presso gli uffici di Alliance a Roma. Si tratta, in particolare, delle ricevute di alcuni pagamenti che sarebbero stati effettuati dallo stesso *[rappresentante Toshiba]* in data 6 luglio 2009 in località incompatibili con la sua presunta presenza a Roma nella stessa giornata. Tali ricevute sono, inoltre, corredate dall'estratto conto del 31 luglio 2009 inviato dalla filiale bancaria a Toshiba Medical Systems in cui figura l'indicazione *"titolare [omissis]"* (allegato sub 2 alla memoria finale).

105. Tutte le parti ritengono, inoltre, che l'esatta datazione dell'incontro sia rilevante sia ai fini della configurazione dell'illecito che della determinazione della durata della presunta violazione della concorrenza. Infatti, già prima del 6 agosto 2009, tutte le società partecipanti alla riunione, avrebbero autonomamente assunto le proprie decisioni strategiche in relazione alla partecipazione alla gara Sorsa.

⁴⁴ *[Con particolare riferimento a Siemens, i rappresentanti della società si limitano ad aderire, in relazione alla collocazione temporale dell'incontro, a quanto emergerebbe dalle dichiarazioni e dalla documentazione fornita dalle altre parti del procedimento, in quanto Siemens non sarebbe a conoscenza dei dettagli relativi alla riunione perché non avrebbe partecipato direttamente alla stessa.]*

106. Philips, in particolare, evidenzia che partecipazione diretta era stata esclusa già prima del 6 agosto 2009 e, in particolare, nel corso di due riunioni interne del 13 e 20 luglio 2009 (cui si riferiscono, peraltro, i doc. III.58 e III.61) . La gara, infatti, presentava numerose criticità riconducibili al fatto che SORESA era nota come un soggetto con ridotta affidabilità creditizia, che la formula prevista dal bando era di acquisto più noleggio e che, dunque, Philips sarebbe stata costretta a partecipare in ATI con un partner finanziario per la quota in locazione. Inoltre, l'importo a base di gara non era in alcun modo sufficiente a coprire i costi di Philips e, pertanto, l'unica offerta possibile sarebbe stata in perdita. Tanto varrebbe dimostrare che in occasione della gara oggetto del procedimento la decisione della società di non partecipare direttamente alla stessa è avvenuta in maniera autonoma ed è stata frutto di un processo valutativo interno alla società, non influenzato in alcun modo dall'incontro con Alliance e i concorrenti.

Soltanto il [agente Philips] continuava a valutare la possibile partecipazione di Philips alla gara tentando di convincere i vertici della società in tal senso (come risulterebbe dai doc. III.61 e doc. III.58). La società, pur avendo deciso di non partecipare alla gara, ha continuato a inviare richieste di informazioni a Soresa per evitare che i concorrenti ritenessero Philips fuori dai giochi e, allo stesso tempo, sperando in modifiche del capitolato di gara che fossero tali da consentire la presentazione di un'offerta autonoma, ha continuato a ricercare un *partner* finanziario.

107. La stima del [agente Philips] (contenuta nel foglio "presentazione" di cui al doc. VII.97-ter) che gli Uffici interpretano quale prova della convenienza della partecipazione alla gara secondo l'agente, in realtà, sarebbe stata un'idea dell'agente stesso, contraria, tuttavia, al codice etico Philips. L'idea dell'agente sarebbe stata, in sostanza, quella di presentare in gara un'offerta "anomala" (economicamente non sostenibile) per poi tentare di recuperare la perdita attraverso le cd. spese fuori offerta (non previste inizialmente nel bando e applicando a queste prezzi che permettessero di recuperare la perdita iniziale). Tale strategia sarebbe stata del tutto incompatibile con i principi aziendali e il codice etico Philips.

108. Anche la società Toshiba ha rappresentato che, con riferimento alla gara Soresa, la società aveva già deciso, a seguito di una riunione interna del 2 luglio 2009, di non partecipare. Toshiba, infatti, per costante politica aziendale, non fornisce apparecchiature a noleggio, ragion per cui, la partecipazione alla gara richiedeva l'individuazione indispensabile di un partner finanziario. Dalla simulazione del [rappresentante Toshiba], fornita da Toshiba nel corso del procedimento⁴⁵, discussa nel corso della citata riunione del 2 luglio risulta non solo il rifiuto già ricevuto da alcune società di *leasing* (risultante da alcuni appunti manoscritti dal [dipendente Toshiba partecipante alla riunione interna del 2 luglio 2009] - Toshiba) ma anche la assoluta non convenienza della eventuale partecipazione in considerazione dell'importo a base d'asta. Ragion per cui, secondo i rappresentanti di Toshiba, la riunione durò pochi minuti dopodiché si decise definitivamente di non partecipare alla gara.

109. Analogamente, Siemens ha evidenziato che già nel corso di una riunione del 9 luglio presso la sede di Napoli di Siemens si era raggiunta la decisione di non partecipare alla gara, sia perché l'importo a base d'asta non era stato considerato remunerativo sia perché il noleggio di alcune (quattro) delle macchine complessivamente richieste (com'era previsto dal bando SORESA) avrebbe comportato rischi eccessivi dal punto di vista finanziario. Successivamente, sarebbe pervenuta un'offerta da Alliance di *partnership* per la partecipazione alla gara, pur non raggiungendo immediatamente un accordo sulla forma giuridica da assegnare a tale "collaborazione".

La documentazione agli atti darebbe conto, infatti, di una dialettica instauratasi tra Siemens ed Alliance tra la fine di agosto e gli inizi di Settembre 2009 in merito alla possibilità di partecipare in ATI ovvero fornire tutte le RM ad Alliance, ma sempre per tutte e sette le macchine richieste dal bando.

110. Nello stesso senso anche Alliance che, con memoria allegata al verbale di audizione del 18 giugno 2010 (doc. IX.143) evidenzia che tutte le società convocate e presenti all'incontro del 6 agosto 2009 avevano espressamente evidenziato di aver già abbandonato l'ipotesi di una partecipazione diretta alla gara.

Impossibilità di imputare le eventuali condotte illecite alle società parti del procedimento

111. Tutte le parti del procedimento hanno contestato l'imputabilità alle rispettive società delle condotte contestate in quanto alla riunione sarebbero state presenti solo persone fisiche sprovviste del potere di rappresentare le aziende e vincolarle ai contenuti di un presunto accordo.

112. In particolare, Alliance e Toshiba affermano che i partecipanti alla riunione, pur essendo dipendenti delle rispettive società, non erano titolari del potere di vincolare la società in quanto privi del potere di rappresentanza.

Analogamente Philips, pur non disconoscendo il contratto di agenzia in essere con il [rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di AM] all'epoca dei fatti, sottolineano che lo stesso non disponeva di alcun potere di rappresentanza della società non potendo, pertanto, sottoscrivere alcun accordo idoneo a vincolare la società stessa.

113. I rappresentanti di Siemens disconoscono totalmente tutto quanto contenuto nella Comunicazione delle risultanze istruttorie con riferimento ai rapporti tra [rappresentante Siemens partecipante all'incontro presso la sede di Alliance] e la società. Essi dichiarano di aver avuto conoscenza del verbale in data 4 febbraio 2010 nel corso di una riunione presso la sede di Alliance in vista della seduta finale di gara. Peraltro, l'inattesa presenza a tale riunione di [rappresentante Siemens partecipante all'incontro presso la sede di Alliance] e della figlia, [omissis], amministratrice della società SG Medical (agente Siemens) ha indotto Siemens ad interrompere immediatamente il rapporto di agenzia con la SG Medical citata.

⁴⁵ [all. 5 a memoria Toshiba in doc. IX.148.]

114. Tutte le Parti del procedimento contestano la natura vincolante del documento anche sotto altro profilo. La presenza dell'inciso contenuto nella seconda pagina del verbale dell'incontro testimonierebbe la necessaria successiva ratifica di quanto concordato dai partecipanti da parte dei vertici aziendali. A detta delle parti, non ci sarebbe alcuna prova a sostegno di un successivo recepimento dell'accordo da parte delle società.

La reale natura del presunto accordo e la sua inidoneità a produrre effetti restrittivi

115. Alcune Parti del procedimento sostengono che la CRI abbia erroneamente interpretato il contenuto dell'incontro tenutosi presso la sede di Alliance. In particolare, non si tratterebbe di un accordo ripartitorio di natura orizzontale, ma di una semplice proposta di fornitura avanzata da Alliance ai propri clienti abituali, integrante un accordo di natura verticale tutt'altro che illecito. Partendo dal presupposto che, alla data dell'incontro, le società produttrici avessero già escluso perentoriamente la possibilità di partecipazione autonoma alla gara, la proposta di Alliance – maldestramente formulata in presenza di più produttori concorrenti – si spiegherebbe alla luce dei normali rapporti di fornitura relativi a dispositivi elettromedicali e servizi sanitari già intrattenuti in precedenza tra ciascun produttore e Alliance. In altri termini, l'incontro avrebbe avuto ad oggetto unicamente un possibile rapporto fornitore-cliente.

116. Le parti del procedimento ed, in particolare, Toshiba, Alliance e Siemens sostengono che, pur a voler ammettere che nel corso della riunione si fossero esplorate possibili opzioni di partecipazione alla gara SO.RE.SA., le determinazioni raggiunte nel corso dell'incontro erano, per diversi motivi, totalmente inidonee a dar vita ad un'offerta potenzialmente ricevibile/valutabile dalla stazione appaltante. L'esito della gara e, in particolare, l'esclusione dell'offerta presentata dal Raggruppamento costituito da Alliance, Siemens e Technoproject per irregolarità concernenti l'offerta economica confermerebbe tale assunto.

117. Toshiba, in particolare, adduce a sostegno di tale tesi anche la circostanza che le macchine per la RM di ultima generazione prodotte dalla società, non disponessero delle specifiche tecniche richieste dal bando e dal capitolato SO.RE.SA, con la conseguenza che qualsiasi accordo per la fornitura di macchine Toshiba sarebbe stato impossibile per l'oggetto. A conferma di ciò, i rappresentanti della società hanno trasmesso una perizia giurata a firma del [omissis], esperto qualificato di diagnostica per immagini e tecnologia della risonanza magnetica, dalla quale risulterebbe che i requisiti del modello di RM Toshiba Atlas ZGV non risultassero rispondenti a quanto richiesto dal bando di gara. Secondo i rappresentanti di Toshiba, infine, tale circostanza sarebbe comprovata dalle dichiarazioni di Alliance in atti che, nella memoria depositata in data 18 giugno 2010⁴⁶, evidenziano che nel corso di una riunione interna del 25 agosto 2009 sarebbe emerso che *“le caratteristiche tecniche di dettaglio della unità Toshiba non rispondevano al capitolato e che le condizioni tecnico-economiche proposte da Philips non erano convenienti”*.

118. I rappresentanti di Alliance evidenziano, sul punto, che già lo stesso modello di offerta illustrato nel corso della riunione era stato oggetto, internamente all'azienda, di numerose perplessità sulla possibilità che una eventuale offerta potesse essere validamente ricevuta dalla stazione appaltante. Il bando e il capitolato, infatti, contemplavano solo un modello di noleggio “tradizionale” che non contemplava il modello di pagamento cd. *pay-per-use*.

L'erronea ricostruzione dei fatti per quanto concerne i rapporti tra Alliance e Siemens

119. I rappresentanti di Siemens, oltre a disconoscere il contenuto del verbale di incontro e a negare qualsiasi rapporto che leghi la società e [il rappresentante di Siemens partecipante all'incontro presso la sede di AM], sostengono che tutte le evidenze in atti, riguardanti contatti tra Siemens e Alliance, testimonino un progetto di *partnership* discusso per la prima volta il 23 luglio a Napoli tra le due aziende che contemplava una collaborazione mono-marca in relazione alla partecipazione alla gara SO.RE.SA. Un elemento a sostegno di tale tesi sarebbe costituito dal fatto che in atti, oltre al verbale di incontro, non vi sarebbe più traccia del [ex-dipendente di Siemens], partecipante alla riunione in qualità di presunto rappresentante di Siemens.

Rapporto di specialità tra legge penale e legge antitrust

120. I rappresentanti di Toshiba hanno evidenziato che in relazione alla fattispecie oggetto di contestazione sarebbe ravvisabile un concorso *eterogeneo di norme tra l'articolo 101 TFUE e l'articolo 353 c.p.* A tal fine, essi evidenziano che il concorso eterogeneo di una disposizione di carattere penale e di una violazione amministrativa dovrebbe inevitabilmente risolversi nella dichiarazione di incompetenza in relazione al caso di specie da parte dell'Autorità con conseguente trasmissione degli atti del procedimento all'Autorità Giudiziaria competente (in base al principio di specialità, come da ultimo specificato nella sentenza n. 1963, depositata il 21 gennaio 2011, dalle Sezioni Unite Penali della Suprema Corte di Cassazione).

Negata libertà dei mezzi di prova: la corrispondenza informatica interna prodotta dalla parti successivamente allo svolgimento dell'attività ispettiva

121. Alcune parti del procedimento hanno contestato la mancata valutazione e/o l'insufficiente motivazione della stessa in relazione alla documentazione informatica interna aziendale prodotta come prova dello svolgimento della riunione in data 6 agosto 2009. Infatti, ai documenti citati, forniti dalle parti successivamente all'attività ispettiva svolta presso le sedi delle aziende coinvolte, non potrebbe negarsi un pieno valore probatorio salvo avviare un

⁴⁶ [in allegato al verbale di audizione, doc. IX. 143]

procedimento sanzionatorio per violazione dell'obbligo di collaborare a cui sono per legge tenute tutte le parti di un procedimento *antitrust*.

Collaborazione

122. Alliance, Toshiba e Siemens, nell'ipotesi in cui l'Autorità ritenga comunque sussistenti i profili di infrazione contenuti nel provvedimento di avvio di istruttoria, hanno chiesto una riduzione dell'eventuale sanzione in virtù della collaborazione prestata nel corso del procedimento e, in particolare, riconducibile all'attuazione degli impegni proposti nel corso del procedimento ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90, nonostante gli stessi siano stati ritenuti, in data 10 novembre 2010, inadonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria.

VII. VALUTAZIONI

123. Le risultanze istruttorie dimostrano che le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l., hanno adottato un insieme di comportamenti integranti un'intesa vietata ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Non sussistono elementi idonei, invece, a configurare un coinvolgimento della società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l. nell'elaborazione delle strategie di coordinamento oggetto del procedimento.

124. In particolare, le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. risultano aver alterato le normali dinamiche competitive che avrebbero dovuto caratterizzare l'elaborazione delle strategie di partecipazione alla gara bandita dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. in data 17 giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica. Lo scambio di informazioni e il conseguente accordo concluso nel corso di una riunione precedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, tenutasi presso la sede di Alliance, hanno influenzato significativamente la decisione di ciascuna impresa partecipante sull'atteggiamento strategico da adottare in relazione alla gara.

125. Le risultanze istruttorie hanno dimostrato che la decisione di Philips e Toshiba di partecipare o meno alla gara è stata condizionata dall'esistenza di un accordo che avrebbe garantito ad entrambe di partecipare pro-quota all'aggiudicazione della fornitura, evitando il confronto competitivo. In tale contesto, anche la decisione di Alliance e Siemens di costituire un R.T.I. per partecipare alla gara è il risultato della totale alterazione del meccanismo concorrenziale. La scelta di Siemens di partecipare o meno alla gara è stata, infatti, condizionata dall'esistenza di un accordo che, evitando il confronto competitivo con i principali concorrenti presenti alla riunione, le assicurava al contempo, di essere garantita dall'eventuale insolvenza della stazione appaltante.

126. L'intesa in questione trae origine da una riunione tenutasi presso la sede di Alliance e testimoniata dal verbale di incontro in atti, datato 6 luglio 2009, nel corso della quale sono state scambiate informazioni strategiche ed è stata decisa congiuntamente una strategia collusiva di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA il 17 giugno 2009.

Le risultanze istruttorie forniscono evidenza di quanto e in quale misura l'incontro testimoniato dal verbale citato abbia inciso e alterato l'elaborazione delle strategie delle imprese relative alla determinazione delle modalità di partecipazione alla gara.

127. L'intesa oggetto di valutazione presenta il carattere della consistenza in quanto coinvolge le principali imprese attive nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica e servizi accessori, la cui concertazione è stata idonea ad alterare il confronto concorrenziale nel contesto della gara, di rilevanza comunitaria, bandita da SO.RE.SA per l'acquisto ed il noleggio di sette apparecchiature per la risonanza magnetica destinate a diverse strutture sanitarie della Regione Campania.

L'intesa in oggetto, peraltro, è suscettibile di pregiudicare i vantaggi di efficienza ricollegabili al processo di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale, di cui SO.RE.SA. è espressione⁴⁷. La centralizzazione degli acquisti, infatti, dovrebbe essere finalizzata ad impedire le distorsioni ricollegabili all'espressione di eventuali "preferenze" in relazione ad uno o più fornitori, da parte di ciascuna struttura sanitaria coinvolta dall'acquisto centralizzato (circostanza, peraltro, verificatasi, nel caso di specie, con riferimento alla gara bandita da SO.RE.SA.⁴⁸).

128. Di seguito, saranno oggetto di valutazione tutti i profili dai quali è ragionevole desumere che le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l., abbiano alterato il confronto concorrenziale nell'ambito della gara bandita da SO.RE.SA, tenendo anche conto di quanto argomentato dalle stesse nel corso del procedimento.

⁴⁷ [La costituzione della SO.RE.SA., infatti, si inquadra nel "sistema a rete" delle centrali d'acquisto operante nel più ampio contesto del Sistema Nazionale di e-procurement, introdotto dalla legge n. 296 del 27 dicembre 2006, per la razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale. Per l'attuazione dell'obiettivo l'art. 1 comma 457 della Legge Finanziaria 2007 prevede che "le centrali regionali e la Consip S.p.A. costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi" mediante la cooperazione di numerosi soggetti istituzionali che, nel rispetto dei diversi modelli giuridici regionali adottati o da adottarsi in tema di centralizzazione degli acquisti, operano secondo un progetto integrato a molteplici stadi in relazione alle diverse realtà territoriali.]

⁴⁸ [I rappresentanti di Alliance, infatti, hanno esplicitamente ammesso di aver interpellato le strutture sanitarie interessate dalla gara "centralizzata" bandita da SO.RE.SA. per verificare eventuali preferenze nei confronti di specifici marchi di tomografi e, in base ai risultati ottenuti, convocato i diversi fornitori alla riunione presso la loro sede (memoria infraprocedimentale Alliance del 18 giugno 2010 cit. in atti, e memoria finale Alliance).]

A) L'accordo ripartitorio testimoniato dal verbale datato 6 luglio 2009

129. Le evidenze in atti hanno chiarito il contenuto dell'accordo raggiunto dai partecipanti alla riunione tenutasi presso la sede di Alliance il 6 luglio 2009, volto ad elaborare una strategia collusiva di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA suscettibile di evitare il confronto concorrenziale tra le società coinvolte e assicurare a ciascuna di queste una quota di fornitura. In assenza di prova contraria e alla luce della data indicata in epigrafe al verbale di incontro, si ritiene che l'accordo sia da ricondurre alla riunione tenutasi presso la sede di Alliance il 6 luglio 2009.

130. La discussione, come testimoniato dal verbale di incontro fornito dal segnalante e reperito presso la sede di Alliance, Philips e Toshiba (docc. I.1, II.7, III.59, IV.71) si è svolta in due fasi successive. In primo luogo, i rappresentanti delle società produttrici partecipanti all'incontro indetto da Alliance hanno fornito indicazioni sulle valutazioni già effettuate internamente da ciascuna società in relazione alla possibile strategia da adottare in ordine alla gara SO.RE.SA.

Dal verbale, infatti, risulta che il dott. [omissis], rappresentante della società Philips, *"non esclude la possibilità di fare offerta da capitolato e partecipare direttamente alla gara"*, il [omissis], agente Siemens, *"esclude la partecipazione diretta"*, il [omissis], agente Toshiba, *"ritiene fortemente critica la partecipazione alla gara sebbene non esclusa la possibilità alla partecipazione stessa"*. Oltre ai predetti agenti, risultano aver partecipato alla riunione anche i Sigg.ri [omissis], tutti dipendenti di Alliance Medical.

131. Una volta acquisite tutte le informazioni relative alle possibili strategie delle società produttrici si è passati a disciplinare, con estremo dettaglio, le modalità di partecipazione alla gara, assicurando a ciascuna società produttrice una quota della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica oggetto della gara.

Nel verbale, infatti, si legge: *"i presenti concordano al termine di una discussione: - 3RM fornitura Siemens (che parteciperà in ATI con AM), A) 1 RM noleggio Philips, B) 1 RM noleggio Toshiba, C) 1 RM noleggio Philips, D) 1 RM noleggio Toshiba, OPZIONALI, E) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore, F) 1 RM noleggio a scelta dell'utilizzatore"*.

132. L'accordo prevedeva, pertanto, che delle sette apparecchiature per la risonanza magnetica richieste dal bando, tre sarebbero state fornite da Siemens che avrebbe partecipato in A.T.I. con Alliance e le restanti quattro sarebbero state formalmente offerte da quest'ultima che ne avrebbe acquistate, in sub-fornitura, due da Philips e due da Toshiba. Philips e Toshiba, pertanto, certe di poter contribuire alla fornitura di due apparecchiature ciascuna avrebbero, di conseguenza, rinunciato a partecipare direttamente alla gara.

133. L'accordo prevedeva anche un criterio di abbinamento delle apparecchiature alle strutture sanitarie ispirato alla preferenza espressa dalla stessa ASL ovvero al rapporto di "fornitura storico" esistente con un determinato produttore. Al riguardo, le due apparecchiature fornite da Philips, ad esempio, erano destinate a sostituire altrettante macchine a marchio Philips già installate presso l'ospedale Cardarelli di Napoli.

I rappresentanti della società Alliance hanno, infatti, dichiarato che la scelta dei produttori convocati alla riunione si era basata su precedenti contatti con gli ospedali interessati per avere informazioni in merito ai tipi e marche di apparecchiature preferiti (memoria Alliance del 18 giugno 2010 in doc. IX.143). Dalle informazioni acquisite era emersa una preferenza dell'ospedale Cardarelli per apparecchiature Philips e una preferenza degli ospedali di Salerno e San Sebastiano per le apparecchiature Toshiba. Pertanto, l'accordo prevedeva espressamente che *"L'impostazione della gara sarà fatta alle seguenti condizioni: 2RM Cardarelli saranno assegnati a Philips (A) e C), 1RM Salerno Vallo della Lucania e 1RM San Sebastiano saranno assegnati a Toshiba (B) e D). [...]"* (verbale di incontro in doc. I.1).

134. L'accordo era dettagliato al punto da individuare anche la società che avrebbe partecipato in A.T.I. con Alliance e Siemens a cui sarebbero stati affidati i lavori e le opere relative all'installazione di tutte le apparecchiature. Tali lavori avrebbero potuto, inoltre, formare oggetto di un parziale subappalto ad una diversa società successivamente individuata da Alliance. Nel testo infatti, si legge: *"alla ditta [omissis] si decide di affidare opere con facoltà di subappaltare ad una seconda ditta indicata dal [agente] (Alliance Medical) alcuni lavori"*. Al riguardo, si evidenzia che la ditta *"del [omissis]"* è risultata essere, sulla base della documentazione in atti (doc. V.76), la società Technoproject s.r.l., presso la quale lo stesso svolge funzioni di Direttore Tecnico⁴⁹.

135. Il documento, infine, stabilisce le modalità operative di attuazione dell'accordo, affidando compiti a ciascuna delle società partecipanti all'incontro: *"Ciascuna ditta dovrà consegnare per quanto di sua competenza documentazione tecnica indicazione tecnica e quotazione della Gabbia Faraday, descrizione e quotazione contratti di manutenzione per sei anni ed offerta economica al [omissis] (Alliance Medical)" e "Per SIEMENS: il 25/08 AM farà avere BOZZA REGOLAMENTO ATI e richiesta documenti amministrativi al [dipendente AM]"*. In calce al documento figurano, infine, la ragione sociale di ciascuna impresa con accanto il nome del rappresentante e la relativa sottoscrizione di ognuno di questi (il documento risulta sottoscritto dai Sig.ri [omissis] (PHILIPS), [omissis] (SIEMENS), [omissis] (TOSHIBA) e [omissis] (ALLIANCE MEDICAL).

136. L'incontro è stato promosso da Alliance che, dopo aver verificato presso le stesse strutture sanitarie l'esistenza di eventuali preferenze, ha rivolto un invito ai rappresentanti delle aziende con cui aveva già intrattenuto rapporti commerciali. L'interesse dichiarato dei rappresentanti di Alliance sarebbe stato quello di proporre ai produttori un modello di *partnership* finanziaria innovativo a cui sarebbe corrisposto l'interesse dei produttori ad individuare un *partner* che li garantisse da eventuali ritardi nei pagamenti della stazione appaltante.

⁴⁹ [Fonte: CERVED.]

In realtà, le evidenze agli atti hanno dimostrato che l'incontro è andato ben al di là delle intenzioni dichiarate dalle Parti nel corso del procedimento. Il verbale sopra descritto contiene in sé tutti gli elementi sufficienti a qualificare l'intesa come illecita ai sensi dell'articolo 101 del TFUE.

137. Nel corso dell'incontro vi è stata la totale *disclosure* delle possibili strategie future di partecipazione alla gara SO.RE.SA. Il verbale illustrato dimostra, altresì, che l'accordo di natura ripartitoria ha influenzato significativamente l'autonomia decisionale delle società partecipanti in ordine al possibile atteggiamento strategico da adottare in relazione alla gara SO.RE.SA. Per Philips e Toshiba, infatti, la certezza di poter contribuire pro-quota alla fornitura nelle modalità concordate, ha costituito un elemento di artificiale alterazione del processo di valutazione della possibilità di partecipazione alla gara. Analogamente, la conoscenza delle strategie dei concorrenti e, più in generale, il contenuto dell'accordo hanno alterato la valutazione, da parte di Alliance e Siemens, delle possibili strategie di *partnership* alternative. È emblematico che la posizione di Siemens, in particolare, sulla scelta tra partecipare e non partecipare alla gara, si sia modificata proprio per effetto di quanto accaduto nel corso della riunione presso la sede di Alliance.

Il verbale di incontro, nel ripercorrere tutte le fasi della discussione tra le aziende, fornisce la dimostrazione chiara della concorde volontà dei partecipanti di sostituire un modello di collaborazione collusiva al potenziale confronto competitivo in sede di gara.

138. Come riferito da tutte le parti del procedimento, la previsione di una formula sia di acquisto che di noleggio delle apparecchiature per la risonanza magnetica richieste dal bando di gara nonché la cattiva reputazione della stazione appaltante, fa sì che tutte le società produttrici sentissero la necessità di essere garantite da un *partner* finanziario, quantomeno per la parte relativa alle apparecchiature a noleggio.

Muovendo da tale premessa, è ancor più evidente l'effetto distorsivo riconducibile ai contenuti della riunione tenutasi presso la sede di Alliance. I due produttori (Philips e Toshiba) che non escludevano fino a quel momento di partecipare direttamente alla gara (in *partnership* con finanziatori alternativi) aderiscono invece all'ipotesi di sub-fornitura mentre l'unico operatore (Siemens) che escludeva la partecipazione diretta, aderisce, invece, all'ipotesi di partecipare in alleanza con Alliance.

B) L'idoneità dell'intesa ad incidere sulle strategie commerciali delle imprese

139. Sul punto, diversamente da quanto sostenuto dalle Parti, le risultanze istruttorie dimostrano che il processo di valutazione delle possibili modalità di partecipazione alla gara SO.RE.SA., per Philips e Toshiba, non si era già concluso prima dell'incontro, indipendentemente dal fatto che questo si sia tenuto il 6 luglio ovvero il 6 agosto 2009.

Per quanto concerne Philips, alcuni documenti dimostrano inequivocabilmente che, anche successivamente al 6 agosto 2009, infatti, la valutazione di possibili modalità alternative di partecipazione è continuata ed è stata irreparabilmente inficiata dall'esistenza di un accordo con i concorrenti. L'esistenza della possibilità rappresentata dall'accordo concluso presso la sede di Alliance ha costituito un elemento di artificiale interazione con quelle che sarebbero dovute essere le valutazioni autonome di Philips in relazione alla partecipazione alla gara SO.RE.SA.

140. Le risultanze istruttorie dimostrano che Philips nel corso dei mesi di agosto e di settembre 2009 ha continuato a ricercare *partner* finanziari alternativi, salvo poi rinunciarvi, nonostante mancasse più di un mese alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (16 ottobre 2009⁵⁰), perché influenzata dalla possibilità di poter partecipare comunque alla fornitura pro-quota delle macchine in virtù dell'accordo⁵¹. Il 2 ottobre ha, infatti, inviato ad Alliance l'offerta relativa alla sub-fornitura delle due apparecchiature da offrire a noleggio (doc. II.38).

141. Il fatto che l'accordo abbia condizionato e/o comunque alterato le possibili *chances* di Philips in relazione alla gara SO.RE.SA, peraltro, è una consapevolezza acquisita tanto da Philips stessa quanto da Alliance. Il rappresentante Philips nella nota *e-mail* inviata al Direttore Gare di Alliance il 22 ottobre 2009 dopo aver scoperto che tutte le macchine offerte dall'ATI, contrariamente a quanto concordato erano prodotte da Siemens, non fa alcun segreto della circostanza che Philips, in assenza dell'accordo, avrebbe probabilmente operato scelte diverse: [*"Potrei raccontarle le difficoltà che viviamo adesso, [Direttore Commerciale Philips] ed io, dopo che abbiamo appoggiato la soluzione di offrire ad Alliance apparecchiature Philips, affinché questa le proponesse in gara (e non le dico "se" e "quanto" questo abbia influito sulla decisione di Philips di non presentare direttamente offerta), ma – è evidente – questi non sono problemi suoi"*]⁵². Del pari, il Direttore Commerciale di Alliance, preoccupato per la prevedibile reazione di Philips, inviava al Responsabile della Direzione Gare della società un *SMS* col quale lo esortava a non perdere fiducia negli impegni assunti: *"spero che [il rappresentante Philips presente alla seduta di gara del 21 ottobre 2009 nel corso della quale, per errore, era stato aperto il plico contenente l'offerta tecnica dell'R.T.I.] le abbia spiegato. Bisogna*

⁵⁰ [termine inizialmente fissato al 16 settembre 2009 e prorogato da SO.RE.SA con comunicazione del 2 settembre 2009 in atti, doc. IX.141. Pertanto, all'epoca dell'e-mail il nuovo termine per la presentazione delle offerte era noto.]

⁵¹ [In un'e-mail del 7 settembre 2009 inviata da [Direttore Gare Philips] a dipendenti della Direzione Commerciale e agli agenti (doc. n. III.63), [Direttore Gare Philips] evidenzia che "non sarà possibile partecipare alla gara SO.RE.SA in quanto sia PMC che FranFinance non hanno concesso la loro disponibilità a partecipare alla gara per finanziare la quota in locazione. Ulteriori richieste a ING Lease non hanno prodotto risultati diversi. Dobbiamo pertanto rinunciare alla partecipazione diretta alla gara. Rimane aperta la sola soluzione di rivendita ad Alliance delle apparecchiature per il Cardarelli".]

⁵² [Senza contare il fatto che, a conferma ulteriore del fatto che le valutazioni interne della società non fossero ancora terminate, nel corso della riunione presso la sede di Alliance, il rappresentante Philips aveva espressamente dichiarato che la società non escludeva la possibilità di partecipare direttamente alla gara.]

*aspettare la fine per giudicare l'I/I (sic) tutto non è semplice. Gli impegni sono ancora lì. Dica a [rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di Alliance] di aver pazienza"*⁵³.

142. Anche per Toshiba, le risultanze istruttorie dimostrano che la valutazione delle possibili modalità di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA è stata influenzata da quanto avvenuto nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance pur se questa, come sostenuto dalla Parte, si sia tenuta in data 6 agosto 2009. Un documento fornito dagli stessi rappresentanti di Toshiba nel corso del procedimento, costituito da un foglio .xls recante simulazioni di prezzo relative alla gara, dimostra che Toshiba, nonostante avesse già ricevuto alcuni rifiuti da società di *leasing*, fosse ancora in attesa di risposte da parte di operatori finanziari potenziali *partner* di gara⁵⁴. Peraltro, la stessa simulazione dei prezzi contenuta nel documento, visibile anche su un altro documento reperito in sede ispettiva (doc. IV.70) mostra la possibilità di presentare un'offerta inferiore alla base d'asta.

143. In senso conforme alle valutazioni effettuate internamente alla società Toshiba in ordine alla partecipazione alla gara SORESA, risultanti dalla documentazione citata, si pone quanto dichiarato dal [rappresentante Toshiba] in occasione dell'incontro presso la sede di Alliance. La documentazione agli atti dimostra, infatti, che il giorno dell'incontro il [dipendente di Toshiba che vi ha preso parte] non ha totalmente escluso la possibilità di una partecipazione diretta di Toshiba alla gara nonostante questa fosse ritenuta "particolarmente critica" (doc. I.1) confermando, pertanto, la circostanza che le valutazioni interne della società non fossero ancora terminate.

144. Non è condivisibile, sul punto, quanto dichiarato dai rappresentanti di Toshiba secondo i quali già nel corso di una riunione interna del 2 luglio 2009, pertanto, si sarebbe definitivamente deciso di non partecipare singolarmente alla gara SORESA. Va ritenuto, invece, che Toshiba abbia rinunciato a ricercare *partner* finanziari alternativi, nonostante mancasse più di un mese (volendo aderire alla tesi difensiva che colloca l'incontro al 6 agosto 2009) alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (all'epoca dei fatti fissato al 16 settembre 2009⁵⁵), alla luce dell'esistenza di una modalità alternativa (e meno rischiosa) consistente nella partecipazione pro-quota alla fornitura delle macchine in virtù dell'accordo raggiunto presso la sede di Alliance.

145. La prova che l'accordo abbia influito in maniera decisiva sulla scelta di Toshiba di sub-fornire piuttosto che partecipare direttamente alla gara si evince da un documento reperito, infine, presso la sede di Alliance, in cui il Responsabile della Direzione Gare di quest'ultima, il 27 agosto 2009 (e quindi successivamente all'incontro), conferiva assoluta credibilità a quanto concordato con le altre tre aziende nel corso della riunione⁵⁶. Tale circostanza è stata, peraltro, confermata da Alliance che ha ammesso di aver considerato la strategia "multimarca" (che coinvolgeva, dunque, anche Toshiba) almeno fino al 27 agosto 2009 (memoria finale Alliance).

146. Per quanto riguarda Siemens, le risultanze istruttorie dimostrano che la scelta di partecipare alla gara in ATI con Alliance è stata influenzata dall'esistenza dell'accordo. Nel corso della riunione con i concorrenti, il rappresentante di Siemens, a conoscenza come gli altri partecipanti delle valutazioni interne formulate dalla società a ridosso della pubblicazione del bando di gara dichiara espressamente che la società "esclude la partecipazione diretta" (verbale di incontro in doc. I.1)⁵⁷. In assenza dei contatti con Alliance e gli altri concorrenti, pertanto, è possibile che Siemens avrebbe deciso di non presentare offerta ovvero di partecipare alla gara con *partner* alternativi ad Alliance. Le risultanze istruttorie dimostrano, infatti, che la decisione di partecipare in ATI con Alliance è stata influenzata in misura determinante dalla conoscenza delle strategie dei concorrenti e dall'accordo concluso presso la sede di Alliance nel corso della nota riunione.

Sul punto, pertanto, non rileva quanto evidenziato dalla Parte secondo la quale la partecipazione diretta sarebbe stata già esclusa prima dell'incontro atteso che, comunque, la stessa presenza di Siemens alla riunione dimostra la volontà di valutare ipotesi alternative alla "non partecipazione alla gara".

147. Nemmeno è condivisibile la tesi secondo cui tutti i contatti tra Siemens e Alliance avrebbero riguardato quanto discusso nel corso di un incontro datato 23 luglio 2009 avente ad oggetto una proposta di partnership mono-marca a due tra Alliance e Siemens (ossia, per la fornitura di tutte e sette apparecchiature per la risonanza magnetica a marchio Siemens).

⁵³ [doc. II.45 in atti.]

⁵⁴ [Doc. IX. 148, allegato n. 5. Le annotazioni sarebbero state manoscritte dal [dipendente Toshiba] durante la riunione del 2 luglio 2009, in memoria finale Toshiba (pagg. 42-46).]

⁵⁵ [termine inizialmente fissato al 16 settembre 2009 e prorogato da SO.RE.SA con comunicazione del 2 settembre 2009 cit.]

⁵⁶ [Nell'e-mail inviata dal [il Direttore Gare di Alliance] alla [dipendente AM] si legge "partecipiamo in ATI con Siemens, [Direttore Gare Siemens] ha dei dubbi e vanno fugati anche dal punto di vista amm. Noi capogruppo. L'idea è partecipare. Incominci ad organizzarsi. mi faccia sapere come va con [Direttore Gare Siemens], si faccia vedere ferma e decisa per l'ati. Loro partecipano per la parte fornitura e noi noleggio/servizio con macchine PHI e Toshiba" (doc.II.30).]

⁵⁷ [Le prime evidenze relative all'interesse di Siemens in ordine alla gara bandita da SO.RE.SA. risalgono a pochi giorni dopo la pubblicazione del bando ed, in particolare, al 6 luglio 2009 quando il [omissis] (Direzione commerciale Siemens) trasmette al responsabile del procedimento incaricato dalla SO.RE.SA, [omissis], un'e-mail avente ad oggetto "richieste di chiarimenti procedura aperta noleggio e acquisto apparecchiature per R.M." contenente ben diciannove quesiti riguardanti la procedura bandita. In particolare, Siemens richiede chiarimenti sulle eventuali modalità di partecipazione in A.T.I., sui criteri di aggiudicazione, sull'oggetto e l'ammontare della fornitura (doc. VII.110 acquisito presso la sede di SO.RE.SA). Ciò che colpisce, in particolare, è la circostanza che Siemens rivolga alcuni quesiti relativi alle quattro apparecchiature da fornire a noleggio, il che lascia ragionevolmente intendere la sussistenza, quantomeno sino a quel momento, di un interesse di Siemens a tutta la fornitura oggetto di gara, sia in acquisto (3RM) che a noleggio (4RM).]

Tale circostanza (l'incontro del 23 luglio), infatti, oltre a non essere mai menzionata da Alliance (a differenza di quanto, invece, riferito relativamente ad un precedente incontro con GEMS⁵⁸) è contraddetta dal fatto stesso che quest'ultima, solo pochi giorni dopo, (qualora si volesse aderire alla tesi che colloca l'incontro al 6 agosto 2009) abbia convocato Siemens, insieme a Philips e Toshiba, per discutere modalità congiunte di partecipazione alla gara inequivocabilmente diverse da un'ipotesi di partnership mono-marca con Siemens.

148. L'adesione di Siemens alla strategia collusiva "multimarca" proposta da Alliance e condivisa da Philips e Toshiba risulta in modo incontrovertibile da un'e-mail del 27 agosto 2009, inviata da [Direttore Gare Alliance] al sig. [Direttore Gare Siemens] e [Siemens] in cui si legge "egregi signori ecco la lettera per la richiesta di azioni per la soresa. [Omissis] contatta pure il [Direttore Gare Siemens]", e di seguito "sarebbe opportuno che la [dipendente AM] si mettesse in contatto con [Direttore Gare Siemens] tel..... che afferma l'impossibilità da parte ns di fare un'ATI". Segue l'e-mail della [dipendente AM] a [Direttore Gare Alliance] di pari data in cui si chiedono spiegazioni sulle modalità di partecipazione alla gara alla quale [Direttore Gare Alliance] risponde "**partecipiamo in ATI con Siemens**, [Direttore Gare Siemens] ha dei dubbi e vanno fugati anche dal punto di vista amm. Noi capogruppo. L'idea è partecipare. Incominci ad organizzarsi. mi faccia sapere come va con [Direttore Gare Siemens], si faccia vedere ferma e decisa per l'ati. **Loro partecipano per la parte fornitura e noi noleggio/servizio con macchine PHI e Toshiba**" (doc. II.30, enfasi aggiunta).

In realtà, a meno che non si voglia considerare del tutto irrazionale il comportamento dei rappresentanti di Alliance, tale documento dimostra che i contatti tra quest'ultima e Siemens, intervenuti nel mese di agosto 2009, hanno avuto ad oggetto i contenuti dell'accordo concluso alla presenza dei concorrenti presso la sede di Alliance e non quanto discusso nel corso di un presunto incontro tenutosi il 23 luglio⁵⁹. Al riguardo, come già ricordato più volte, la stessa Alliance ha dichiarato che "l'eventualità di attuare la strategia "multimarca" è stata presa in considerazione [...] esclusivamente nel corso del periodo intercorrente fra la riunione del 6 agosto 2009 fino, al più tardi, al 27 agosto 2009 [...]" (memoria finale Alliance)⁶⁰.

149. In definitiva, va ritenuto che nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance, le imprese partecipanti abbiano scambiato informazioni strategiche e concordato, in ottica ripartitoria, di sostituire un modello di collaborazione collusiva alla possibile competizione in sede di gara. Pertanto, l'esatta collocazione temporale dell'incontro non è rilevante ai fini della qualificazione illecita dell'intesa posto che nessuna delle società rappresentate aveva fino a quel momento già elaborato una strategia definitiva; il che, come dimostrato dalla documentazione in atti, ha conferito all'accordo la capacità di influire, oltre ogni ragionevole dubbio, sulle strategie di partecipazione alla gara. Si ritiene che l'accordo sia da ricondurre, in assenza di prova contraria e alla luce della data indicata in epigrafe al verbale di incontro, ad una riunione tenutasi presso la sede di Alliance il 6 luglio 2009.

La collocazione temporale dell'incontro

150. Si rileva, infatti, che in atti non vi sono elementi idonei a far ritenere, in maniera incontrovertibile, che la riunione si sia tenuta il 6 agosto 2009. Al riguardo, le dichiarazioni fornite dalle Parti del procedimento così come le comunicazioni e-mail fornite da Philips e Toshiba, successivamente allo svolgimento della attività ispettive, non sono sufficienti a dimostrare che la riunione abbia avuto luogo il 6 agosto 2009, a fronte di un verbale di incontro, sottoscritto da tutti i partecipanti, datato invece 6 luglio 2009. Del tutto privi di rilievo nondimeno sono gli scontrini e altre evidenze di pagamenti riconducibili al rappresentante di Toshiba e incompatibili con una sua presenza in Roma il 6 luglio 2009. Tale documentazione, infatti, di per sé non è idonea ad escludere la presenza del rappresentante Toshiba ad una riunione presso la sede di Alliance, il 6 luglio 2009.

In particolare, la presunta ricevuta del parcheggio riporta il numero di targa dell'autoveicolo noleggiato dalla società ed affidato al [rappresentante Toshiba presente all'incontro presso la sede di AM] ed è datata 6 luglio ma senza indicazione dell'anno. Ad ogni buon conto, anche qualora la stessa si riferisse proprio al 6 luglio 2009 (!?), ciò non proverebbe comunque il fatto che fosse proprio il [rappresentante Toshiba] alla guida di quell'autoveicolo. Stesse considerazioni con riferimento agli scontrini di pagamento dei pasti e la relativa lista movimenti della carta di credito che, benché riferiti al [rappresentante Toshiba], potrebbero essere stati effettuati da chiunque in possesso di quella specifica carta di credito aziendale Toshiba.

151. Per quanto concerne, invece, la comunicazione interna Philips del 7 agosto 2009 ed il riferimento alla riunione di "ieri a Roma presso la sede di Alliance Medical" (allegata alla memoria infraprocedimentale del 6 luglio 2010, in doc. IX.145 e riproposta con comunicazione prot. 40455 del 18 luglio 2011) da cui dovrebbe evincersi che la riunione si sarebbe tenuta il 6 agosto 2009, vanno svolte le seguenti considerazioni.

⁵⁸ [Memoria finale Alliance, pag. 10.]

⁵⁹ [Gli stessi rappresentanti di Alliance hanno dichiarato che la documentazione risalente al mese di agosto 2009 "relativa a corrispondenza interna o tra le aziende contiene solo pochissimi accenni alla riunione" (memoria finale, pag. 14)]

⁶⁰ [In tal senso vanno lette le altre comunicazioni tra Alliance e Siemens risalenti al mese di agosto 2009. In un e-mail inviata il 25 agosto 2009, da Alliance ([omissis]) a Siemens ([omissis]) si legge "a seguito delle vs adesione e decisione di partecipare in ATI per le 7 MRI di cui le 3 in acquisto a favore di Siemens, desideriamo richiedervi di predisporre tutto quanto richiesto dal capitolato di gara per questi sistemi ...[...]. Per i lavori riconfermiamo l'incarico alla vostra [agente Siemens] perché identifichi e faccia eseguire alle imprese prima della fine del mese la valutazione per l'installazione di tutte e sette le MRI previste in gara più le 2 eventuali a completamento" (doc. II.23).]

La comunicazione in oggetto contiene alcune incongruenze inidonee ad escludere che la stessa possa essere considerata pienamente attendibile ai fini dell'esatta collocazione temporale dell'incontro. Una prima contraddizione è rappresentata dalla circostanza che [omissis] riferisca al Direttore Vendite Italia di Philips la circostanza che General Electric sarebbe stata invitata alla presunta riunione del 6 agosto 2009 benché assente. Tale circostanza, oltre a non essere menzionata da GEMS nella segnalazione del 20 gennaio 2010⁶¹, è infatti, stata perentoriamente esclusa dalla stessa Alliance, sin dall'audizione del 18 giugno 2010 e, da ultimo, nella memoria finale. Secondo i rappresentanti di Alliance, infatti, la riunione sarebbe stata convocata con i produttori nei confronti dei quali le strutture sanitarie avevano espresso le loro preferenze (Philips e Toshiba) e proprio *"per contrastare la posizione di forza di GE che si era aggiudicata già numerose gare per la fornitura di apparecchiature elettromedicali"* (doc. IX.143 e memoria finale Alliance).

152. Del pari, non pare confermata la circostanza che lo stesso [capo area Philips], come riferirebbe nell'e-mail del 25 agosto 2009 che segue a quella già citata del 7 agosto, avrebbe avuto contatti esclusivi con Alliance, nelle persone [omissis] e del [omissis] (entrambi dipendenti Alliance). Le risultanze istruttorie hanno, infatti, dimostrato che i principali contatti con Alliance sono stati gestiti principalmente dall'agente Philips, [omissis] congiuntamente al Direttore Gare, [omissis] con il Direttore Gara di Alliance, [omissis] e [dipendente AM]. Gli stessi rappresentanti di Alliance hanno evidenziato di aver inviato via e-mail a Philips *"all'attenzione del [Direttore Gare Philips] e del [agente Philips], una richiesta di offerta economica per l'acquisto di macchine per la risonanza magnetica"*⁶² senza mai coinvolgere né menzionare un soggetto ([capo area Philips]) che, stando a quanto riportato nell'e-mail, dovrebbe aver avuto invece un ruolo centrale.

Va rilevata, infine, un'ulteriore circostanza che lascia fortemente dubitare dell'attendibilità delle circostanze evidenziate nel testo dell'e-mail. L'autore della mail, nel riportare i contenuti della riunione, fa riferimento ad un *"verbale"* allegato (che dovrebbe essere per l'appunto il noto verbale di riunione) che, tuttavia, non compare in calce alla copia cartacea dell'e-mail. Ciò nonostante, il destinatario della stessa (dott. [omissis], Direttore Vendite Italia Philips), nell'evidenziare in risposta a [capo area Philips] che *"la data del verbale è del 6.7.09"* (volendo far intendere il presunto errore di datazione) sembra aver preso visione di un allegato che non risulta, invece, abbia ricevuto o, quantomeno, non in allegato a quella e-mail.

153. Secondo le dichiarazioni dei rappresentanti di Philips, l'erronea datazione del verbale di incontro sarebbe da ricondurre al fatto che lo stesso sarebbe stato stampato e sottoscritto in modo frettoloso mentre tutti i partecipanti alla riunione erano già in procinto di lasciare la sede di Alliance. Tuttavia, tale ricostruzione è in contrasto con alcune dichiarazioni di Toshiba che ricostruisce invece la fase conclusiva della riunione come momento di forte dibattito tra i partecipanti proprio in ordine al testo ed alla necessità della sottoscrizione del verbale (al punto da arrivare a richiedere l'aggiunta di seconda pagina, sulla quale si tornerà *infra*). Laddove si ritenesse maggiormente aderente alla realtà la versione dei fatti fornita dai rappresentanti di Toshiba apparirebbe ancor più anomalo il fatto che, nell'ambito di tali contestazioni e dibattiti, nessuno dei partecipanti sottoscrittori abbia evidenziato l'erronea datazione del verbale. Peraltro, non risulta agli atti alcuna contestazione dell'erronea datazione del verbale nemmeno in epoca successiva.

154. Nemmeno può attribuirsi rilevanza decisiva ai documenti agli atti, acquisiti in sede ispettiva, dai quali le Parti fanno discendere l'erronea datazione dell'incontro. Il riferimento contenuto nell'e-mail del rappresentante Philips del 12 agosto 2009, *"all'incontro di qualche giorno fa"* non è, infatti, idoneo a provare che l'autore si riferisse al 6 agosto anziché al 6 luglio 2009 (doc. III.62). Stesse considerazioni con riferimento al fax inviato dalla sede di Alliance il 6 agosto 2009 contenente in allegato il verbale di incontro e presumibilmente inviato dal rappresentante Toshiba ai vertici della società (doc. IV.71). L'interpretazione del primo, infatti, dipende dalla percezione soggettiva del rappresentante Philips in relazione al lasso temporale trascorso tra l'incontro e l'e-mail inviata e, pertanto, non può considerarsi attendibile. Il secondo, invece, è idoneo semplicemente a provare la trasmissione di un fax dalla sede di Alliance alla sede di Toshiba non anche il fatto che in quel giorno si sia tenuta la riunione presso la sede della prima. Analoghe considerazioni vanno fatte con riferimento all'e-mail interna Philips datata 6 agosto 2009 (doc. III.59) con cui il sig. [rappresentante Philips presente all'incontro presso la sede di AM] informa della riunione i vertici Philips⁶³. Tale documento, al pari di quello citato nel paragrafo che precede (IV.71), è idoneo a provare che una copia del verbale sia stata trasmessa via e-mail il 6 agosto 2009 dalla sede di Alliance, non anche che, in pari data, si sia tenuto l'incontro.

155. Le Parti ritengono che la coincidenza temporale delle comunicazioni tra i rappresentanti di Philips e Toshiba e le loro Direzioni aziendali (doc. III.59 e doc. IV.71) costituirebbe un'ulteriore prova del fatto che l'incontro si sarebbe tenuto il 6 agosto 2009. La circostanza non è dirimente dal momento che, come già evidenziato, entrambe le comunicazioni sono idonee a provare una trasmissione di documenti e non certo il fatto che vi sia stata una riunione in quella data.

⁶¹ [doc. I.1.]

⁶² [memoria infra-procedimentale Alliance del 18 giugno 2010 in doc. IX.143. Il documento cui si fa riferimento è il doc. II.37.]

⁶³ [Tale circostanza sarebbe, peraltro, avvalorata dal fatto che anche il rappresentante di Toshiba coerentemente avrebbe inviato in pari data il verbale di incontro ai vertici dell'azienda.]

156. Lo scambio di informazioni e l'accordo concluso presso la sede di Alliance hanno influito in misura significativa sulle strategie commerciali delle Parti, a prescindere dalla collocazione temporale dell'incontro. Vale la pena ribadire, per quanto qui di rilievo, infatti, che gli stessi rappresentanti di Alliance hanno dichiarato che la strategia multi-marca, oggetto dell'accordo raggiunto con Philips, Toshiba e Siemens è stata considerata almeno fino al 27 agosto 2009 (memoria finale Alliance) e quindi ben oltre la data dell'incontro suggerita dalle Parti.

La realizzabilità dell'intesa

157. Quanto ai contenuti dell'accordo e alla sua portata restrittiva, non è condivisibile l'argomentazione delle parti secondo cui lo stesso avrebbe riguardato un oggetto impossibile da realizzare, per cui non vi sarebbe stato alcun incontro di volontà di natura illecita tra i partecipanti alla riunione. L'ipotizzata sub-fornitura di apparecchiature ad Alliance sarebbe stata volta a consentire la presentazione di un'offerta poi risultata invalida ed irricevibile (offerta con la formula *pay-per-use* per le macchine a noleggio di forme dal bando di gara che prevedeva un modello di noleggio "tradizionale") e Toshiba non avrebbe disposto di apparecchiature potenzialmente compatibili con i requisiti tecnici previsti dal bando.

E' fuori di ogni dubbio, al riguardo, che nel verbale non si faccia alcun riferimento alle modalità di pagamento delle apparecchiature a noleggio ma solo alla circostanza che le stesse sarebbero state fornite, pro-quota, da Philips e Toshiba. Non risulta credibile, peraltro, la circostanza che quattro rappresentanti di altrettante aziende multinazionali abbiano potuto concordare possibili modalità di partecipazione alla gara già sapendo che un'eventuale offerta sarebbe stata giudicata irricevibile. Ancor meno credibile è la circostanza che il rappresentante di Toshiba presente alla riunione abbia sollevato contestazioni sul testo del verbale, sul valore della sottoscrizione e sulla necessità che la sua direzione convalidasse quanto concordato, nonostante ritenesse privo di qualsiasi senso l'oggetto stesso dell'accordo. La compatibilità delle apparecchiature Toshiba con i requisiti tecnici previsti dal bando e dal capitolato risulta, inoltre, dal fatto che la stessa Alliance abbia convocato il rappresentante di Toshiba alla riunione giacché due delle quattro ASL interessate (ASL Salerno e AO San Sebastiano) avevano manifestato un'esplicita preferenza proprio per i prodotti Toshiba (audizione Alliance, in doc. IX.143)⁶⁴.

158. Quanto all'asserita incompatibilità delle macchine offerte da Toshiba con le previsioni del bando vanno considerati altri due elementi. Il primo trae spunto dalla simulazione dei costi effettuata dallo stesso rappresentante Toshiba (doc. IV.70 e all. 5 alla memoria finale Toshiba) in vista dell'eventuale partecipazione alla gara che, in tanto può avere senso, se si riferisce ad apparecchiature per la risonanza magnetica potenzialmente proponibili in sede di gara, dal punto di vista tecnico. Peraltro, tale simulazione risulta sia stata discussa in una riunione interna del 2 luglio 2009 nel corso della quale non risulta sia stato sollevato alcun problema di incompatibilità dei modelli delle macchine Toshiba con le specifiche tecniche richieste dal bando (ma solo di sostenibilità economica). Gli stessi rappresentanti di Toshiba, infatti, dichiarano nella memoria finale, che nel corso di tale riunione sono state considerate le macchine RM (nei modelli e configurazione) possibilmente più appropriate rispetto alle specifiche tecniche richieste dal bando SORESA. Ciò consente di superare anche quanto risulta dalla perizia giurata trasmessa da Toshiba, dalla quale discende l'incompatibilità rispetto alle previsioni del bando (e capitolato) SORESA di una soltanto delle apparecchiature di ultima generazione fornite da Toshiba.

159. Sul punto rileva, infine, anche un documento reperito presso la sede di Serena SAS (VII.97-ter) costituito da più fogli di calcolo in formato *.xls*, la cui paternità è da attribuire al *[omissis]* (agente Philips partecipante alla riunione), dai quali emerge una conoscenza approfondita delle caratteristiche tecniche dei dispositivi per la risonanza magnetica commercializzati da Philips ed i principali concorrenti tra cui proprio Toshiba. L'illustrazione delle specifiche tecniche concernenti i prodotti delle varie aziende concorrenti, peraltro, è effettuata al fine di simulare il possibile punteggio ottenibile da ciascuna di queste, nell'ipotesi di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA., alla luce dei criteri di aggiudicazione elaborati dalla stazione appaltante⁶⁵. Le simulazioni effettuate da *[agente Philips]*, pertanto, presuppongono la conoscenza e la compatibilità con il bando SO.RE.SA. delle specifiche tecniche delle apparecchiature commercializzate da Philips e dai concorrenti. I contatti tra i Sigg.ri *[agente Philips]* e *[omissis]* (rappresentante Toshiba) lasciano realisticamente ritenere, come dimostrato dal documento in questione, che il primo fosse in condizioni di conoscere le caratteristiche tecniche delle apparecchiature commercializzate da Toshiba oltre che da Philips (cfr. *supra* parr. 96 e ss).

160. Ad ogni modo, anche a prescindere dalla possibilità tecnica di aderire all'accordo (senza che la stessa sia stata – seppur conosciuta – mai palesata dal rappresentante di Toshiba partecipante alla riunione nonostante questi fosse, secondo la ricostruzione della Parte, estremamente attento ad altri aspetti testuali del verbale), le risultanze istruttorie dimostrano che l'incontro presso la sede di Alliance ha avuto ad oggetto l'alterazione del confronto concorrenziale tra le Parti e la sostituzione di una forma di collaborazione collusiva al possibile confronto competitivo in sede di gara. Tanto basta ad escludere che le circostanze addotte a sostegno della tesi difensiva esposta possano in qualche modo incidere sulla qualificazione illecita della fattispecie.

⁶⁴ *[Non a caso, stando alle dichiarazioni di Alliance, la riunione sarebbe stata organizzata nell'ottica di formulare un "offerta che risultasse il più possibile concorrenziale e attrattiva per l'autorità aggiudicatrice" (memoria finale Alliance).]*

⁶⁵ *[Tale circostanza è ragionevolmente desumibile dal raffronto tra le griglie contenute nel file .xls citato ed il disciplinare della gara pubblicato da SORESA (in particolare, all'art. 2 del disciplinare di gara)]*

C) Imputabilità delle condotte alle imprese rappresentate

161. Lo scambio di informazioni e l'accordo illecito sono stati realizzati dalle aziende rappresentate dalle persone fisiche presenti all'incontro. Le evidenze in atti mostrano, infatti, che le condotte contestate sono direttamente imputabili alle società parti del procedimento. La conoscenza delle informazioni strategiche scambiate dai rappresentanti delle aziende nella prima parte della riunione tenutasi presso la sede di Alliance è già di per sé prova inconfutabile dello stretto legame esistente fra tali soggetti e i vertici aziendali.

162. Le persone fisiche partecipanti alla riunione erano, inoltre, generalmente riconosciute dal mercato quali soggetti titolari del potere di intrattenere rapporti commerciali per conto delle aziende rappresentate. A tal fine, la stessa Alliance (nel verbale di audizione del 18 giugno 2010 in doc. IX.143 e, da ultimo, nella memoria finale⁶⁶) ha dichiarato: *"si tratta di persone che svolgono le funzioni di responsabili di zona delle aziende produttrici [...] In ogni caso, erano persone con cui [Direttore Gare Alliance] e/o l'agente AM, il [omissis] avevano di certo già intrattenuto rapporti commerciali"*.

163. Sul punto, non sono condivisibili le argomentazioni delle Parti che disconoscono totalmente l'operato dei presunti agenti. Siemens, in particolare, oltre a disconoscere qualsiasi tipo di rapporto con il [omissis], dichiara di aver avuto conoscenza del verbale solo in data 4 febbraio 2010 nel corso di una riunione con i rappresentanti di Alliance.

164. E' indubbio, infatti, che Alliance e Toshiba hanno partecipato alla riunione rappresentati da persone legate alle rispettive società da rapporti di lavoro subordinato. In particolare, il rappresentante di Alliance, all'epoca dei fatti, ricopriva la carica di responsabile della Direzione Gare mentre il rappresentante di Toshiba era un responsabile di zona area vendite.

Con riferimento a Philips, il [omissis], legato alla società da un rapporto di agenzia, risulta essere stato, peraltro, esplicitamente delegato a partecipare all'incontro presso la sede di Alliance da un dipendente Philips, il [omissis] (all'epoca dei fatti, capo area Philips)⁶⁷.

165. Per quanto concerne la società Siemens, le risultanze istruttorie dimostrano che il sig. [omissis], dipendente Siemens dal 1956 al 1997, ha continuato ad agire quale rappresentante della società anche in epoca successiva e sicuramente nel corso dell'incontro tenutosi presso la sede di Alliance.

Va considerato, infatti, che nel 1997, nonostante la conclusione del rapporto di lavoro, [omissis] risulta aver più volte affiancato la SG Medical (agente Siemens gestita da moglie e figlie dello stesso [omissis]) nella sua attività di agenzia, come confermato dagli stessi rappresentanti di Siemens⁶⁸. Che l'attività di "affiancamento" dell'ex dipendente nei confronti dei suoi congiunti, agenti Siemens, sia stata costante nel corso degli anni, è dimostrato da alcune circostanze

ampiamente illustrate nelle risultanze istruttorie⁶⁹ e, in particolare, dal fatto che i rappresentanti di Alliance, il 4 febbraio 2010, abbiano organizzato una riunione con Siemens, in vista della seduta finale di gara, alla quale hanno invitato a partecipare anche il sig. [ex-dipendente Siemens] e la [omissis] (socio della SG Medical). La presenza dei due soggetti sarebbe stata richiesta da Alliance all'insaputa dei dipendenti Siemens i quali, sorpresi di tale convocazione e, in particolare, della presenza all'incontro della [agente Siemens] avrebbero deciso per l'immediata risoluzione del rapporto di agenzia con la SG Medical. Non risulta agli atti, invece, alcuna iniziativa intrapresa dai rappresentanti di Siemens nei confronti del [ex-dipendente Siemens].

166. In realtà, al di là del rapporto formale non più esistente tra la società Siemens e [omissis] all'epoca dei fatti, il fatto che questi continuasse a svolgere un ruolo di primo piano nel curare gli affari della società, dato il ruolo riconosciutogli dal mercato e i rapporti di parentela esistenti con i soci della SG Medical, è incontrovertibile.

E' evidente, in tale contesto, che egli avesse tutto l'interesse ad affiancare il mandato della società SG Medical in rappresentanza di Siemens⁷⁰ così come è ragionevole ritenere che la società Siemens avesse tutto l'interesse a che [l'ex dipendente] continuasse a rappresentare la società nei confronti dei suoi interlocutori commerciali, salvo voler considerare assolutamente inintelligibile il comportamento dei principali concorrenti partecipanti all'incontro (Alliance, Philips e Toshiba).

⁶⁶ [In cui si parla esplicitamente di "esponenti" delle aziende (Memoria finale Alliance, pag. 6).]

⁶⁷ [La circostanza è stata confermata, da ultimo, nella memoria finale Philips.]

⁶⁸ [Da ultimo, nella memoria finale.]

⁶⁹ [L'influenza del [ex-dipendente Siemens] sull'attività aziendale della società Siemens risulta anche da un'altra circostanza evidenziata dalla stessa società nella memoria finale. Secondo i rappresentanti di Siemens, infatti, in data 23 luglio 2009 vi sarebbe stata una riunione a Napoli tra il Direttore Vendite di Siemens ed i Sig.ri [Direttore Gare] e [agente] di Alliance, nel corso della quale questi ultimi avrebbero proposto una partnership finanziaria per la fornitura di sette macchine a marchio Siemens, alla quale il Direttore Vendite di quest'ultima avrebbe, peraltro, reagito positivamente. La Parte prosegue evidenziando che la convocazione di [ex-dipendente Siemens] alla successiva riunione del 6 agosto 2009 sarebbe da ricondurre solo ai particolari rapporti di amicizia tra lo stesso [ex-dipendente Siemens] e [Direttore Gare] di Alliance. A meno di non voler considerare del tutto irrazionale e/o illogico il comportamento commerciale dei rappresentanti di Alliance Medical, è ragionevole ritenere che i rappresentanti di quest'ultima, pur avendo già intrattenuto contatti con il Direttore vendite di Siemens, abbiano ritenuto più opportuno o, addirittura, decisivo, convocare alla riunione il [ex-dipendente Siemens] probabilmente dotato, più del Direttore Vendite, del potere di influire sulle strategie della società.]

⁷⁰ [Peraltro, si noti, per completezza, che anche dal punto di vista civilistico, la responsabilità illimitata cui è soggetto il socio accomandatario (estesa al patrimonio comune con il coniuge) rende assolutamente ragionevole l'interesse persistente di [ex-dipendente Siemens] alla gestione della società SG Medical ed alla continuità dei suoi rapporti con Siemens.]

167. La stessa reazione dei vertici Siemens nei confronti della SG Medical non accompagnata da alcuna iniziativa, invece, nei confronti del *[ex-dipendente Siemens]* (che, secondo quanto sostenuto dalla Parte, avrebbe agito in qualità di *falsus procurator* in occasione dell'incontro presso la sede di Alliance) non è dirimente al fine di escludere il ruolo rivestito dal *[ex-dipendente Siemens]* nella gestione degli affari di Siemens. Se, infatti, la società ha reagito nei confronti della sola SG Medical ritenendo, in tal modo, di perseguire anche la condotta del *[ex-dipendente Siemens]*, è evidente l'implicito riconoscimento del ruolo svolto da *[ex-dipendente Siemens]*, in rappresentanza di Siemens, al fianco della SG Medical.

Diversamente, qualora la reazione nei confronti della SG Medical sia del tutto svincolata dall'attività svolta dal *[ex-dipendente Siemens]*, la mancata reazione nei confronti di quest'ultimo non può che sottintendere la totale adesione di Siemens al suo operato dal momento che questi si è spinto fino al punto di impegnare (apponendo la propria firma in calce al noto verbale accanto alla dicitura Siemens) la società nei confronti di Alliance e degli altri concorrenti.

168. L'apparente necessità che i contenuti dell'accordo venissero successivamente ratificati dai rispettivi vertici aziendali non incide, diversamente da quanto sostenuto dalle parti, sull'imputabilità delle condotte. Le risultanze istruttorie hanno, infatti, dimostrato che lo scambio di informazioni e l'accordo concluso nel corso della riunione tenutasi presso la sede di Alliance sono stati condivisi dai vertici delle società rappresentate in seno alla stessa. Alliance e Toshiba, infatti, hanno partecipato direttamente all'elaborazione e conclusione dell'accordo. Il rappresentante di Alliance, all'epoca dei fatti, ricopriva la carica di responsabile della direzione gare mentre il rappresentante di Toshiba era un responsabile di zona. Risulta peraltro agli atti, che quest'ultimo abbia trasmesso il verbale citato, per ben due volte nel corso del mese di agosto 2009, ai vertici della società (6 e 25 agosto doc. IV.71).

169. Per quanto concerne Philips, numerose sono le evidenze che dimostrano l'assoluta complicità, il parallelismo di condotte e la comunanza di interessi fra l'agente *[omissis]* e il Direttore Commerciale, *[omissis]*. Basti considerare per tutte, l'affermazione dell'agente che dichiara, nella nota e-mail del 22 ottobre 2009, di aver appoggiato insieme a *[Direttore Commerciale Philips]*, all'interno della Società, la decisione di rispettare l'accordo e quindi di sub-fornire piuttosto che partecipare autonomamente alla gara⁷¹.

170. Per quanto riguarda Siemens, la conoscenza dell'accordo da parte della compagine aziendale, risulta, in primo luogo, dalla già illustrata corrispondenza intercorsa con Alliance nel mese di agosto 2009⁷². I riferimenti all'accordo raggiunto sono rinvenibili anche in una e-mail inviata da un dipendente Siemens ad Alliance, pochi giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte⁷³. Il dipendente Siemens fa presente infatti che la società *"fornisce solo tre delle apparecchiature mediante acquisto diretto e non 7"*.

Non è condivisibile l'interpretazione di tale documento fornita dai rappresentanti di Siemens, secondo i quali l'affermazione del dipendente dimostrerebbe, invece, il fatto che la società intendeva fornire tutte e sette le macchine, di cui tre in acquisto e quattro in sub-fornitura ad Alliance (per il noleggio). La dichiarazione del dipendente Siemens, infatti, si giustifica solo se riferita all'accordo ripartitorio raggiunto presso la sede di Alliance. Se il dipendente Siemens avesse pensato all'offerta concretamente presentata dal RTI costituito da Alliance, Siemens e Technoproject, infatti, non avrebbe avuto motivo di rilevare alcun errore dal momento che Siemens avrebbe effettivamente fornito sette apparecchiature in acquisto, tre direttamente alla stazione appaltante e altre quattro ad Alliance (che avrebbe poi fornito le stesse in noleggio alla stazione appaltante secondo la formula del *pay-per-use*); è evidente, invece, che il dipendente Siemens, nell'e-mail citata, facesse riferimento all'intesa con Alliance, Philips e Toshiba, in base alla quale Siemens avrebbe fornito solo le tre apparecchiature in acquisto, lasciando quelle da sub-fornire ad Alliance a Philips e Toshiba.

⁷¹ [Con riferimento a Philips, secondo quanto affermato dagli stessi rappresentanti della società Philips, nella memoria presentata il 12 aprile 2010 (doc. VIII.122), un dipendente Philips, *[omissis]*, contattato direttamente da Alliance per partecipare all'incontro, avrebbe chiesto al [agente Philips] di sostituirlo e di partecipare per suo conto alla nota riunione. La società Philips, pertanto, non solo era informata dell'incontro programmato da Alliance, ma aveva a tal fine espressamente delegato l'agente *[omissis]* per rappresentarla in sede allo stesso. Il fatto che la società fosse, inoltre, a conoscenza dei termini dell'accordo raggiunto in tale sede emerge da numerosi documenti e, in particolare, da un'e-mail interna (doc. n. III.63) inviata il 7 settembre 2009 da [Direttore Commerciale Philips] a dipendenti della Direzione Commerciale e agli in cui si legge: "[...] Rimane aperta la sola soluzione di rivendita ad Alliance delle apparecchiature per il Cardarelli".]

⁷² [In un'e-mail dello stesso 27 agosto 2009, inviata da [Direttore Gare AM] al sig. *[omissis]* (Siemens) e *[omissis]* (Siemens), inoltrata per conoscenza a *[omissis]* (Alliance), emerge un particolare fermento caratterizzante i rapporti tra Siemens e Alliance tra la fine di agosto e gli inizi di settembre 2009. Nel testo si legge "egregi signori ecco la lettera per la richiesta di azioni per la soresa. [dipendente AM] contatta pure il sig. [Direttore Gare Siemens]". Di seguito si legge "sarebbe opportuno che la [dipendente AM] si mettesse in contatto con [Direttore Gare Siemens] tel..... che afferma l'impossibilità da parte ns di fare un'ATI". Segue l'e-mail di [dipendente AM] a [Direttore Gare AM] di pari data in cui si chiedono spiegazioni sulle modalità di partecipazione alla gara alla quale [Direttore Gare AM] risponde "partecipiamo in ATI con Siemens, [Direttore Gare Siemens] ha dei dubbi e vanno fugati anche dal punto di vista amm. Noi capogruppo. L'idea è partecipare. Incominci ad organizzarsi. mi faccia sapere come va con [Direttore Gare Siemens], si faccia vedere ferma e decisa per l'ati. Loro partecipano per la parte fornitura e noi noleggio/servizio con macchine PHI e Toshiba" (doc. II.30).]

⁷³ [Si tratta dell'e-mail inviata dal [Direttore Gare] (Siemens) alla *[omissis]* (Alliance), in data 12 ottobre 2009, avente ad oggetto "elenco documentazione amm.va gara RM SORESA", il primo evidenzia la presenza di un errore nel regolamento di ATI sottopostogli e, a tal fine, fa presente che "Siemens fornisce solo tre delle apparecchiature mediante acquisto diretto e non 7 come riportato nella sotto riportata dichiarazione riguardante la parte di Technoproject [...]" (doc. V.76 e V.77).]

171. In definitiva, le risultanze istruttorie hanno dimostrato che tutti i soggetti partecipanti alla riunione tenutasi presso la sede di Alliance hanno agito in rappresentanza delle imprese coinvolte e che queste ultime erano a conoscenza o hanno successivamente preso conoscenza dei contenuti dell'incontro stesso⁷⁴.

D) L'illiceità delle condotte

172. Secondo la giurisprudenza comunitaria⁷⁵ ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune (v. sentenze *Suiker Unie* e *a./Commissione*, cit., punto 173; 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*, Racc. pag. 2021, punto 13; *Ahlström Osakeyhtiö* e *a./Commissione*, cit., punto 63, e 28 maggio 1998, causa C 7/95 P, *Deere/Commissione*, Racc. pag. I 3111, punto 86). Se la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (v., in tal senso, citate sentenze *Suiker Unie* e *a./Commissione*, punto 174; *Züchner*, punto 14, e *Deere/Commissione*, punto 87).

173. Le intese possono estrinsecarsi, in accordi espressi, o in pratiche concordate, o in deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza⁷⁶.

Le risultanze istruttorie dimostrano che le Parti hanno scambiato, nel corso della riunione, informazioni sensibili di carattere commerciale e raggiunto un accordo potenzialmente volto a disciplinare le modalità di partecipazione alla gara. La definizione congiunta del ruolo e delle strategie da adottare in vista della ripartizione pro-quota della fornitura oggetto della gara ha determinato l'alterazione del confronto concorrenziale determinando condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero realizzate in assenza dell'accordo.

Com'è noto ai fini del riconoscimento dell'illiceità dell'intesa non è necessaria la dimostrazione che la stessa *"abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne"*⁷⁷.

174. L'autonomia che dovrebbe caratterizzare le attività delle imprese è stata, pertanto, compromessa e condizionata dall'elaborazione di una pratica anticoncorrenziale che ha inciso sui possibili incentivi delle imprese coinvolte ad adottare autonome strategie commerciali. Se tale esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di adattarsi intelligentemente al comportamento constatato dai loro concorrenti, non si può invece consentire ogni presa di contatto, diretta o indiretta, tra operatori, avente per oggetto o per effetto, sia di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, sia di svelare ad un tale concorrente il comportamento che ci si è decisi o si pensa di tenere sul mercato.

II Pregiudizio al Commercio fra gli Stati membri

175. I comportamenti contestati sono considerati tra le violazioni gravi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Con riferimento al requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri, richiesto espressamente dall'articolo 101 del Trattato per la sua applicazione, secondo quanto indicato dalle Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato⁷⁸, esso deve essere interpretato in maniera estensiva tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, dell'intesa sui flussi commerciali a livello comunitario. In particolare, i cartelli orizzontali che si applicano ad un intero Stato membro o a parte rilevante dello stesso sono normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra stati membri in quanto hanno, per loro natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato.

⁷⁴ [Cause riunite da C-100 a C-103/80, *SA Musique Diffusion Française contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 1983, pag. II-1825, punto 97. Cfr. anche la causa T-9/99, *HFB et a. contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2002, pag. II-1487, punto 275; la causa T-15/99, *Brugg Rohrsysteme contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2002, pag. II-1613, punto 58; e la causa T-236/01, *Tokai Carbon contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2004, pag. II-1181, punto 277.).]

⁷⁵ [Da ultimo, nella sentenza 4 giugno 2009 (Procedimento C-8/08 T - *Mobile Netherlands BV*), la Corte ha stabilito quale presunzione generale che "lo scambio di informazioni tra concorrenti persegue uno scopo anticoncorrenziale qualora sia idoneo ad eliminare [anche solo] talune incertezze in relazione al comportamento previsto dagli operatori interessati".]

⁷⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, decisione 11 gennaio 2010, n. 10, 1474 *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*. Il Consiglio di Stato ha altresì ribadito che "nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, la nozione di «intesa» è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671)".]

⁷⁷ [Consiglio di Stato, 29 dicembre 2010, n. 9565, 1575 RAS - *Generali/IAMA Consulting*.]

⁷⁸ [Cfr. Comunicazione della Commissione CE del 27 aprile 2004 (2004/C-101/7).]

Nel caso di specie la gara bandita da SO.RE.SA. oggetto del procedimento è di rilevanza europea già di per sé, dunque, suscettibile di mettere in concorrenza operatori stabiliti in altri Stati membri dell'Unione Europea. Non a caso, peraltro, i soggetti coinvolti sono imprese riconducibili a grandi gruppi multinazionali attivi a livello mondiale in vari settori economici, tra i quali quello della fornitura di apparecchiature elettromedicali e, in particolare, della fornitura di tomografi per la risonanza magnetica.

176. Tanto basta, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti, per ritenere la gara bandita da SO.RE.SA. una parte rilevante del mercato comune che giustifica una valutazione della fattispecie oggetto del procedimento ai sensi dell'articolo 101 del TFUE. Ad ogni modo si evidenzia che l'intesa in oggetto è suscettibile altresì di pregiudicare i vantaggi di efficienza ricollegabili al processo di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale, di cui la SO.RE.SA. è espressione. La centralizzazione degli acquisti, infatti, dovrebbe essere finalizzata ad impedire le distorsioni ricollegabili all'espressione di eventuali "preferenze" in relazione ad uno o più fornitori, da parte di ciascuna struttura sanitaria coinvolta dall'acquisto centralizzato (circostanza, peraltro, emersa, nel caso di specie, con riferimento alla gara bandita da SO.RE.SA.⁷⁹). Non vi è dubbio che l'intesa esaminata, alla luce della natura e delle caratteristiche illustrate, ostacola l'integrazione economica perseguita dal Trattato ed è idonea, quindi, a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

177. Non è condivisibile, infine, quanto sostenuto dai rappresentanti di Toshiba circa la necessità per l'Autorità di valutare nel caso di specie e, se del caso, dichiarare la propria incompetenza in applicazione del principio di specialità così come delineato da ultimo nella recente pronuncia delle Sezioni Unite Penali della Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 1963 depositata il 21 gennaio 2011, atteso il concorso eterogeneo di una disposizione penale (articolo 353 c.p., *turbata libertà degli incanti*) e di una violazione amministrativa (*norme sulla concorrenza*) ravvisabile nel caso di specie.

Coerentemente con quanto affermato dal giudice amministrativo⁸⁰, infatti, *"in alcun modo interferisce con le competenze dell'Autorità la disciplina, penale ed amministrativa, relativa alle pubbliche gare, che opera su un piano diverso rispetto a quello della concorrenza". "L'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente, caratterizzata da una specifica qualificazione e composizione tecnica e dall'esercizio di poteri neutrali", osserva il Consiglio di Stato, "determina l'esclusiva competenza di questa per l'applicazione della disciplina di tutela della concorrenza [...] tenuto anche conto che le funzioni attribuite dalla legge all'Autorità a presidio del valore della libera concorrenza si esplicano indipendentemente dalla eventuale rilevanza penale dei comportamenti considerati"*.

178. Non sono condivisibili, infine, le censure delle Parti relative alla presunta lesione del diritto di libertà dei mezzi di prova che deriverebbe dalla mancata valutazione della corrispondenza informatica interna aziendale prodotta nel corso del procedimento a sostegno della tesi che collocerebbe temporalmente l'incontro al 6 agosto 2009, anziché al 6 luglio 2009. Va rilevato al riguardo che per tale documentazione non si pone un problema di ricevibilità. Tuttavia, la documentazione fornita spontaneamente dalle Parti in data 12 maggio 2010 (Siemens), il 12 aprile e 6 luglio 2010 (Philips) e l'8 luglio 2010 (Toshiba) e, dunque, a distanza di alcuni mesi dall'avvio del procedimento (4 febbraio 2010) è inidonea a fornire la prova dell'esatta datazione dell'incontro, a fronte di documentazione di segno opposto (verbale di incontro stesso, sottoscritto da tutti i partecipanti alla riunione) acquisita dall'Autorità nel corso degli accertamenti ispettivi. Nel corso di tali accertamenti è stato espressamente richiesto, infatti, alle parti di esibire tutta la documentazione pertinente al caso in oggetto e le stesse non hanno opposto alcuna riserva e/o circostanza tale da giustificare un invio successivo di documentazione.

Le risultanze istruttorie, peraltro, hanno evidenziato che, in alcuni casi, le dichiarazioni delle diverse Parti sul punto presentano profili di evidente contraddittorietà e/o illogicità (ad esempio, le dichiarazioni di Philips e Toshiba con riferimento allo svolgimento della seconda parte della riunione). Infine, le risultanze istruttorie hanno ampiamente dimostrato l'inidoneità della stessa documentazione reperita in sede ispettiva a confermare quanto dedotto dalle Parti nelle proprie difese a sostegno della diversa datazione dell'incontro.

VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

179. In definitiva, dalla ricostruzione delle condotte sopra illustrate emerge una significativa alterazione del meccanismo concorrenziale riconducibile allo scambio di informazioni sensibili ed alla conclusione di un'intesa vietata tra Alliance, Siemens, Toshiba e Philips, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA. per la fornitura di apparecchiature elettromedicali in violazione dell'articolo 101 del TFUE. La consapevole condivisione delle informazioni sulla valutazione interna effettuata da ciascuna società in relazione alla possibile partecipazione alla gara, la successiva elaborazione congiunta delle modalità di partecipazione alla stessa e dei ruoli da attribuire a ciascuna società, in un'ottica di ripartizione, pro-quota, della fornitura, hanno determinato condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'accordo. La scelta di Philips e

⁷⁹ [I rappresentanti di Alliance, infatti, hanno esplicitamente ammesso di aver interpellato le strutture sanitarie interessate dalla gara "centralizzata" bandita da SO.RE.SA. per verificare eventuali preferenze nei confronti di specifici marchi di tomografi e, in base ai risultati ottenuti, convocato i diversi fornitori alla riunione presso la loro sede (memoria infraprocedimentale Alliance del 18 giugno 2010 cit. in atti, e memoria finale Alliance).]

⁸⁰ [cfr. sentenza C.d.S. 926/2004 – Pellegrini/Consip e, più in generale, sui rapporti tra norma penale e procedimento amministrativo, cfr. sentenza C.d.S. 27 marzo 2008 n. 1009.]

Toshiba di non partecipare alla gara, così come la scelta di Siemens di partecipare alla gara in ATI con Alliance, sono state sicuramente influenzate dall'accordo che ha inciso sull'elaborazione, non più autonoma, delle strategie commerciali.

180. L'autonomia, che dovrebbe caratterizzare le attività delle imprese, è stata compromessa e condizionata dal perseguimento di un disegno anticoncorrenziale suscettibile di ridurre il numero dei potenziali partecipanti alla gara bandita da SO.RE.SA e di falsare, pertanto, il confronto concorrenziale in sede di gara.

181. La documentazione in atti fornisce l'evidenza dell'alterazione dei meccanismi concorrenziali. L'intesa restrittiva della concorrenza infatti riassume tutti i principali contenuti delle intese orizzontali *hard core* in quanto, essendo finalizzata alla ripartizione della fornitura e alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara è, per definizione, suscettibile di condizionare gli esiti della gara bandita da SO.RE.SA. e sulle condizioni finali di fornitura offerte alla stessa stazione appaltante.

L'intesa in esame risulta inoltre presentare il carattere di consistenza coinvolgendo imprese che cumulativamente detengono, a livello nazionale, una quota aggregata pari a circa il 68% delle vendite⁸¹.

IX. I SOGGETTI INTERESSATI

182. La valutazione della responsabilità delle singole imprese si basa sul ruolo esercitato dalle stesse nella elaborazione e realizzazione del disegno collusivo appena illustrato.

Lo scambio di informazioni sensibili e l'alterazione del confronto concorrenziale sono imputabili alle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l..

183. Con riferimento ad Alliance, essa svolge a favore di centri ospedalieri stabiliti in Italia servizi di *outsourcing* relativi alle prestazioni diagnostiche per immagine. Questi possono, di volta in volta includere la fornitura di macchinari per la diagnostica per immagini, la relativa assistenza tecnica fornita dal personale specializzato e la fornitura di materiali diagnostici di consumo. Su richiesta il servizio può anche includere la refertazione degli esami tramite medici radiologi specializzati e la prestazione dei relativi servizi amministrativi.

Il corrispettivo del servizio prestato è normalmente basato sul costo di ciascuna prestazione diagnostica eseguita ed è calcolato sulla base del tariffario nazionale. L'attività di *outsourcing* può essere svolta con apparecchiature diagnostiche di proprietà di Alliance o attraverso R.T.I. con i produttori di apparecchiature elettromedicali i quali forniscono ed installano le apparecchiature.

184. Con riferimento alle gare bandite dalle strutture sanitarie, le modalità di *partnership* con i produttori di apparecchiature possono variare. Alliance può, infatti, partecipare alle gare avvalendosi di apparecchiature precedentemente acquistate o appositamente noleggate o, come nel caso della gara SO.RE.SA. in A.T.I. con il fornitore delle apparecchiature il quale risponde direttamente nei confronti dell'amministrazione appaltante del funzionamento e manutenzione dell'apparecchiatura lasciando ad Alliance l'onere della prestazione diagnostica.

185. Tanto premesso, è evidente che le condotte oggetto del procedimento vanno imputate anche alla società Alliance dal momento che essa si configura quale potenziale concorrente dei produttori di apparecchiature per la risonanza magnetica nell'ambito delle gare bandite dalle strutture sanitarie per l'approvvigionamento di apparecchiature e, nell'eventualità, anche di servizi.

Nel caso di specie, peraltro, Alliance ha svolto un ruolo di primo piano nella promozione dell'incontro, avendo non soltanto convocato i diversi produttori, ma provvedendo a consultare previamente le strutture sanitarie interessate al fine di individuare eventuali preferenze da considerare quali criteri su cui basare l'accordo ripartitorio.

186. Per quanto concerne il Gruppo Siemens, infine, le condotte accertate possono essere ascritte alla società Siemens S.p.A. dal momento che solo questa è attiva nella produzione e commercializzazione di apparecchiature elettromedicali per la risonanza magnetica. La società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l. è, infatti, attiva in Italia nel settore dei sistemi e reagenti per chimica clinica, ematologia, diagnostica molecolare, analisi urinarie e sistemi per emogasanalisi, in sinergia con soluzioni di automazione di laboratorio, soluzioni informatiche e di consulenza.

X. GRAVITÀ E DURATA

187. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, per quanto concerne la gravità dell'infrazione, questa deve essere valutata facendo riferimento, in particolare, alla natura della restrizione della concorrenza, al numero e alla dimensione delle imprese coinvolte ed alla quota controllata da ciascuna di esse all'interno del contesto merceologico di riferimento.

188. Sulla base delle risultanze istruttorie, è stato accertato che l'intesa tra le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. ha avuto per oggetto la ripartizione concordata della fornitura oggetto della gara SO.RE.SA ed ha determinato l'alterazione dell'equilibrio concorrenziale che si sarebbe determinato in assenza dell'accordo potendo condizionare, per tale via, l'esito della gara stessa.

Si tratta di un complesso di comportamenti considerato tra le violazioni gravi dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea suscettibile di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri dell'Unione. L'intesa

⁸¹ [Fonte: Databank 2007.]

ha visto coinvolti i principali operatori multinazionali del settore, che si caratterizzano per un notevole rilievo sia in termini di volumi che di valore.

189. Con riferimento alla durata dell'infrazione, va considerato un arco temporale ricompreso tra il 6 luglio 2009 e il momento conclusivo dell'illecito corrispondente al 16 ottobre 2009, giorno in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte.

190. Non può riconoscersi, infine, alcun pregio alla circostanza che le società Alliance, Siemens e Toshiba abbiano deciso di dare comunque attuazione alle misure presentate nel corso del procedimento nell'ambito della richiesta di accoglimento degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

Com'è stato evidenziato dall'Autorità con provvedimento reso nel corso dell'adunanza del 10 novembre 2010, infatti, tali misure sono risultate manifestamente inidonee a far venire meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria. Coerentemente a quanto evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria, pertanto, gli impegni presentati non possono formare oggetto di valutazione ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dell'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, articolo 11⁸².

XI. QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI

191. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Ai fini dell'individuazione di tali criteri, si richiama altresì la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 *"Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003"*.

192. Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella *Comunicazione della Commissione* cit., per calcolare l'importo base della sanzione per le società Siemens, Alliance Medical e Philips, si è preso a riferimento il fatturato realizzato dalle Parti a livello nazionale per la vendita di apparecchiature per la risonanza magnetica alle strutture pubbliche nel 2009. L'intesa in questione, infatti, ha riguardato prodotti destinati al Servizio Sanitario Nazionale che, sulla base di quanto previsto dalla legge finanziaria n. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge finanziaria per il 2007), opera attraverso centrali d'acquisto locali e/o Regionali (come SO.RE.SA) integrate nel più generale Sistema Nazionale di *e-Procurement*.

L'intesa in oggetto, seppur riferita alla gara bandita da SO.RE.SA., è suscettibile di pregiudicare i vantaggi di efficienza ricollegabili al processo di razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti pubblici su tutto il territorio nazionale, di cui la SO.RE.SA. è espressione. La centralizzazione degli acquisti, infatti, dovrebbe essere finalizzata ad impedire le distorsioni ricollegabili all'espressione di eventuali "preferenze" in relazione ad uno o più fornitori, da parte di ciascuna struttura sanitaria coinvolta dall'acquisto centralizzato (circostanza, peraltro, emersa, nel caso di specie, con riferimento alla gara bandita da SO.RE.SA.⁸³).

193. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, si rileva che le condotte accertate costituiscono un'intesa volta alla limitazione del confronto concorrenziale nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica. Tale infrazione rappresenta una grave restrizione della concorrenza. La Comunicazione citata, infatti, al par. 22 prevede che *"per la loro stessa natura, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza"*. Pertanto, la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si attesta sui valori più alti.

194. Coerentemente con quanto stabilito dalla *Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende*, la partecipazione all'intesa, per tutte le parti del procedimento, va collocata tra la riunione presso la sede di Alliance quale risultante dal verbale datato 6 luglio 2009 e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissata al

⁸² [Sul punto si veda Tribunale, Causa T-73/04, *Le Carbone-Lorraine contro Commissione delle Comunità europee* (in particolare, punti 143-144, 231) integralmente confermata da Sentenza della Corte, 12 novembre 2009, causa C-554/08P. Secondo il Tribunale, infatti, anche se è importante che un'impresa adotti misure per impedire che nuove infrazioni del diritto comunitario della concorrenza siano commesse in futuro dai suoi dipendenti, ad esempio istituendo un programma di conformità alle regole di concorrenza, l'adozione di tali misure non modifica affatto la realtà dell'infrazione constatata. In sede di determinazione dell'importo di un'ammenda inflitta per infrazione alle regole di concorrenza, la Commissione non è quindi tenuta a considerare tale elemento né come circostanza attenuante, né quando prende in considerazione l'effetto dissuasivo dell'ammenda, tanto più quando l'infrazione di cui trattasi costituisce una manifesta violazione dell'art. 81 CE. Inoltre, è impossibile determinare il grado di efficacia delle misure interne adottate da un'impresa per prevenire la reiterazione di infrazioni del diritto della concorrenza.]

⁸³ [I rappresentanti di Alliance, infatti, hanno esplicitamente ammesso di aver interpellato le strutture sanitarie interessate dalla gara "centralizzata" bandita da SO.RE.SA. per verificare eventuali preferenze nei confronti di specifici marchi di tomografi e, in base ai risultati ottenuti, convocato i diversi fornitori alla riunione presso la loro sede (memoria infraprocedimentale Alliance del 18 giugno 2010 cit. in atti, e memoria finale Alliance).]

16 ottobre 2009. Coerentemente ai criteri previsti dalla Comunicazione della Commissione, al fine della determinazione della durata, verrà pertanto considerato un periodo corrispondente a sei mesi⁸⁴.

195. Sulla base di quanto esposto, l'importo-base della sanzione per le società Alliance Medical s.r.l., Siemens S.p.A. e Philips S.p.A. è fissato nella misura seguente:

Alliance Medical S.r.l.	195.000 €
Siemens S.p.A.	1.050.000 €
Philips S.p.A.	3.765.000 €

196. Coerentemente con quanto stabilito dalla *Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende* l'Autorità ha preso in considerazione alcune circostanze che comportano un incremento o una riduzione dell'importo di base.

197. Ai fini della quantificazione della sanzione deve considerarsi, infatti, il ruolo svolto nell'infrazione. In particolare, sul punto, si è tenuto conto del fatto che la società Alliance Medical S.r.l. ha svolto un ruolo di primo piano nella promozione dell'intesa, avendo convocato i diversi produttori all'incontro e consultato ciascuna struttura sanitaria interessata al fine di individuare eventuali preferenze da considerare quali criteri su cui basare l'accordo ripartitorio.

198. Al fine di garantire una reale efficacia deterrente alla sanzione, infine, coerentemente a quanto previsto dalla *Comunicazione cit.*⁸⁵, deve considerarsi, inoltre, la dimensione economica complessiva di ogni singola impresa, anche in considerazione dell'appartenenza a gruppi multinazionali.

199. Per quanto concerne Toshiba, la società ha dichiarato di non aver realizzato fatturato in Italia nel 2009 per vendite di apparecchiature per la risonanza magnetica a strutture pubbliche e pertanto la parte non ha fornito elementi al fine di individuare l'importo-base della sanzione, da utilizzare – secondo quanto previsto dagli Orientamenti – nel calcolo dell'importo della sanzione da irrogare a Toshiba (modalità di calcolo che è stata invece seguita per le altre Parti coinvolte nell'intesa).

200. Ai sensi del par. 37 della Comunicazione della Commissione sugli orientamenti per il calcolo delle ammende, *"nonostante i presenti Orientamenti espongano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso, o la necessità di raggiungere un livello dissuasivo, possono giustificare l'allontanamento da tale metodologia o dei limiti fissati al punto 21"*.

L'Autorità ritiene che, nel caso di specie, in assenza di dati di fatturato che consentano di utilizzare la metodologia di calcolo indicata dagli Orientamenti della Commissione volti a individuare l'importo-base, la posizione di Toshiba rientri nelle ipotesi di specificità che giustificano l'allontanamento da tale metodologia.

201. L'Autorità procede pertanto alla irrogazione della sanzione nei confronti di Toshiba sulla base dei criteri previsti dall'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, che, nei casi di infrazioni gravi, dispone l'applicazione di una sanzione fino al 10% del fatturato totale realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerati la gravità e durata delle violazioni, nonché dei criteri di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, ovvero la gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

202. Richiamando integralmente le valutazioni sopra espresse, per quanto attiene alla gravità e durata della violazione commessa da Toshiba e tenuto conto del fatturato nazionale realizzato da quest'ultima società nel 2010, pari a [omissis] milioni di euro, nonché delle sanzioni irrogate alle altre imprese che hanno posto in essere la medesima intesa, si ritiene congruo e proporzionato irrogare a Toshiba una sanzione pari a euro 141.750.

203. In considerazione di quanto sopra illustrato, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura seguente:

Alliance Medical S.r.l.	341.250 €
Siemens S.p.A.	1.102.500 €
Philips S.p.A.	3.953.250 €
Toshiba Medical Systems S.r.l.	141.750 €

204. Tali importi sono inferiori al massimo applicabile, pari al 10% del fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio da ciascuna società parte del procedimento.

Tutto ciò premesso e considerato;

⁸⁴ [Linee Guida della Commissione per il calcolo delle ammende C 210/06 sub par. 24.]

⁸⁵ [Linee Guida della Commissione per il calcolo delle ammende C 210/06 sub par. 30.]

DELIBERA

a) che le società Alliance Medical S.r.l., Siemens S.p.A., Philips S.p.A. e Toshiba Medical Systems S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, avente per oggetto l'alterazione del confronto concorrenziale realizzata attraverso lo scambio di informazioni sensibili e il coordinamento delle strategie commerciali;

b) che le imprese si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie ai seguenti soggetti:

Alliance Medical S.r.l.	341.250 €
Siemens S.p.A.	1.102.500 €
Philips S.p.A.	3.953.250 €
Toshiba Medical Systems S.r.l.	141.750 €

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà