

I792 - GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA

Provvedimento n. 26316

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 dicembre 2016;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 7 ottobre 2015, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Linde Medicale s.r.l., Medicaire Italia s.r.l., Medicaire Sud s.r.l., Medigas Italia s.r.l., Magaldi Life s.r.l., Sapio Life s.r.l., Eubios s.r.l., OXY Live s.r.l., Ossigas s.r.l., Respiraire s.r.l., SICO - Società Italiana Carburio Ossigeno s.p.a., Vivisol s.r.l., Vivisol Napoli s.r.l. e Vitalaire Italia s.p.a. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 2 della l. 287/90 o dell'articolo 101 del TFUE, nell'ambito di procedure per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare nonché di fornitura di ossigeno e di altri gas medicali, espletate da (o per conto di) Aziende Sanitarie Locali, con particolare riferimento a ASL Milano 1 e SORESA s.p.a., nel periodo compreso tra il 2012 e il 2015;

VISTA la propria delibera del 2 dicembre 2015, con la quale è stata disposta l'estensione oggettiva del procedimento alla ulteriore attività di concertazione tra le società su elencate, relativa alla gara bandita da Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche per l'affidamento del servizio di fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso farmacie convenzionate e attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in terapia domiciliare, nonché alla sua evoluzione e alle successive modalità di erogazione del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per i pazienti residenti nella Regione Marche, posta in essere già a partire dal 2010;

VISTA la propria delibera del 13 gennaio 2016, con la quale è stata disposta l'estensione soggettiva del procedimento nei confronti della società Medicaire Centro s.r.l.;

VISTA la propria delibera del 23 marzo 2016 con la quale il procedimento è stato esteso oggettivamente alla ulteriore attività di concertazione tra le società su elencate volta a mantenere un livello artificialmente elevato del prezzo del servizio di fornitura di ossigenoterapia domiciliare (OTD) in Campania, già a partire da dicembre 2012, ed è stato esteso soggettivamente alla società Ter.Gas s.r.l.;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 30 settembre 2016, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le memorie finali delle società Linde Medicale s.r.l., Medicaire Italia s.r.l., Medicaire Sud s.r.l., Medicaire Centro s.r.l., Medigas Italia s.r.l., Magaldi Life s.r.l., Sapio Life s.r.l., Eubios s.r.l., OXY Live s.r.l., Ossigas s.r.l., Respiraire s.r.l., SICO - Società Italiana Carburio Ossigeno s.p.a., Vivisol s.r.l., Vivisol Napoli s.r.l., Vitalaire Italia s.p.a., Ter.Gas. s.r.l., pervenute, in data 16 e 17 novembre 2016;

VISTA l'istanza istruttoria delle società Vivisol e Vivisol Napoli, pervenuta in data 17 novembre 2016;

SENTITI in audizione finale i rappresentanti delle società Linde Medicale s.r.l., Medicaire Italia s.r.l., Medicaire Sud s.r.l., Medicaire Centro s.r.l., Medigas Italia s.r.l., Magaldi Life s.r.l., Sapio Life s.r.l., Eubios s.r.l., OXY Live s.r.l., Ossigas s.r.l., Respiraire s.r.l., SICO - Società Italiana Carburio Ossigeno s.p.a., Vivisol s.r.l., Vivisol Napoli s.r.l., Vitalaire Italia s.p.a., Ter.Gas. s.r.l. nonché di Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche-ASUR Marche in data 22 novembre 2016;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 7 ottobre 2015, l'Autorità ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Linde Medicale s.r.l., Medicaire Italia s.r.l., Medicaire Sud s.r.l., Medigas Italia s.r.l., Magaldi Life s.r.l., Sapio Life s.r.l., Eubios s.r.l., OXY Live s.r.l., Ossigas s.r.l., Respiraire s.r.l., SICO - Società Italiana Carburio Ossigeno s.p.a., Vivisol s.r.l., Vivisol Napoli s.r.l. e Vitalaire Italia s.p.a. per presunte infrazioni dell'articolo 2 della l. 287/90 o dell'articolo 101 del TFUE.

2. In data 13 gennaio e 23 marzo 2016, il procedimento è stato soggettivamente esteso rispettivamente alle società Medicaire Centro s.r.l. e Ter.Gas. s.r.l..

3. L'oggetto del procedimento, anche alla luce delle due estensioni oggettive intervenute in data 2 dicembre 2015 e 23 marzo 2016, è l'esistenza di tre distinte intese poste in essere in occasione di tre procedure di gara per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e/o ventiloterapia domiciliare indette da (o per conto di) pubbliche amministrazioni, e

segnatamente ASL Milano 1, Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche e SORESA s.p.a., aventi ad oggetto il coordinamento nella partecipazione ad esse.

4. In particolare, la documentazione agli atti del fascicolo istruttorio dà conto di condotte collusive che si sono tradotte in tre distinte intese relative a:

a) quattro gare indette da (o per conto di) ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di ventiloterapia domiciliare ai pazienti del territorio di competenza di tale Amministrazione e le attività ad esse connesse;

b) la gara indetta da Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche e le ulteriori attività delle Parti nell'ambito della fornitura dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per i pazienti residenti nelle Marche;

c) la gara indetta da SORESA s.p.a. per la fornitura del servizio di ossigenoterapia domiciliare in Campania nonché l'attività delle Parti nel periodo che ha preceduto la gara, a partire da dicembre 2012.

5. Le tre intese risultano contraddistinte dal medesimo intento, condiviso tra le Parti, di mantenere artificiosamente alto il prezzo della fornitura dei servizi di ossigenoterapia e/o ventiloterapia domiciliare nonché di cristallizzare il mercato, garantendo un equilibrio nelle rispettive quote di mercato ed evitando l'ingresso di nuovi operatori.

II. LE PARTI

6. Linde Medicale s.r.l. (di seguito, anche "Linde") è una società di diritto italiano operante nell'offerta di gas medicinali e dei relativi servizi di assistenza terapeutica domiciliare per i pazienti affetti da problemi respiratori. Linde è parte della divisione medica dell'omonimo gruppo tedesco Linde, la cui capogruppo è Linde AG, attivo in diversi settori, tra cui nella produzione e commercializzazione di gas tecnici e medicali, con un fatturato superiore a 3 miliardi di euro. Nel 2015, Linde ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 59 milioni di euro.

7. Medicair Italia s.r.l. (di seguito, anche "Medicair Italia") è una società di diritto italiano che fa parte del gruppo Medicair, la cui *holding* è la società Gioiellino s.p.a.. Il gruppo Medicair opera nel campo dei servizi assistenziali per la gestione delle terapie sanitarie a domicilio; in particolare, esso offre servizi per le patologie respiratorie, tra cui l'ossigenoterapia, la ventilazione meccanica, la diagnosi e cura della sindrome delle apnee ostruttive del sonno. Nel 2015, Medicair Italia ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 52 milioni di euro.

8. Medicair Sud s.r.l. (di seguito, anche "Medicair Sud") è una società di diritto italiano, anch'essa parte del gruppo Medicair, che offre i servizi di assistenza sanitaria principalmente nelle regioni del centro e del sud Italia. Nel 2015, Medicair Sud ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 32 milioni di euro.

9. Medicair Centro s.r.l. (di seguito, anche "Medicair Centro") è una società di diritto italiano, parimenti parte del gruppo Medicair, che offre i servizi di assistenza sanitaria principalmente nelle regioni del nord e del centro Italia nonché in Sardegna. Nel 2015, Medicair Centro ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 17 milioni di euro.

10. Medigas Italia s.r.l. (di seguito, anche "Medigas") è una società di diritto italiano specializzata nell'offerta di servizi di assistenza sanitaria domiciliare. Essa è controllata da SIAD - Società Italiana Acetilene e Derivati s.p.a. (che detiene il 51% del capitale di Medigas) e Rivoira Pharma s.r.l. (che ne detiene il restante 49%), entrambe congiuntamente controllate, in ultima analisi, dal gruppo statunitense Praxair - facente capo alla *holding* Praxair, Inc.- e dalla società finanziaria Sefin s.p.a.. Il gruppo è attivo nel settore della produzione e distribuzione di gas industriali e medicali. Nel 2015, Medigas ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 36 milioni di euro.

11. Magaldi Life s.r.l. (di seguito, anche "Magaldi") è una società di diritto italiano che opera nella fornitura di servizi di assistenza terapeutica domiciliare, principalmente nel settore delle patologie respiratorie, ed offre, tra gli altri, i servizi di ossigenoterapia domiciliare e di ventilazione meccanica domiciliare. Il capitale sociale di Magaldi è interamente detenuto da Medigas, a sua volta, come visto, controllata dalle società SIAD - Società Italiana Acetilene e Derivati s.p.a. e Rivoira Pharma s.r.l. Nel 2015, Magaldi Life ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 14 milioni di euro.

12. Ossigas s.r.l. (di seguito, anche "Ossigas") è una società di diritto italiano, attiva nella fornitura dei servizi di assistenza terapeutica domiciliare per pazienti che necessitano di ossigenoterapia. Dal 31 marzo 2016 il capitale sociale di Ossigas, precedentemente detenuto da persone fisiche, è stato acquisito da Rivoira Pharma s.r.l., congiuntamente controllata, in ultima analisi, dal gruppo statunitense Praxair - facente capo alla *holding* Praxair, Inc.- e dalla società finanziaria Sefin s.p.a.. Come anticipato, il gruppo è attivo nel settore della produzione e distribuzione di gas industriali e medicali. Nel 2015, Ossigas ha realizzato in Italia un fatturato pari a 7 milioni di euro.

13. Sapio Life s.r.l. (di seguito, anche "Sapio") è una società di diritto italiano attiva nell'offerta di servizi di terapia e assistenza a domicilio alle strutture sanitarie e ospedaliere nel settore delle patologie respiratorie. Essa appartiene all'omonimo gruppo Sapio, la cui capogruppo è Sapio s.r.l., attivo nella produzione, commercializzazione e distribuzione di gas tecnici e medicinali, con un fatturato nel 2015 pari a circa 450 milioni di euro. Sapio ha realizzato, nel medesimo anno, in Italia un fatturato pari a circa 130 milioni di euro.

14. Eubios s.r.l. (di seguito, anche "Eubios") è una società di diritto italiano attiva nella produzione e commercializzazione di ossigeno e di apparecchiature medicali per il servizio terapeutico domiciliare. Dal 2011, essa è parte del gruppo Sapio, attraverso Sapio che ne detiene il 51% del capitale sociale, mentre la restante parte del capitale sociale è detenuta da due persone fisiche. Nel 2015, Eubios ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 7 milioni di euro.

15. OXY Live s.r.l. (di seguito, anche "OXY Live") è una società di diritto italiano attiva nella produzione e commercializzazione di gas tecnici e medicali, di apparecchiature per l'utilizzazione dei gas medicali nonché nella

fornitura di servizi di assistenza terapeutica domiciliare, quali l'ossigenoterapia e la ventiloterapia. Essa è parte del gruppo Sapio, in quanto controllata da Sapio che ne detiene il 51% del capitale sociale, mentre la restante parte del capitale sociale è detenuta da due persone fisiche. Nel 2015, OXY Live ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 2,7 milioni di euro.

16. Respiraire s.r.l. (di seguito, anche "Respiraire") è una società di diritto italiano che fornisce servizi di ventiloterapia domiciliare. Essa è controllata dalla società SOS Oxygène, a capo dell'omonimo gruppo multinazionale, che opera nell'ambito dell'assistenza sanitaria domiciliare e della medicina respiratoria. Nel 2015, Respiraire ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 2,8 milioni di euro.

17. SICO - Società Italiana Carburossigeno s.p.a. (di seguito, anche "SICO") è una società di diritto italiano operante nella produzione, ricerca applicata e commercializzazione di gas tecnici, alimentari, medicinali e puri, nonché nel settore dell'assistenza medicinale a domicilio attraverso il servizio di Home Care. Nel 2015, SICO ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 54 milioni di euro.

18. Ter.Gas. s.r.l. (di seguito, anche "Tergas") è una società di diritto italiano che opera nel settore della produzione, stoccaggio e distribuzione di gas medicinali e di gas speciali, tra cui l'ossigeno, anche a fini terapeutici. Essa opera prevalentemente in Campania. Il capitale sociale di Tergas è detenuto da due persone fisiche. Nel 2015, Tergas ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 750.000 euro.

19. Vivisol s.r.l. (di seguito, anche "Vivisol") è la filiale italiana dell'omonimo gruppo Vivisol, che opera, in Italia e in Europa, nella fornitura di servizi di assistenza terapeutica domiciliare ed ospedaliera nell'area respiratoria, quali l'ossigenoterapia e la ventilazione meccanica. Il gruppo Vivisol è parte del gruppo SOL, attivo nella produzione, ricerca applicata e commercializzazione di gas tecnici, puri e medicinali con un fatturato, nel 2014, di oltre 636 milioni di euro a livello mondiale. SOL s.p.a., al vertice del gruppo SOL, è quotata alla Borsa Italiana. Nel 2015, Vivisol ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 106 milioni di euro.

20. Vivisol Napoli s.r.l. (di seguito, anche "Vivisol Napoli") è una società controllata dal gruppo Vivisol, per il tramite di Vivisol s.r.l. che ne detiene l'81% del capitale sociale, mentre la restante parte del capitale sociale è detenuta da una persona fisica. La società opera nella produzione e fornitura di gas per uso medicinale nonché nella fornitura di apparecchiature medicali per le terapie respiratorie domiciliari, prevalentemente in Campania e Molise. Nel 2015, Vivisol Napoli ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 25 milioni di euro.

21. Vitalaire Italia s.p.a. (di seguito, anche "Vitalaire") è una società di diritto italiano attiva nella fornitura di trattamenti terapeutici domiciliari complessi di lungo termine. Essa è parte del gruppo multinazionale Air Liquide, per il tramite di Air Liquide Italia s.p.a. che ne detiene il 100% del capitale sociale. Il gruppo Air Liquide opera, a livello mondiale, nella produzione e distribuzione di gas per l'industria, la salute e l'ambiente, con un fatturato complessivo per il 2014 pari a 15 miliardi di euro. Nel 2015, Vitalaire ha realizzato in Italia un fatturato pari a oltre 72 milioni di euro.

22. ASL Milano 1 è l'Azienda Sanitaria Locale responsabile per l'assistenza e i servizi sanitari ai cittadini della zona nord ovest della provincia di Milano.

23. Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche (di seguito, "ASUR Marche") è l'azienda che esercita a livello centralizzato le funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo dell'attività sanitaria aziendale e di Area Vasta per le Marche.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA SVOLTA

24. In data 15 luglio 2013, ASUR Marche ha segnalato criticità in merito alla gara da essa bandita il 22 ottobre 2010 per l'affidamento del servizio di fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso farmacie convenzionate e attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in terapia domiciliare residenti nella Regione Marche.

25. In data 5 giugno 2014, è pervenuta una segnalazione da parte di ASL Milano 1, successivamente integrata in data 2 settembre 2014, relativa alle gare bandite da (o per conto di) tale Amministrazione per l'affidamento del servizio di ventiloterapia domiciliare.

26. In particolare, ASL Milano 1 ha segnalato l'assenza di offerte in merito alla maggior parte dei lotti di suo interesse oggetto della prima gara indetta da ASL Milano anche per suo conto, l'esito deserto delle successive due gare aventi ad oggetto i medesimi lotti, nonché l'esito anomalo della quarta gara dove, nel termine previsto dal bando, sono pervenute offerte di identico importo, uguale alla base d'asta, che non sono state modificate nemmeno nella fase di confronto competitivo per la formulazione di un prezzo migliorativo prevista nel bando. Conseguentemente, la gara si è conclusa con l'aggiudicazione e la consequenziale sottoscrizione di un Accordo Quadro, ai sensi dell'articolo 59 del Codice degli Appalti, con tutte le suddette società.

27. Con segnalazione anonima del 16 aprile 2015, sono state portate all'attenzione dell'Autorità alcune anomalie nei comportamenti delle società Medicair Sud, Linde, OXY Live, Eubios, Ossigas, Magaldi, Vivisol Napoli e Vitalaire in occasione della gara bandita da SO.RE.SA. s.p.a.¹ (di seguito, "SORESA") nel giugno 2014, avente ad oggetto

¹ [SORESA - Società Regionale per la Sanità - è una società costituita dalla Regione Campania per la realizzazione di azioni strategiche finalizzate alla razionalizzazione della spesa sanitaria regionale. A tal fine, il socio unico Regione Campania ha affidato a SORESA, inter alia, il ruolo di centrale acquisti dei prodotti destinati alle aziende del sistema sanitario regionale.]

l'attivazione in convenzione del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine in regime di distribuzione diretta agli aventi diritto delle AA.SS.LL. della Regione Campania.

28. A seguito delle denunce brevemente descritte, in data 7 ottobre 2015 l'Autorità ha avviato il presente procedimento e, in pari data, sono stati autorizzati accertamenti ispettivi presso le sedi di Linde, Medicaire Italia, Medicaire Sud, Medigas, Magaldi, Sapio, Eubios, OXY Live, Ossigas, Respiraire, SICO, Vivisol, Vivisol Napoli e Vitalaire, nonché presso SOL s.p.a. (controllante di Vivisol e di Vivisol Napoli) e presso Air Liquide Italia s.p.a. e Air Liquide Sanità Service s.p.a. (rispettivamente controllante e consociata di Vitalaire), che si sono svolti in data 13 e 14 ottobre 2015. Per la società Vivisol, tale attività è proseguita presso gli Uffici dell'Autorità in data 3 novembre 2015, avendo i funzionari incaricati prelevato alcuni *data base* di posta elettronica in busta chiusa.

29. Sulla base degli elementi acquisiti nel corso degli accertamenti ispettivi effettuati, anche in considerazione della denuncia pervenuta in data 2 dicembre 2015, il procedimento è stato oggettivamente esteso alla ulteriore attività di concertazione tra le Parti, relativa alla gara bandita da ASUR Marche per l'affidamento del servizio di fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso farmacie convenzionate e attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in terapia domiciliare, nonché alla sua evoluzione e alle successive modalità di erogazione di tali servizi ai pazienti residenti nella Regione Marche.

30. Inoltre, con delibera del 13 gennaio 2016², il procedimento è stato soggettivamente esteso alla società Medicaire Centro, in quanto rappresentante del Gruppo Medicaire nell'ambito della gara indetta da ASUR Marche oggetto del procedimento e delle attività ad essa connesse. Infine, con delibera del 23 marzo 2016³, il procedimento è stato oggettivamente esteso alla ulteriore attività di concertazione tra le Parti volta a mantenere un livello artificialmente elevato del prezzo del servizio di fornitura di ossigenoterapia domiciliare in Campania, già a partire da dicembre 2012; inoltre, esso è stato soggettivamente esteso alla società Tergas.

31. Le Parti del procedimento Linde, Medicaire Italia, Medicaire Sud, Medicaire Centro, Medigas, Magaldi, Sapio, Eubios, Ossigas, SICO, Vivisol, Vivisol Napoli, Vitalaire, Tergas e Respiraire hanno richiesto di essere sentite in audizione e sono state audite, ove richiesto anche in più di un'occasione, tra il 14 gennaio e il 26 luglio 2016. Le Parti hanno, altresì, chiesto ed esercitato in più occasioni il diritto di accesso agli atti del procedimento tra il 9 e il 15 dicembre 2015, tra il 14 gennaio e l'8 febbraio 2016, tra il 7 e il 21 aprile 2016, tra il 20 giugno e il 21 luglio 2016, tra il 16 e il 22 settembre 2016 e, infine in data 18 e 21 novembre 2016.

32. La società OXY Live ha chiesto di essere sentita in audizione con comunicazione dell'11 novembre 2015. L'audizione è stata fissata in data 18 febbraio 2016 e rinviata su istanza di Parte prima alla data del 3 marzo, poi, sempre su richiesta di Parte, al 17 marzo e ancora al 14 aprile 2016. A fronte della protratta indisponibilità della Parte ad essere audita nelle date da essa stessa indicate, la Direzione ha provveduto, in data 17 marzo 2016, ad inviare una richiesta di informazioni al fine di acquisire comunque, nel rispetto del diritto al contraddittorio, le informazioni necessarie a definire il quadro probatorio del procedimento. A tale richiesta di informazioni OXY Live ha dato riscontro con lettera del 23 marzo 2016, la quale è stata seguita da espressa rinuncia all'audizione, come risulta da comunicazione del 7 aprile 2016. Gli Uffici hanno preso atto di tale rinuncia con lettera dell'11 aprile 2016, nella quale è stata comunque manifestata piena disponibilità ad audire la Parte laddove essa ne facesse nuova istanza.

33. Inoltre, sono state sentite in audizione ASUR Marche il 18 dicembre 2015, ASL Milano 1 il 27 gennaio 2016, SORESA il 3 febbraio 2016, la società G. Compagnoni Ossigeno s.r.l. (di seguito, "GCO") il 7 aprile 2016 e AIFA – Agenzia Italiana del Farmaco il 18 aprile 2016.

34. Infine, nel corso dell'istruttoria sono state formulate richieste di informazioni alle società Philips s.p.a., Medtronic Italia s.p.a., ResMed EPN Ltd., Siare Engineering International Group s.r.l., Weinmann GmbH, Dima Italia s.r.l. e Medical Products Research s.r.l., in qualità di società produttrici di apparecchiature per la ventiloterapia, al fine di acquisire informazioni in merito alle prassi commerciali del settore; ad ASL Milano 1, ASUR Marche e alle AA.SS.LL. Campane Napoli 1 Centro, Napoli 2 Nord, Napoli 3 Sud, Benevento, Avellino, Caserta e Salerno, allo scopo di accertare l'andamento del numero dei pazienti assistiti prima e dopo lo svolgimento delle diverse gare; una specifica richiesta di informazioni è stata inviata a SICO per accertare la sua eventuale presenza quale fornitore del servizio di ossigenoterapia nel territorio campano.

35. Le Parti hanno presentato memorie scritte e precisazioni nel corso del procedimento, i cui contenuti sono stati presi in debita considerazione nella redazione del presente provvedimento.

36. In data 30 settembre 2016 sono state inviate alle Parti le Risultanze Istruttorie del procedimento.

37. In data 21 ottobre 2016 sono pervenute quattro istanze di proroga dei termini infraprocedimentali dell'istruttoria da parte delle società Sapio, Eubios, OXY Live e Vitalaire. Tali istanze sono state rigettate dal Collegio con delibera del 26 ottobre 2016 in considerazione del considerevole lasso di tempo garantito alle Parti tra la notifica della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e il termine di chiusura della fase istruttoria, idoneo a garantire ampiamente l'esercizio del diritto di difesa delle stesse e della tempestiva contezza dei documenti agli atti del fascicolo istruttorio, garantita alle Parti le quali hanno esercitato a più riprese il diritto di accesso agli atti.

² [Pubblicata in Bollettino n. 1/2016.]

³ [Pubblicata in Bollettino n. 11/2016.]

38. In data 17 novembre 2016 è pervenuta un'istanza istruttoria da parte delle società Vivisol e Vivisol Napoli volta a chiedere al Collegio - considerato che il procedimento disciplinato dagli artt. 12 e ss. della legge 287/90 costituisce attuazione di un'accusa penale, ai sensi dell'articolo 6 para 1 CEDU - un approfondimento istruttorio su alcuni elementi di fatto, asseritamente non pienamente valutati dagli Uffici nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

39. Rispettivamente in data 17 e 22 novembre 2016 sono pervenute istanze, da parte delle società Tergas e Magaldi, di non applicazione della sanzione, in ragione della asserita incapacità contributiva delle società istanti.

40. In data 22 novembre 2016 si è tenuta l'audizione finale, dinnanzi al Collegio, dei rappresentanti delle società Linde, Medicaire Italia, Medicaire Sud, Medicaire Centro, Medigas, Magaldi, Sapio, Eubios, OXY Live, Ossigas, Respiraire, SICO, Vivisol, Vivisol Napoli, Vitalaire, Tergas nonché di ASUR Marche.

IV. IL SETTORE INTERESSATO

41. Le vicende oggetto del procedimento concernono comportamenti d'impresa posti in essere in occasione dello svolgimento di gare relative alla fornitura dei servizi di ventiloterapia e ossigenoterapia domiciliare, nonché alla fornitura di ossigeno e altri gas medicinali, funzionali a tali terapie. Trattasi di servizi destinati a pazienti affetti da insufficienza respiratoria o da severa sindrome delle apnee ostruttive nel sonno, che possono beneficiare di cure domiciliari senza la necessità di degenza ospedaliera; in molti casi, la prescrizione di tali cure segue le dimissioni ospedaliere del paziente. La scelta tra l'una o l'altra terapia dipende, di norma, dalla natura e dalla gravità della patologia mentre rientra nella discrezionalità dell'ente appaltante la scelta di inserire o meno nel medesimo contesto di gara entrambi i servizi di ventiloterapia domiciliare (di seguito, anche "VTD") e ossigenoterapia domiciliare (di seguito, anche "OTD").

La ventiloterapia domiciliare

42. Per quanto di interesse in questa sede, la ventiloterapia (o ventilazione meccanica) domiciliare prevede la fornitura domiciliare di apparecchiature elettromedicali con il relativo servizio di installazione, manutenzione ed assistenza con personale specializzato, nonché supporto sanitario e verifica da remoto dei parametri vitali del paziente e della funzionalità delle apparecchiature.

43. Questa terapia viene generalmente impiegata nel trattamento dell'insufficienza respiratoria allo scopo di aumentare i livelli di ossigeno nel sangue ovvero ridurre i livelli di anidride carbonica, sostenendo il lavoro dei muscoli respiratori, attraverso l'utilizzo di appositi macchinari. Il ventilatore utilizzato dal paziente, infatti, può sostituire, in tutto o in parte, i muscoli a seconda del loro grado di compromissione. Il servizio è, quindi, connotato da due caratteristiche principali: la complessità del dispositivo e la qualità del servizio medesimo.

44. Il servizio di ventiloterapia è fornito da imprese che, ad eccezione di rari casi, non producono i macchinari necessari alla loro attività (vale a dire, i ventilatori) ma si approvvigionano da imprese terze. Al fine di comprendere le specificità del settore, nel corso dell'istruttoria sono state inviate richieste di informazioni ai principali produttori di tali apparecchiature operanti nel mercato italiano⁴. Dalle risposte pervenute è emerso che esistono differenti tipologie di macchinari, a seconda del tipo di terapia necessaria. Le medesime risposte hanno, tuttavia, evidenziato che in molti casi sussiste una completa sostituibilità tra i diversi macchinari destinati alla cura della medesima patologia.

Peculiare, in tal senso, è la posizione di Philips, *leader* del mercato, la quale consente agli *Home Care Providers* (di seguito, "HCP") che lo richiedano di commercializzare i propri dispositivi per la VTD con il marchio dell'HCP, provvedendo essa stessa ad apporre tale marchio in luogo di (o accanto a) quello di Philips. Poiché Philips non contempla nei propri contratti vincoli di esclusiva territoriale, ne discende che vi siano sul mercato prodotti del tutto identici tra loro sotto il profilo delle caratteristiche tecniche, che si differenziano unicamente per il marchio.

L'ossigenoterapia domiciliare

45. L'ossigenoterapia domiciliare, invece, consiste nella somministrazione, a pazienti affetti da disturbi respiratori cronici, di ossigeno liquido o di altri gas medicinali presso la dimora del paziente tramite l'utilizzo di contenitori criogenici e di dispositivi accessori, quali mascherine, cannule, etc.; tali sostanze sono contenute in Unità Base che vengono programmate in modo da rilasciare le dosi dei gas in base al piano terapeutico redatto dal medico specialista.

46. Si noti che, nell'ambito del completamento del processo di recepimento della Direttiva UE 2001/83/CE, recante il codice comunitario dei medicinali per uso umano, il legislatore ha disposto che, a partire dal 1° gennaio 2010, l'ossigeno può essere commercializzato solo se dotato di un'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC); per gli altri gas medicinali l'obbligo decorre dal 1° gennaio 2012⁵. Ciò in quanto ossigeno e altri gas medicinali espressamente

⁴ [In data 24 febbraio 2016, sono state inviate richieste alle società Philips s.p.a. Healthcare Respirionics (di seguito, anche "Philips"), Medtronic Italia S.p.A. - Covidien (di seguito, anche "Covidien"), ResMed EPN Ltd. (di seguito, anche "Resmed"), Siare Engineering International Group s.r.l. (di seguito, anche "SIARE"), Weinmann (doc. da 689 a 693) e, in data 8 marzo 2016, alle società DIMA Italia s.r.l. (di seguito, anche "DIMA") e Medical Products Research s.r.l. (di seguito, anche "MPR") (doc. 711 e 712).]

⁵ [Più in particolare, il D.M. 29 febbraio 2008 del Ministero della Salute, Disposizioni di attuazione dell'articolo 6, comma 4-bis, del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 recante: «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE» e successive modificazioni, ha previsto che i gas medicinali già in commercio alla data di entrata in vigore dello stesso decreto (e privi dunque dell'AIC) potessero continuare a essere commercializzati secondo le seguenti scadenze: fino al 31 dicembre 2009, se si tratta di medicinali composti da

rientrano tra i "medicinali per uso umano" la cui distribuzione all'ingrosso è disciplinata dal d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219⁶. La fornitura di tali gas soggiace, dunque, alla medesima disciplina in vigore per i medicinali.

47. Il servizio di ossigenoterapia domiciliare comprende la fornitura del farmaco ossigeno e degli altri gas medicinali, che, come anticipato, può essere erogato da società che dispongono di officina farmaceutica autorizzata alla produzione di gas medicinali provvisti di AIC, nonché la fornitura di servizi di assistenza domiciliare al paziente ancillari all'erogazione dell'ossigeno, quali l'installazione e l'assistenza tecnica delle apparecchiature criogeniche che contengono l'ossigeno, il monitoraggio dell'utilizzazione dell'ossigeno e l'eventuale sostituzione dei contenitori base o dei dispositivi accessori. Da considerare che, come riconosciuto dalle Parti, l'ossigeno "sebbene sia un farmaco, è un prodotto uguale per tutti"; ciò che può differire è la qualità dei servizi accessori che "può differenziare un operatore da un altro"⁷.

48. Rileva considerare, infine, come l'ossigeno e gli altri gas medicinali siano inseriti in fascia A, ovvero H, a seconda dell'utilizzo a domicilio o in ospedale; in entrambi i casi, tuttavia, e a differenza dei farmaci in fascia C, il regime di rimborsabilità è interamente a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

L'offerta e la domanda di tali servizi

49. La fornitura dei servizi di ventiloterapia e ossigenoterapia domiciliare vede la presenza di un numero ristretto di società, che operano su tutto il territorio nazionale, ossia le Parti, salvo alcune imprese di piccole dimensioni, attive solo in alcune Regioni. Pertanto, in ambito nazionale, la struttura dell'offerta risulta piuttosto concentrata. Le imprese che operano su tutto il territorio nazionale appartengono, nella maggior parte dei casi, a gruppi multinazionali e offrono entrambi i servizi (VTD e OTD) oggetto di istruttoria. Occorre rilevare che negli ultimi anni si è assistito ad una progressiva riduzione del numero di imprese nel settore, attraverso l'acquisizione dei piccoli operatori ad opera delle imprese di maggiori dimensioni. A titolo esemplificativo delle dinamiche di mercato, rilevano le acquisizioni di Crio Salento s.r.l. da parte di Sapio (che ha avuto luogo a luglio 2015) e di Ossigas s.r.l. da parte di Rivoira Pharma s.r.l., società che appartiene al medesimo gruppo al quale appartengono Medigas e Magaldi, (che ha avuto luogo a marzo 2016).

50. L'offerta dei servizi di OTD e VTD è rivolta sia ai privati (ad esempio, case di cura e strutture sanitarie private) sia alle pubbliche amministrazioni responsabili dei servizi sanitari a livello regionale o locale. Queste ultime procedono all'approvvigionamento delle forniture sulla base della disciplina dettata dal Codice degli Appalti, attraverso gare ad evidenza pubblica, anche sotto forma di unioni di acquisto tra Amministrazioni. Sul punto, appare importante sottolineare sin da ora che, trattandosi di servizi indispensabili per la salute dei pazienti, ciascuna Amministrazione è tenuta a garantirne sempre la fornitura⁸.

V. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

51. Dall'attività istruttoria svolta è emerso che le Parti hanno posto in essere condotte collusive che si sono tradotte in tre distinte intese relative:

(i) alle quattro gare indette da (o per conto di) ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di ventiloterapia domiciliare ai pazienti del territorio di competenza di tale Amministrazione e alle attività ad esse connesse;

(ii) alla gara indetta da ASUR Marche e alle ulteriori attività delle Parti nell'ambito della fornitura dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per i pazienti residenti nelle Marche;

(iii) alla gara indetta da SORESA per la fornitura del servizio di ossigenoterapia domiciliare in Campania nonché all'attività di coordinamento delle Parti nel periodo che ha preceduto la gara, a partire da dicembre 2012.

Le tre intese appaiono tutte caratterizzate dal medesimo intento, condiviso tra le Parti, di mantenere artificiosamente alto il prezzo della fornitura dei servizi di ossigenoterapia e/o ventiloterapia domiciliare nonché di cristallizzare il mercato, garantendo un equilibrio nelle rispettive quote di mercato ed evitando l'ingresso di nuovi operatori.

solo ossigeno; fino al 30 giugno 2010, se si tratta di medicinali composti da solo azoto protossido; - fino al 31 dicembre 2010, se si tratta di medicinali composti da sola aria medicale; fino al 31 dicembre 2011, se si tratta di medicinali composti da altri gas non associati o da miscele di gas (art. 2). Alla scadenza di tali date, per la loro immissione in commercio sarà necessaria l'AIC. Si veda sul punto anche la determinazione AIFA pubblicata nel Supplemento Ordinario n. 5 alla Gazzetta Ufficiale n. 4 del 7 gennaio 2010.]

⁶ [Cfr. il d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 - Attuazione della direttiva 2001/83/CE relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE.]

⁷ [Cfr. doc. 673.]

⁸ [Nell'ambito delle vicende segnalate all'Autorità nel presente caso, si osserva come le modalità di approvvigionamento per le aziende sanitarie locali siano disciplinate, a livello nazionale, dall'articolo 1, comma 449, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, in base al quale "Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A." (l. 27 dicembre 2006, n. 296 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007). L'articolo 15, comma 13 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario - c.d. 'spending review') ha più di recente ribadito tale obbligo e previsto ulteriori percorsi di approvvigionamento (i.e. convenzioni, Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA) e procedure informatiche). L'insieme di tali norme è preordinato a raggiungere risparmi nella spesa pubblica sanitaria, per effetto dei vantaggi derivanti dalla centralizzazione della spesa, sia in termini di efficienza (riduzione del numero delle procedure di selezione dei fornitori), sia in termini di risparmio sui prezzi di aggiudicazione delle forniture.]

V.A. Premessa: le dinamiche del settore e la propensione delle imprese all'accreditamento

52. Prima di entrare nel merito delle risultanze istruttorie relative a ciascuna delle tre intese oggetto di valutazione nel presente provvedimento, occorre rilevare come l'attività istruttoria abbia dato conto di un contesto di mercato caratterizzato da numerosi e continui contatti tra le Parti relativi a diverse tematiche del settore⁹ e, in particolare, relativi alle modalità di approvvigionamento dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

53. Al riguardo, dalla lettura della documentazione istruttoria emerge la pervasiva condivisione tra le Parti dell'esigenza di esercitare una insistente pressione nei confronti delle Amministrazioni, volta a indurre queste ultime a scegliere come forma di approvvigionamento l'accreditamento in luogo della procedura di gara ad unico aggiudicatario, basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

54. In questa direzione depongono alcune comunicazioni alle Regioni o agli enti appaltanti, nelle quali le imprese chiedono espressamente l'adozione di un "modello alternativo all'attuale impostazione dell'appalto"¹⁰, vale a dire l'accreditamento; modello che comporterebbe, tra le altre cose, "lo spostamento della competizione sull'incremento del livello qualitativo dei servizi erogati" e il "mantenimento dei livelli occupazionali", in ragione della presenza di più operatori sul territorio¹¹.

55. In proposito, appare opportuno chiarire come le evidenze acquisite dimostrino che il favor delle Parti per l'accreditamento sia imputabile alla volontà di evitare il confronto competitivo diretto tra le stesse e lo svolgimento di concorrenza sul prezzo, prediligendo un sistema in cui tutti gli operatori possono offrire il servizio e non sono scelti sulla base del prezzo, né della qualità della fornitura, stante la standardizzazione di quest'ultima i cui parametri sono imposti nei bandi di gara, ma sulla base di criteri diversi come, ad esempio, la presenza storica sul territorio.

56. Al riguardo, depongono, in primo luogo, le dichiarazioni delle imprese che riconoscono come l'accreditamento, lungi dallo stimolare virtuose dinamiche concorrenziali, determini una cristallizzazione del mercato, giacché "favori[sce] le attuali aziende già fornitrici che, anche se con prezzi differenti, manterrebbero all'incirca le medesime quote di mercato"¹². Tali conclusioni sono state confermate in sede di audizione: "nel primo caso [Accreditamento/Accordo Quadro], in linea di massima (...), non c'è nessun tipo di subentro in quanto ciascun operatore accreditato continua a servire i pazienti storici, eventualmente ampliando il proprio portafoglio con rispetto ai pazienti nuovi; nel caso di gara [con un unico aggiudicatario], invece, l'aggiudicatario in linea teorica subentra nella fornitura del servizio a tutti i pazienti dell'area messa a gara. Per queste ragioni, [SICO] ritiene che l'accreditamento non sia lo strumento idoneo per affidare i servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia, in quanto favorisce la cristallizzazione del mercato e, di fatto, impedisce l'ingresso di nuovi operatori"¹³.

57. In secondo luogo, l'accreditamento, secondo la documentazione agli atti, comporterebbe un vantaggio per le imprese anche in termini di corrispettivo percepito dall'amministrazione per la fornitura del servizio, poiché il prezzo concordato con l'accreditamento, di norma, è più alto¹⁴ rispetto al prezzo che potrebbe essere garantito alle amministrazioni se le imprese concorressero in gara, con evidente danno per le amministrazioni stesse, e, più in generale, per il sistema sanitario nazionale; nelle parole di Linde: "le procedure ad accordo quadro e accreditamento comportano di regola l'applicazione di prezzi leggermente più alti di quelli che conseguono ad una gara con fornitore unico"¹⁵.

58. Infine, dalla documentazione istruttoria emerge che l'accreditamento non è idoneo a stimolare la 'concorrenza sulla qualità', diversamente da quanto le Parti vorrebbero sostenere, in quanto comporta "standard omogenei delle prestazioni erogate"¹⁶; circostanza che evidentemente contrasta con la tesi ufficiale della 'competizione qualitativa'¹⁷. Del resto, trattandosi di prestazioni sanitarie - e, nel caso dell'ossigenoterapia, essendo l'ossigeno un farmaco - lo standard della prestazione e del prodotto deve essere di per sé elevato, pena il non accreditamento dell'impresa tout court.

⁹ [Ad esempio, sono state acquisite evidenze in merito alla condivisione delle risposte da fornire agli enti appaltanti circa la riduzione dei prezzi nella misura del 5% ai sensi del d.l. 78/2015 (cd. spending review) e del d.l. 66/2014 (relativo alle norme volte a garantire la trasparenza e razionalizzazione della spesa pubblica) (cfr., tra gli altri, i doc. 344 e 364).]

¹⁰ [Cfr., ad esempio, doc. 232.]

¹¹ [Cfr. docc. 229, 232 e 241.]

¹² [Cfr. doc. 263.]

¹³ [Cfr. doc. 608.]

¹⁴ [Cfr. doc. 303. Tale posizione è di fatto confermata anche nelle memorie finali depositate dalle Parti. Si vedano in particolare i documenti 1074 all. 1, in cui la Parte riconosce espressamente l'idoneità degli accordi quadro a mantenere lo status quo del mercato.]

¹⁵ [Cfr. doc. 1083.]

¹⁶ [Cfr. doc. 232.]

¹⁷ [Cfr. anche il doc. 400 dove, nel descrivere il 'Progetto accreditamento Home Care Provider' si legge "Modalità di assistenza: le prestazioni oggetto del contratto saranno definite e standardizzate quanto a: modalità e tempi di erogazione; farmaci, materiali e dispositivi forniti; assistenza tecnica e manutenzione; modalità di coinvolgimento e formazione caregiver; trasporti e consegne; supporto professionale specialistico e call center II° livello" (enfasi aggiunta).]

59. Al cospetto di Amministrazioni che hanno, comunque, optato per l'affidamento del servizio attraverso la gara ad aggiudicatario unico (o comunque in presenza di un'unica offerta), fissando come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (articolo 83 Codice degli Appalti), le evidenze mostrano che l'azione di contrasto posta in essere dalle Parti si sia tradotta nella mancata partecipazione alle gare. Emblematico in tal senso è un documento 'riepletivo' acquisito presso la società Magaldi, dove, dopo aver tratteggiato lo scenario degli ultimi anni, l'Amministratore Delegato della società elenca numerose gare nelle quali le imprese hanno di comune accordo scelto di non partecipare¹⁸.

60. Le evidenze agli atti, dunque, mostrano un diffuso contesto di sfavore nei confronti delle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in presenza di un'unica offerta, e il tentativo delle Parti di imporre condizioni di erogazione del servizio più onerose per le Amministrazioni e di ripartirsi in accordo tra loro i pazienti destinatari delle prestazioni oggetto di gara. In questo contesto generale, si inseriscono le tre intese oggetto del presente procedimento.

V.B. La concertazione tra le parti in occasione delle 3 procedure oggetto di istruttoria

V.B.1. Le gare indette da (o per conto di) ASL Milano 1 per il servizio di ventiloterapia domiciliare

61. L'attività istruttoria ha consentito di accertare il coordinamento tra le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol nella partecipazione alle gare bandite da (o per conto di) ASL Milano 1 per la fornitura dei servizi di ventiloterapia domiciliare per i pazienti residenti nel territorio di tale Amministrazione. In particolare, le evidenze istruttorie hanno consentito di accertare che le suddette società hanno condiviso le strategie di partecipazione alle quattro gare indette da (o per conto di) ASL Milano 1, coordinandosi per non partecipare alle prime tre gare, ovvero per presentare offerte chiaramente inammissibili, e presentando tutte la medesima offerta nell'ambito della quarta gara, offerta di importo pari alla base d'asta, senza che nessuna di esse abbia proposto un rilancio competitivo nella successiva fase all'uopo dedicata.

62. Prima di procedere ad esaminare in dettaglio i comportamenti delle Parti, si evidenzia che, dalla documentazione agli atti del fascicolo istruttorio emerge che il servizio di VTD per il territorio ASL Milano 1 ha dovuto essere oggetto di ben quattro procedure di gara prima di poter essere effettivamente aggiudicato nel settembre 2014, sebbene i contratti in essere fossero scaduti già nel 2012. Ciò in quanto dei 22 lotti relativi alla fornitura del servizio di VTD per i pazienti residenti nel territorio di competenza della ASL Milano 1, oggetto della prima gara, ne sono stati aggiudicati solo 7, a favore delle società SICO e Respiraire.

63. I restanti lotti, invece, sono stati oggetto di altre tre procedure di gara - bandite rispettivamente a maggio 2013, a dicembre 2013 e a giugno 2014- e solo con l'ultima gara sono stati aggiudicati ad un prezzo sensibilmente superiore a quello originariamente previsto dall'Amministrazione.

64. In questo contesto, si ha evidenza di contatti tra le Parti volti a concertare i contenuti delle lettere che ognuna di esse avrebbe dovuto inviare alla stazione appaltante in risposta alla richiesta di proroga dei contratti di fornitura in essere, nelle more dello svolgimento della gara.

65. Tra questi, significativo è lo scambio di email del 10 dicembre 2013 tra Medicaire Italia, Vivisol, Sapio, Medigas, Vitalaire e Linde dove si legge: "come da accordi sotto la bozza di lettera" predisposta, di comune accordo, a fronte della richiesta inviata dall'ASL individualmente a ciascuna società per la proroga dei contratti di fornitura in essere, nelle more dell'espletamento delle procedura di gara.

Il testo della lettera recita: "tutto ciò considerato, non siamo nella possibilità di concedere la proroga da voi richiesta alle condizioni esplicitate, ma siamo disponibili a proseguire il servizio alle condizioni economiche definite nell'incontro del 17.10.2013. Confidiamo, peraltro, che nella formulazione del nuovo capitolato relativo alla fornitura del servizio di ventiloterapia dell'ASL Milano 1 si faccia riferimento a quanto già pubblicato dall'ASL di Cremona come capifila del raggruppamento delle ASL di Cremona, Lodi, Mantova, Milano 2 e Pavia (...) considerando tale esperienza come una best practice nella direzione di una razionalizzazione delle procedure di acquisto del SSR"¹⁹. Segue un listino con l'indicazione dei prezzi per ciascun prodotto oggetto di gara.

¹⁸ [Cfr. doc. 312. E così, ad esempio, con riferimento alla gara indetta da ASL Caserta 1 nel 2006: "fu il primo banco di prova per testare il lavoro certosino di ricompattamento iniziato con grande sforzo e perseveranza a partire dal gennaio 2006. (...) la ASL, dopo aver pubblicato per ben 2 volte il Bando (...) senza aver nessuna risposta, rinunciò ufficialmente alla Gara d'Appalto affidando ancora alle farmacie private il servizio di ossigenoterapia domiciliare attraverso la libera scelta delle ditte fornitrici. Il dietro front della Asl fu possibile grazie alla presa di posizione delle aziende del settore (...) Per la prima volta realmente protagonisti, non più in balia delle scelte dei farmacisti o delle Asl, gli Home care provider nel corso di numerosi incontri susseguiti negli ultimi due mesi, dichiararono con fermezza di essere inamovibili su eventuali accordi che avessero alterato il prezzo ex factory di euro 4,20 m/c determinato legittimamente dall'AIFA". Del pari, con riferimento alla gara ASL AV 1 del 2006: "anche in questo caso le aziende scelsero di non partecipare nonostante la forte motivazione della Asl ad innescare una procedura tutta basata sul ribasso del prezzo e per la prima volta fu inviata una diffida a procedere". Ancora, con riguardo alla gara indetta da ASL Napoli 4 nel 2008: "altra gara indetta per ben due volte a distanza di pochi mesi ed andata deserta per libera scelta degli operatori del settore". Si noti che solo per motivi temporali (il documento è precedente all'indizione della gara SORESA) e di territorio servito dalla società scrivente (che non opera in Lombardia e nelle Marche), nel documento non compaiono valutazioni in merito alle gare oggetto della presente istruttoria.]

¹⁹ [Cfr. doc. 510.]

66. La condivisione di tale testo tra le Parti si è tradotta nella risposta fornita da ciascun operatore all'Amministrazione; si vedano, a titolo esemplificativo, la lettera inviata da Medicaire Italia in data 11 dicembre 2013²⁰, quella inviata da Sapio in data 30 gennaio 2014²¹, quella inviata da Vivisol in data 11 dicembre 2013, come ribadita nella successiva lettera del 14 marzo 2013²² e quella di Linde del 31 marzo 2014²³.

67. La documentazione agli atti mostra, quindi, che le Parti hanno concertato tra loro una strategia volta a indurre l'Amministrazione appaltante ad aumentare i prezzi posti a base d'asta dei singoli lotti, mandando deserte le prime tre procedure, sicure della circostanza che altri operatori non avrebbero presentato offerte e che, pertanto, gli operatori che all'epoca fornivano il servizio non avrebbero rischiato di perdere l'attività in essere.

68. In sede di quarta gara, ottenuti i prezzi a base d'asta richiesti, le Parti, certe del contenuto dell'offerta degli altri concorrenti, partecipanti all'intesa, non hanno presentato offerte migliorative rispetto alla base d'asta, neppure nella prevista fase di rilancio competitivo che, anzi, è stato il momento per le stesse di verifica della tenuta della concertazione.

La prima gara

69. Nel dettaglio, nella prima *Procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro per un periodo di 24 mesi* per la fornitura del servizio di VTD, indetta da ASL Milano con delibera del 22 novembre 2012²⁴, in qualità di capofila dell'unione d'acquisto con ASL Milano 1 e ASL Milano 2, dei 22 lotti di interesse di ASL Milano 1, sono stati aggiudicati solo 7 lotti, di cui 5 a SICO e 2 a Respiraire, uniche società ad aver presentato offerta.

70. Il bando prevedeva l'aggiudicazione di 69 lotti (22 di interesse di ASL Milano, 22 di interesse di ASL Milano 1 e 25 di interesse di ASL Milano 2) per un importo complessivo pari a circa 13 milioni di euro; ciascun lotto aveva ad oggetto la fornitura presso il domicilio del paziente di un dispositivo nonché dei relativi materiali, attrezzature e servizi di supporto.

71. Solo per i pazienti di ASL Milano era, inoltre, previsto il servizio accessorio di assistenza domiciliare attraverso personale specializzato (medico ed infermieristico)²⁵; contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti, nessun servizio accessorio era, invece, previsto per i pazienti di ASL Milano 1 e di ASL Milano 2.

72. La durata del contratto era di 24 mesi con facoltà di rinnovo per ulteriori 6 mesi.

Il disciplinare stabiliva che la gara dovesse essere esperita mediante la formula della procedura aperta, per lotti disgiunti, con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 82 del Codice degli Appalti. Inoltre, pur essendo la procedura finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, il disciplinare espressamente disponeva che si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida. Pertanto, il meccanismo di gara era tale per cui ciascuna impresa poteva partecipare anche per un unico lotto e si sarebbe aggiudicata il lotto/i anche laddove fosse stata l'unica a presentare offerta. In presenza di più offerte, nel caso di equivalenza dell'apparecchiatura offerta da più aziende (ad esempio, nell'ipotesi di cd. *rebranding*) oppure in caso di mancata indicazione da parte del medico specialista, sarebbe stata scelta l'apparecchiatura offerta al prezzo più basso. Al riguardo, dirimente è il contenuto del Chiarimento n. 10 del 6 febbraio 2013, nel quale è precisato che: "*nel caso l'apparecchiatura sia offerta da più aziende, verrà scelta quella che ha offerto il prezzo più basso*"²⁶.

73. Quanto alle condizioni economiche poste a base d'asta, esse erano state fissate in linea con i corrispettivi previsti nei contratti di fornitura in quel momento vigenti. Come sottolineato dai rappresentanti dell'Amministrazione in sede di audizione, "*per ragioni di efficienza economica, anche alla luce delle indicazioni della Regione Lombardia, l'amministrazione aveva deciso di indire una gara unica insieme con ASL Milano e ASL Milano 2 e di fissare i prezzi da porre come base d'asta in linea con i prezzi applicati nella precedente gara dalla stessa indetta nonché con i prezzi applicati in due gare relative allo stesso servizio che erano appena state aggiudicate (ASL Como e ASL Monza-Brianza). Ciò in quanto, ad avviso dell'ASL, i costi relativi alla fornitura di tale servizio erano rimasti invariati rispetto al passato*"²⁷. Ciò trova riscontro nella documentazione fornita da ASL Milano 1²⁸, sebbene tale circostanza sia

²⁰ [Cfr. doc. 717.]

²¹ [Cfr. doc. 423.]

²² [Cfr. doc. 639.]

²³ [Cfr. doc. 197. La lettera risulta inviata tardivamente rispetto a quelle degli altri operatori, in quanto seguiva alla scadenza del contratto vigente e, quindi, alla richiesta di proroga, trasmessa dall'amministrazione il 26 marzo 2014.]

²⁴ [Così la deliberazione di ASL Milano n. 1543 del 22 novembre 2012 avente ad oggetto la "indizione, ai sensi dell'art. 59 del D. Lgs. n. 163/2006, di procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro, espletata in unione d'acquisto con l'ASL di Milano (capofila), l'ASL di Milano 1 e l'ASL di Milano 2, per l'affidamento del servizio di Ventilazione Polmonare Domiciliare (V.M.D.), per un periodo di 24 mesi" (doc. 1).]

²⁵ [Cfr. art. 1.2 del Capitolato Speciale.]

²⁶ [Cfr. doc. 1074.]

²⁷ [Cfr. doc. 639.]

²⁸ [Cfr. doc. 835.]

contestata dalle Parti che affermano che i prezzi posti a base d'asta fossero sensibilmente inferiori a quelli applicati altrove²⁹.

74. Inoltre, per ASL Milano 1, così come per ASL Milano 2, la base d'asta era "riferita alla fornitura destinata a tutti gli assistiti residenti nel territorio delle Aziende stesse, sia quelli risultanti già presi in carico sia ai pazienti per i quali, successivamente alla stipula del contratto, si richiederà nuova attivazione"³⁰. In altre parole, era previsto che in caso di aggiudicazione il prezzo offerto si applicasse anche alle prestazioni analoghe relative ai pazienti già in carico all'HCP. Tuttavia, occorre precisare che i prezzi posti a base d'asta erano in linea con quelli in quel momento vigenti. Inoltre, occorre considerare, come ammesso nelle stesse memorie delle Parti, l'elevato *turn-over* nella sostituzione dei macchinari per la VTD, dovuto all'elevata mortalità dei pazienti, nonché alla necessità di cambiare le apparecchiature a seguito di intervenute modifiche nella terapia dei pazienti³¹.

75. Nel termine di presentazione stabilito nella documentazione di gara (11 marzo 2013) sono pervenute offerte solo da parte di SICO e di Respiraire, per un totale di 7 lotti, rispetto ai 22 lotti di interesse di ASL Milano 1 oggetto di gara.

Tabella 1: offerte in sede di gara 1

Lotto	Base d'Asta biennale (iva esclusa)	Sconto Offerto da Respiraire	Sconto Offerto da SICO
23	€ 522.144,00	2%	-
24	€ 69.984,00	10%	-
40	€ 28.000,00	-	8,57%
41	€ 31.500,00	-	57,14%
42	€ 154.000,00	1%	9,54%
43	€ 19.800,00	5%	3,3%
44	€ 59.700,00	5%	14,57%

76. Sul punto, la documentazione agli atti mostra un atteggiamento di forte contrapposizione da parte delle altre imprese del settore nei confronti sia delle due società che avevano presentato offerta, sia più in generale dell'Amministrazione, al punto che, nel corso di un tavolo tecnico tenutosi il 4 luglio 2013 tra ASL Milano 1 e le società Linde, Vitalaire, Vivisol, Medicaire Italia, Sapio e Medigas, secondo quanto scrive il referente di Medigas, "molti operatori tra cui Medicaire e Linde hanno chiesto a gran voce di rimetter tutto nuovamente in discussione compresi i lotti già assegnati"³².

77. Nel merito dei lotti aggiudicati, si osserva che SICO ha formulato offerta unicamente per i lotti per i quali era prevista la formula dell'acquisto del ventilatore e dei relativi materiali e non per quelli inerenti il noleggio. In sede di audizione, i rappresentanti della società hanno chiarito che "SICO non era in condizione di formulare offerte per i lotti aventi ad oggetto la fornitura in noleggio delle apparecchiature: la gara prevedeva il noleggio di apparecchiature che, di fatto, erano in esclusiva dei suoi concorrenti e, dunque, SICO non avrebbe potuto svolgere il servizio"³³.

78. Quanto a Respiraire, la cui offerta era limitata alle sole apparecchiature a basso valore tecnologico³⁴, la documentazione acquisita mostra come la società, in quanto nuova entrante nel mercato della VTD, sia stata fortemente ostacolata dalle altre Parti che le hanno contestato la disponibilità delle apparecchiature necessarie allo svolgimento del servizio. Come sottolineato dalla stessa società, infatti, "Respiraire è stata percepita dagli altri competitors, sin dal suo affacciarsi sul mercato italiano, come una sorpresa inaspettata, quasi fosse 'un'intrusa' in un settore in cui i principali operatori erano radicati sul mercato già da anni"³⁵.

79. In particolare, diversi documenti agli atti danno conto di contestazioni sollevate dalle Parti all'Amministrazione successivamente all'apertura delle offerte³⁶. Significativa, in tal senso, la posizione di Medicaire Italia, la quale ha rivendicato la sussistenza a suo favore di un vincolo di esclusiva in Italia per la distribuzione dei prodotti di Breas, alcuni dei quali erano stati inclusi da Respiraire nell'offerta presentata. Tale contestazione ha comportato uno stato di

²⁹ [Si rinvia alla sezione delle Argomentazioni delle Parti, infra.]

³⁰ [Cfr. art. 2 del Capitolato Speciale.]

³¹ [Cfr. doc. 1080, in cui si afferma: "nei settori in questione, il tasso di mortalità e di attivazione di nuovi pazienti è particolarmente elevato e sono frequenti casi in cui (ad esempio a causa dell'aggravarsi delle condizioni) un assistito debba modificare la propria terapia o passare ad un diverso macchinario".]

³² [Cfr. doc. 133.]

³³ [Cfr. doc. 608.]

³⁴ [Cfr. doc. 892.]

³⁵ [Cfr. doc. 814.]

³⁶ [Cfr., tra gli altri, docc. 119 e 281.]

incertezza in merito alla disponibilità dei prodotti tale da indurre Respiraire a dover rinunciare a 3 dei 5 lotti per i quali aveva presentato offerta, vale a dire quelli inerenti i prodotti oggetto di contestazione da parte di Medicaire Italia³⁷. Si noti che SOS Oxygène, controllante di Respiraire, aveva in essere con Breas un contratto di distribuzione che copriva l'intero territorio UE e sul quale Respiraire aveva fatto affidamento per la distribuzione di tali prodotti anche in Italia³⁸.

80. Invero, la documentazione acquisita mostra come, anche successivamente alla rinuncia da parte di Respiraire ai suddetti lotti, l'attività di quest'ultima abbia costituito comunque un problema per le Parti. Emblematici, in questa direzione, alcuni documenti acquisiti presso Vitalaire e presso la stessa Respiraire dai quali emerge la "strategia" interna di Vitalaire nei mesi di settembre ed ottobre 2013, volta ad un "monitoraggio costante circa un'eventuale inizio delle attività da parte di Respiraire su Milano (...) In caso di partenza le azioni immediate sarebbero: -Ritiro demo presso gli ospedali (tranne le macchine per assistenza respiratoria e T50); -Rivalutazione del 30% dei prezzi dei presso volumetrici dal 1° gennaio 2014 (per il 2013 abbiamo offerte valide già inoltrate); -Azione commerciale fortemente dedicata alla linea di assistenza respiratoria (TPEP, Minipegas, Alpha 300), per la quale abbiamo stimato nel corso del 2014 sull'area una crescita di 13 unità"³⁹. In altre parole, Vitalaire ha pianificato un monitoraggio delle attività di Respiraire in relazione ai lotti ai quali quest'ultima non aveva rinunciato, predisponendo misure 'ritorsive' da intraprendere nei confronti delle Amministrazioni una volta iniziata l'attività da parte di Respiraire. Tali misure sono state applicate in termini di ritiro delle apparecchiature fornite alle ASL, che sono state sostituite con apparecchiature di Respiraire⁴⁰.

81. In questa "strategia" rientra altresì la lettera del 30 ottobre 2013 con la quale Vitalaire ha denunciato ad ASL Milano 1 l'indisponibilità in capo a Respiraire di alcuni prodotti Philips vuoi perché soggetti a vincoli di esclusiva territoriale in Italia a favore di Vitalaire, vuoi perché, pur se non soggetti ad esclusiva a favore di Vitalaire, e malgrado "esistano altri distributori di prodotti analoghi in Italia quali Breas, Covidien, Resmed, Hoffrichter, Weinmann, Siare, Sefam, Devilbiss [i] produttori elencati, in alcuni casi non dispongono di un ventilatore che soddisfi le caratteristiche richieste dal Vostro capitolato speciale d'appalto, in altri hanno accordi di esclusiva distributiva in Italia ma con operatori diversi da Respiraire"⁴¹.

82. A riprova della pretestuosità delle contestazioni, si noti che Philips ha espressamente riconosciuto la sussistenza di "un rapporto importante e di lunga durata" con Respiraire e ha negato la circostanza per cui le apparecchiature in dotazione a Respiraire sarebbero state prossime all'uscita dal mercato⁴².

83. Nella stessa direzione, una missiva interna del 28 novembre 2013 acquisita presso SICO, nella quale i rappresentanti di quest'ultima esprimono chiaramente stupore e preoccupazione per l'ingresso di Respiraire: "NESSUNO, E NEMMENO SICO si aspettava l'ingresso tra i competitor della società Respiraire in una realtà così complessa quale Milano, pertanto di fatto questo nuovo competitor, rientrando nella spartizione della torta, non solo ha troncato le aspettative di crescita di Sico e di tutti gli Home Care Provider, ma ha addirittura diminuito, erodendo di conseguenza il fatturato, il lavoro di tutti gli HCP nell'area Lombardia (si consideri che Asl Milano, Asl Milano 1 ed Asl Milano 2 come bacino di utenza sono le maggiori in Lombardia) e Sico come tutti ha risentito di questa situazione"⁴³ [enfasi in originale].

84. Ad esito della prima gara, dunque, dei 22 lotti di interesse di ASL Milano 1, sono stati aggiudicati solo 7 lotti, di cui 2 a favore di Respiraire e 5 a favore di SICO⁴⁴.

La remuneratività della prima gara

85. Nel corso del procedimento e, in particolare, in sede di difese finali, le Parti hanno giustificato la mancata presentazione di offerte alla prima gara – nonché alla seconda e alla terza gara, su cui *infra* – sulla base della asserita non remuneratività dei prezzi a base d'asta.

86. Al riguardo, la stazione appaltante ha depositato documentazione dalla quale emerge che i prezzi posti a base d'asta erano in linea con quelli vigenti⁴⁵.

87. Inoltre, agli atti del fascicolo sono presenti alcune schede di redditività di singole società predisposte in previsione della gara dalle quali emergono margini positivi in caso di accreditamento per la fornitura del servizio di VTD^{*46}.

³⁷ [Cfr. doc. 119 e delibera di presa d'atto di ASL Milano 1 del 10 luglio 2013 (doc. 1, allegato 4) nonché doc. 892.]

³⁸ [Nelle parole di Respiraire: "[Breas Europa] ha minacciato la risoluzione dei contratti in vigore con SOS Oxygène laddove Respiraire avesse utilizzato tali prodotti in Italia. A fronte di tale circostanza, Respiraire ha presentato formale rinuncia all'aggiudicazione dei lotti per i quali aveva offerto i soli prodotti Breas". Cfr. doc. 892, verbale audizione Respiraire.]

³⁹ [Cfr. doc. 281.]

⁴⁰ [Cfr. docc. 1064, 1081 e 1117.]

⁴¹ [Cfr. docc. 122 e 892.]

⁴² [Cfr. docc. 121 e 892.]

⁴³ [Cfr. doc. 291.]

⁴⁴ [Cfr. delibera del 29 agosto 2013, doc. 1, allegato 4.]

⁴⁵ [Cfr. doc. 835.]

* [Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle

Peraltro, per 7 dei 22 lotti oggetto della prima gara sono pervenute offerte dalle società SICO e Respiraire, anche con sconti significativi (Tab. 1), che riconoscono, di fatto, la remuneratività dell'appalto.

88. Rileva, infine, la circostanza fattuale per cui alcuni lotti andati deserti nella prima gara (lotti n. 1, 3, 6 e 9) – ma altresì nella seconda e nella terza gara – sono stati aggiudicati nella quarta gara ad un prezzo uguale o inferiore rispetto a quello originariamente previsto, come emerge dalla tabella che segue.

Tab. 2 Confronto base d'asta lotti tra gara 1 e gara 4

numero lotto gara	Base d'asta gara 1 e 2	Base d'asta gara 4
1 EX LOTTO 25	€ 12	€ 12
2 EX LOTTO 26	€ 15	€ 27
3 EX LOTTO 27	€ 21	€ 20
4 EX LOTTO 28	€ 21	€ 35
5 EX LOTTO 29	€ 8,50	€ 15
6 EX LOTTO 31	€ 9	€ 6,50
7 EX LOTTO 36	€ 3,95	€ 7
8 EX LOTTO 37	€1,49	€ 3
9 EX LOTTO 39	€ 4	€ 4

La seconda gara e i tavoli tecnici

89. Anche nella successiva *Procedura negoziata per la conclusione di un accordo quadro per un periodo di 24 mesi*⁴⁷, indetta con deliberazione del 16 maggio 2013 da ASL Milano, in qualità di capofila dell'unione d'acquisto con ASL Milano 1 e ASL Milano 2, non è pervenuta alcuna offerta per i lotti di interesse di ASL Milano 1, già andati deserti nella prima gara. In questo caso, trattandosi di una procedura negoziata che segue l'esito deserto di una procedura aperta, i documenti di gara (e, dunque, i suoi elementi) erano gli stessi descritti sopra.

90. Stante anche questo esito negativo, ASL Milano 1 ha avviato un tavolo di confronto diretto con gli operatori economici - al fine di comprendere le criticità del settore, le motivazioni della mancata partecipazione alla gara e valutare così le più opportune e possibili azioni da intraprendere - al quale risulta abbiano partecipato Linde, Medicaire Italia, Medigas, Respiraire⁴⁸, Sapio, SICO⁴⁹, Vitalaire e Vivisol.

91. Dalla documentazione agli atti emerge che nell'ambito di tali tavoli si sia discusso sia delle condizioni tecniche sia di quelle economiche della gara da farsi, pur se con dinamiche differenti. Quanto agli aspetti tecnici, secondo quanto riportato dal rappresentante di Medigas circa il tavolo del 19 luglio 2013⁵⁰, nel corso degli incontri vi è stato un effettivo confronto che ha condotto ad una, seppur minima, rivisitazione dei lotti, ad esempio in merito agli interventi di manutenzione e alla somministrazione di materiale di consumo.

92. In relazione alle condizioni economiche, invece, emerge chiaramente dal resoconto interno di Vitalaire relativo al tavolo tecnico del 24 settembre 2013 che *"per ognuno [dei lotti] abbiamo [i.e. gli HCP] dichiarato il prezzo fissato con il consorzio CR-MN-PV-LO"*⁵¹. In altre parole, nel corso dei tavoli tecnici, gli HCP hanno unanimemente richiesto all'Amministrazione di aumentare i prezzi posti a base d'asta al fine di allinearli con quelli 'fissati' nell'ambito della procedura che in quel periodo veniva svolta dall'ASL di Cremona, in qualità di capofila delle ASL di Mantova, Pavia e Lodi. In merito a tale richiesta, tuttavia, come sottolineato dai rappresentanti di ASL Milano 1 in sede di audizione, *"nessuno degli operatori ha mai evidenziato un incremento dei costi di fornitura del servizio che giustificasse prezzi più*

informazioni.]

⁴⁶ [Cfr. doc. 1080. In tale documento si parla di "relativa remuneratività" e di "base d'asta poco remunerative", da cui si deduce l'implicita ammissione di un certo grado di remuneratività e l'insostenibilità della tesi della assenza di remuneratività. È inoltre allegata una scheda di redditività redatta in previsione della gara da cui emerge un ROI – Return on Investment assolutamente positivo e significativo ([10-20%]).]

⁴⁷ [Così la deliberazione di ASL Milano n. 568 del 16 maggio 2013 avente ad oggetto la "indizione, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. a), del D. Lgs. n. 163/2006, di procedura negoziata finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro, espletata in unione d'acquisto con l'ASL di Milano (capofila), l'ASL di Milano 1 e l'ASL di Milano 2, per l'affidamento del servizio di Ventilazione Polmonare Domiciliare (V.M.D.), per un periodo di 24 mesi" (doc. 1).]

⁴⁸ [In merito alla partecipazione di Respiraire si rinvia alle affermazioni della società riportate ai paras. 264 e seguenti.]

⁴⁹ [In merito alla posizione di SICO, i rappresentanti della società in sede di audizione hanno sottolineato "di aver partecipato solo alle prime due riunioni al fine di verificare se l'ASL avesse intenzione di modificare l'impianto di gara dei lotti a noleggio, privandolo delle caratteristiche che avevano reso impossibile la partecipazione a SICO. Inoltre, ha partecipato a un'altra riunione tenutasi in data 27 gennaio 2014 al fine di capire come l'ASL Milano intendeva gestire il subentro di nuovi operatori nei pazienti già in trattamento, che SICO aveva in un distretto della città di Milano in forza della gara aggiudicata nel 2010" (cfr. doc. 608).]

⁵⁰ [Cfr. doc. 133.]

⁵¹ [Cfr. doc. 259.]

alti. Nel corso degli incontri, le imprese si erano invece limitate a richiedere la mera applicazione dei prezzi più alti posti a base d'asta nella gara di Cremona"⁵².

La terza gara

93. Malgrado l'impianto della gara fosse stato definito, per la parte tecnica, sulla base delle osservazioni delle Parti, anche la successiva *Procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro* indetta con delibera del 30 dicembre 2013⁵³ da ASL Milano 1, che nel frattempo aveva deciso di procedere autonomamente, è andata deserta.

94. Oggetto della gara erano 10 lotti; ciò in quanto si legge nei documenti di gara, "dopo un'analisi dei lotti non aggiudicati nelle precedenti gare espletate da ASL Milano (n. 15 lotti), gli stessi sono stati ridefiniti e ricondotti a n. 10 lotti"⁵⁴, sulla scorta delle indicazioni emerse nei tavoli di confronto. La durata del contratto era stata portata a 36 mesi, con possibilità di proroga di ulteriori 6 mesi.

95. Quanto alle condizioni economiche, le valutazioni erano state operate "con l'obiettivo di mantenere il rapporto qualità-prezzo attualmente in essere. Si è inoltre proceduto ad una verifica dei contratti e prezzi delle altre ASL lombarde, con particolare attenzione alle aggregazioni che, come questa ASL, hanno indetto gare andate deserte"⁵⁵. L'aggiudicazione sarebbe dovuta avvenire secondo il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 82 del Codice degli Appalti.

96. In altri termini, ASL Milano 1 aveva recepito le indicazioni tecniche rappresentate dalle imprese nel corso dei tavoli tecnici ma non aveva accolto quanto indicato dagli HCP in merito ai prezzi da porre a base d'asta; più precisamente, pur aumentando tali prezzi, non lo aveva fatto in linea con quanto previsto nella gara che in quel periodo era stata indetta da ASL Cremona. Come sottolineato dai rappresentanti dell'Amministrazione in sede di audizione, "nella terza gara indetta da ASL Milano 1 successivamente a tali incontri, l'amministrazione aveva arrotondato in aumento gli importi a base d'asta, nei limiti del tetto massimo di spesa imposto dalla Regione"⁵⁶.

97. Nel termine stabilito dall'Amministrazione (18 marzo 2014) non è pervenuta alcuna offerta ammissibile; sono pervenute, invece, due offerte da parte di Medigas e di Medicaire Italia, chiaramente inammissibili in quanto di importo superiore alla base d'asta.

98. Sul punto, in linea con il contenuto dei resoconti dei tavoli tecnici descritti ai paragrafi precedenti, i rappresentanti di Medigas in sede di audizione hanno affermato che "in questo contesto, Medigas ha presentato un'offerta superiore alla base d'asta perché la base d'asta non rispecchiava le condizioni economiche discusse nei tavoli tecnici ed era inferiore al prezzo minimo cui Medigas poteva pervenire"⁵⁷.

99. Dalla documentazione agli atti emerge che anche Medicaire Italia abbia offerto "un prezzo in linea con quello della gara di Cremona"⁵⁸; ciò in quanto, come rappresentato dalla società all'Amministrazione prima ancora che scadesse il termine per la presentazione delle offerte, le condizioni poste a base d'asta "**non rispondono alle effettive risultanze del mercato e, verosimilmente, provocheranno una non effettiva partecipazione alla gara o la presentazione di offerte palesemente incongrue.** Come vi abbiamo illustrato in precedenza (...) vi abbiamo suggerito di tenere in considerazione quanto contenuto nella documentazione relativa alla Procedura (...) indetta dall'ASL di Cremona" (enfasi aggiunta)⁵⁹.

100. Del resto, che il fine delle Parti fosse quello di indurre l'Amministrazione ad applicare i prezzi adottati a seguito della gara indetta da ASL Cremona emerge chiaramente dalle parole espresse dal rappresentante di Sapio in sede di audizione, il quale ha affermato: "quanto alle precedenti gare, il dott. Lintas sottolinea che sarebbe stato difficile per Sapio giustificare la presentazione di offerte considerato che le condizioni economiche erano più basse rispetto ad altre ASL nella medesima Regione i cui bandi prevedevano prezzi più alti"⁶⁰.

101. In merito alla scelta di non partecipare alla terza gara, si osserva come alcune società abbiano assunto tale decisione solo in procinto della scadenza del termine (fissato al 18 marzo 2014). Si veda il caso di Linde, la quale solo

⁵² [Cfr. doc. 639.]

⁵³ [Cfr. la deliberazione di ASL Milano 1 n. 691 del 30 dicembre 2013 avente ad oggetto la "indizione gara d'appalto a procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro tra più operatori economici, ai sensi dell'art. 59 del D. Lgs. n. 163/2006, per la fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici per la ventilazione meccanica domiciliare agli assistiti dell'ASL Milano 1 e servizi connessi" (doc. 1).]

⁵⁴ [Cfr. deliberazione di ASL Milano 1 n. 691 del 30 dicembre 2013, citata.]

⁵⁵ [Cfr. deliberazione di ASL Milano 1 n. 691 del 30 dicembre 2013, citata.]

⁵⁶ [Cfr. doc. 639.]

⁵⁷ [Cfr. docc. 670 e 675. Da evidenziare che, in sede di audizione, la Parte aveva affermato che: "in questo contesto, Medigas ha presentato un'offerta superiore alla base d'asta per dimostrare che la base d'asta non rispecchiava le condizioni di fornitura discusse nei tavoli tecnici ed era inferiore al prezzo minimo cui Medigas poteva pervenire" (doc. 670). Successivamente alla sottoscrizione del verbale, la Parte ha inviato una rettifica precisando che le affermazioni del rappresentante della società andavano lette come riportato nel testo.]

⁵⁸ [Cfr. doc. 688.]

⁵⁹ [Cfr. doc. 639.]

⁶⁰ [Cfr. docc. 680 e 686.]

5 giorni prima della scadenza del termine e dopo aver predisposto tutta l'onerosa mole di documentazione, ha cambiato strategia, decidendo di non partecipare alla gara di ASL Milano 1. Nell'email interna del 13 marzo 2014 si legge: "abbiamo deciso di non partecipare alla gara in oggetto. Dovremmo predisporre però una lettera, che caricheremo su SINTEL, nella quale spieghiamo i motivi della non partecipazione, cioè nello specifico, prezzi posti a base d'asta troppo bassi e impianto di gara non corrispondente a quanto stabilito durante i dialoghi tecnici effettuati con la Asl stessa"⁶¹. Si noti che nella risposta viene precisato: "come già abbiamo avuto modo di confrontarci elimineremo la parte relativa ai prezzi troppo bassi" (enfasi aggiunta)⁶².

La quarta gara

102. Poiché anche la terza gara era andata deserta, con delibera del 25 giugno 2014, ASL Milano 1 si è trovata costretta ad indire una quarta *Procedura aperta nella forma dell'Accordo Quadro*⁶³, lasciando di fatto invariato l'oggetto della prestazione, salvo l'eliminazione di un unico lotto (diventati pertanto 9). Anche la durata prevista per il contratto era ugualmente di 36 mesi con possibilità di proroga per un periodo di 6 mesi.

103. Il criterio di aggiudicazione scelto era quello del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 82 del Codice degli Appalti, con la previsione, a differenza delle precedenti procedure, della fase del rilancio competitivo successivamente all'apertura delle offerte economiche⁶⁴. Come emerge dal chiarimento n. 19 ai documenti di gara fornito dall'Amministrazione, ed in linea con la formula prevista nelle precedenti gare, il meccanismo di gara prevedeva che "**in caso di apparecchiature equivalenti è evidente che l'operatore scelto sarà esclusivamente colui che avrà presentato il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore o dalla scelta del paziente**" (enfasi aggiunta)⁶⁵. Pertanto, vi era consapevolezza in capo alle Parti del ruolo dello sconto ai fini della effettiva fornitura del servizio⁶⁶.

104. Occorre evidenziare che, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti – secondo le quali, in ragione dell'infungibilità delle proprie apparecchiature, l'eventuale aggiudicazione di gara non avrebbe comportato un cambio di forniture per i pazienti e, quindi, avrebbe lasciato invariata il posizionamento sul mercato degli operatori ivi presenti – le Parti stesse hanno riconosciuto la sostanziale fungibilità delle apparecchiature di VTD richieste per la partecipazione al bando in sede di difese finali⁶⁷, in particolare, nel caso di apparecchiature: i) a basso valore tecnologico; ii) in regime di *rebranding*, tra cui quelle fabbricate da Philips, *leader* di mercato, per cui "grazie al diffuso *rebranding*, più HCP hanno la disponibilità dello stesso prodotto"⁶⁸; iii) non coperte da vincoli di esclusiva e dunque accessibili a tutti.

105. Rispetto alla precedente gara, si trattava dei medesimi lotti, per i quali erano modificati, in senso peggiorativo per l'Amministrazione, alcuni dei prezzi posti a base d'asta⁶⁹.

106. Nel termine previsto dal bando (4 settembre 2014) sono pervenute offerte da parte delle società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire, Vivisol e Respiraire; quest'ultima, tuttavia, ha presentato offerta solo per 4 dei 9 lotti in gara e, in particolare, per i lotti aventi ad oggetto apparecchiature tecnologicamente poco complesse.

107. Tutte le offerte sono risultate di importo uguale alla base d'asta e nessuna delle imprese ha modificato la propria offerta nella fase di confronto competitivo per la formulazione di un prezzo migliorativo prevista nel bando, limitandosi, tutte, a confermare il prezzo offerto in prima istanza.

108. È interessante notare come diverse imprese, in procinto della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (i.e. 4 settembre 2014), avessero previsto di presentare offerte applicando uno sconto rispetto alla base d'asta. In questo senso, un'email interna del 28 agosto 2014, acquisita presso Sapio, dove si legge: "*La partecipazione verrà fatta con uno sconto minimo dello 0,3% sul base d'asta (tale da evitare esclusione dalla gara)*"⁷⁰. Tra l'altro, la stessa

⁶¹ [Cfr. doc. 213.]

⁶² [Cfr. doc. 213.]

⁶³ [Cfr. la deliberazione di ASL Milano 1 n. 350 del 25 giugno 2014 avente ad oggetto, tra le altre, la indizione di una "nuova gara d'appalto a procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con aggiudicazione (...) a più operatori economici con confronto competitivo, ai sensi dell'art. 59, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006, per la fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici per la ventilazione meccanica domiciliare agli assistiti dell'ASL Milano 1 e servizi connessi", doc. 3, allegato 1.]

⁶⁴ [Cfr. doc. 3.]

⁶⁵ [Cfr. docc. 180, 194 e 215, che dimostrano altresì l'attenzione delle società.]

⁶⁶ [La consapevolezza delle Parti in merito alla rilevanza del criterio del prezzo ai fini della fornitura del servizio è riconosciuta dalle stesse Parti in sede di memorie finali, cfr. doc. 1074.]

⁶⁷ [Cfr. docc. 1074, 1079, 1081, 1083 e 1084.]

⁶⁸ [Cfr. doc. 1074.]

⁶⁹ [Cfr. doc. 3. Come la stessa Amministrazione rileva nella propria delibera di indizione della gara, "risulta evidente che l'aumento dei prezzi proposti al tavolo dell'ASL di Cremona ha avuto come effetto quello della spinta al rialzo dei prezzi, con un rifiuto a rispondere a gare con prezzi a base d'asta inferiori ... La difficoltà maggiore ora è quella di definire una nuova procedura di gara che non potrà purtroppo non tener conto del nuovo quadro economico di mercato che si sta confermando, con la presenza di prezzi più elevati e con l'impossibilità di porre le aziende fornitrici in concorrenza tra loro e di dover accettare la prosecuzione delle forniture ai prezzi fissati dall'accordo di Cremona".]

⁷⁰ [Cfr. doc. 373.]

Sapio riconosce l'alta remuneratività dei nuovi prezzi, affermando che "Oltre ai pazienti attualmente seguiti da Sapio Life, in AR è stimata una crescita nei prossimi tre anni sulla base dei dati complessivi dichiarati dalla Asl. (...) **a queste condizioni indici molto positivi**"⁷¹, e poi, in risposta, "Ovviamente mi va benissimo questo livello di redditività.....ma quando avremmo un po' mi dovrai spiegare"⁷² (enfasi aggiunta).

109. Dello stesso tenore alcuni documenti interni acquisiti presso Linde, dai quali emerge la volontà della società a presentare offerte con uno sconto pari a 0,01 euro e da cui risultano margini molto alti⁷³.

110. Quanto alla fase del confronto competitivo, è esplicativa la posizione espressa da Linde in prossimità della scadenza del termine per la presentazione delle offerte: "per quanto riguarda l'offerta, dopo ultimo confronto con Antonio, vi confermo di inserire esattamente i prezzi a base d'asta. Durante la seduta decideremo se ribassare oppure no"⁷⁴. Come chiarito poi in sede di audizione, "nonostante nel territorio interessato dalla gara Linde avesse un fatturato esiguo, la società ha comunque deciso di partecipare presentando offerta pari alla base d'asta e riservandosi di ribassare in fase di rilancio competitivo. In questa fase, tuttavia, non ha ravvisato la necessità di fare alcun rilancio stante la circostanza per cui per la presentazione delle nuove offerte relative al rilancio l'amministrazione aveva riunito tutti i partecipanti alla gara nello stesso momento e nello stesso luogo, e pertanto a Linde era risultato evidente che nessuno avesse intenzione di effettuare ribassi"⁷⁵.

111. La gara si è, pertanto, conclusa con la sottoscrizione di un Accordo Quadro tra ASL Milano 1 e le 7 imprese che hanno presentato offerta, come risulta dalla tabella che segue.

Tab. 3 offerte presentate dalle imprese nella quarta gara

ITEM	TIPOLOGIA CLINICO-ASSISTENZIALE	DESCRIZIONE	LINDE		MEDICAIR		MEDIGAS		RESPIRAIRE	SAPIO LIFE		VITALAIRE	VIVISOL	
			PREZZO A BASE DATA UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO	PREZZO INDICATIVO OFFERTO UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO	PREZZO INDICATIVO OFFERTO UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO	PREZZO INDICATIVO OFFERTO UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO	PREZZO INDICATIVO OFFERTO UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO	PREZZO INDICATIVO OFFERTO UNITARIO	PREZZO OFFERTO UNITARIO
1	VENTILAZIONE NON INVASIVA VOLUMETRICO - PRESSOVOLUMETRICO		€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00	€ 12,00
2	VENTILAZIONE NON INVASIVA VOLUMETRICO - PRESSOVOLUMETRICO		€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00	€ 24,00
	Stumentazione aggiuntiva - se necessaria SATURIMETRO DA TAVOLO A RETE		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00
3	VENTILAZIONE INVASIVA VENTILATORE VOLUMETRICO - PRESSOVOLUMETRICO		€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00		€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00	€ 15,00
	Stumentazione aggiuntiva: ASPIRATORE CATAFFALE		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00
	Stumentazione aggiuntiva - se necessaria SATURIMETRO DA TAVOLO A RETE		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00
4	VENTILAZIONE INVASIVA VENTILATORE VOLUMETRICO - PRESSOVOLUMETRICO		€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00		€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00	€ 30,00
	Stumentazione aggiuntiva - se necessaria SATURIMETRO DA TAVOLO A RETE		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00
	Stumentazione aggiuntiva: ASPIRATORE CATAFFALE		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00
5	SISTEMI DI ASSISTENZA MECCANICA ALLA TOSSE Sistema meccanico di "mobilizzazione eufflazione" + assistenza		€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00	€ 13,00
	Stumentazione aggiuntiva: ASPIRATORE CATAFFALE		€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00	€ 2,00
6	Sistemi di mobilizzazione delle secrezioni bronchiali: base uti aeree sfo per l'allenamento dei muscoli respiratori		€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50	€ 6,50
7	CARDIO MONITOR Apparecchio per la prevenzione della sindrome da morte in cuilibro (SIDS)		€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00			€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00	€ 7,00
8	Saturimetro portatile a rete con batteria interna Apparecchio per il controllo e la rilevazione della saturazione		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00		€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00	€ 3,00
9	SISTEMI PER RICOSTRUZIONE ATTIVA E RISCALDAMENTO		€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00			€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00	€ 4,00

Le proroghe dei contratti in essere nelle more delle gare

112. Trattandosi di un servizio indispensabile per la salute dei propri assistiti, nelle more delle 4 procedure di gara, ASL Milano 1 ha dovuto prorogare i contratti in essere con le società Vitalaire, Linde, Medicaire Italia, Medigas, Vivisol e Sapio⁷⁶ che in quel periodo fornivano il servizio. La documentazione agli atti mostra le considerevoli difficoltà avute dall'Amministrazione anche nella proroga dei contratti.

113. Oltre a quanto già descritto ai paragrafi 65 e seguenti, la posizione delle imprese è chiaramente riassunta in un'email acquisita presso Vitalaire dove si legge: "l'ASL Milano 1 ha chiesto inoltre una proroga dei contratti fino al 31.12.13 (l'attuale proroga scade il 30/09/13) con possibilità di sconto sugli attuali canoni di noleggio. **Esclusa ovviamente l'ipotesi di uno sconto, a questo punto direi che rimane da decidere se procedere con l'operazione 'rivalutazione lotti andati deserti'. In allegato invio una bozza dell'eventuale comunicazione**

⁷¹ [Cfr. doc. 373.]

⁷² [Cfr. doc. 345.]

⁷³ [Cfr. doc. 181.]

⁷⁴ [Cfr. doc. 179.]

⁷⁵ [Cfr. doc. 648.]

⁷⁶ [Cfr. doc. 835.]

con un'ipotesi di rivalutazione fissata a [25-35%] rispetto gli attuali canoni di noleggio. Guardando bene i numeri, forse un po' troppo aggressiva" (enfasi aggiunta)⁷⁷.

114. Dello stesso tenore, la lettera acquisita presso Sapio di risposta alla richiesta di proroga avanzata dall'Amministrazione dove si legge: "manifestiamo parere negativo alla concessione di proroga così come da Voi richiesta (...). Nell'ottica di ampia collaborazione peraltro si manifesta la disponibilità a proseguire nella esecuzione del servizio alle condizioni economiche esaminate nell'incontro dello scorso ottobre 2012 [nettamente peggiorative per l'ente]"⁷⁸.

115. Anche presso le società Linde e Vivisol è stata acquisita documentazione che depone nella medesima direzione di proseguire nella fornitura del servizio ma solo a prezzi maggiori per l'Amministrazione. In particolare, in un'email interna di Linde del 26 marzo 2014 si legge: "Per quanto riguarda la proroga diventa necessario adeguare alcuni prezzi" e ancora, in una successiva email del 31 marzo 2014: "in relazione a quanto in oggetto [i.e. proroga ventilo ASL Milano1] dobbiamo rispondere all'asl in questi termini: Che non possiamo prorogare alle condizioni vigenti; che alleghiamo il nuovo listino valido da adesso fino a nuova gara; che per le nuove tariffe proposte all'ente abbiamo preso come riferimento i prezzi della ASL di Cremona, considerandoli prezzi di riferimento validi a livello regionale"; ovvero: "l'impossibilità di applicare le medesime condizioni economiche di cui ai precedenti contratti stanti le attuali condizioni di mercato"⁷⁹. Nello stesso momento, con lettera del 27 marzo 2014, Vivisol comunica all'Amministrazione "la disponibilità alla prosecuzione delle forniture a prezzi in aumento rispetto a quelli a suo tempo aggiudicati"⁸⁰.

116. In altri termini, come confermato dai rappresentanti di SICO in sede di audizione, "in ragione delle gare andate deserte, gli operatori che già offrivano il servizio hanno continuato a fornirlo sulla base di condizioni economiche più favorevoli rispetto alle nuove condizioni previste nella gara nonché più favorevoli rispetto a quelle già in essere"⁸¹.

117. Dagli atti al fascicolo non risulta che Medigas abbia incrementato il prezzo di fornitura del servizio VTD. La società sul punto afferma che "ad eccezione di Medigas, tutte le società dichiaravano di non essere disposte né a mantenere né a ridurre i prezzi, ma di accettare unicamente le condizioni di aggiudicazione della gara dell'ASL di Cremona"⁸².

118. La disamina della documentazione agli atti consente di affermare che, a seguito dei comportamenti delle Parti sopra descritti, considerate le basi d'asta relative ai lotti andati deserti nell'ambito della prima gara indetta per conto di ASL Milano 1, e visti i successivi prezzi di aggiudicazione nella quarta gara relativi ai lotti aventi ad oggetto i medesimi servizi, l'Amministrazione ha sostenuto un aggravio in termini di spesa per l'erogazione del servizio di VTD, stimabile, in prima approssimazione e considerando le assunzioni più favorevoli alle Parti, in circa il 28% del costo del servizio. In particolare, sulla base dei dati reperiti in corso d'istruttoria, tale aggravio di spesa per il SSN deriva dal confronto tra il costo del servizio calcolato facendo riferimento ai prezzi a base d'asta applicati nella quarta gara e il costo del servizio calcolato ai prezzi a base d'asta che si sarebbero applicati nella prima gara (fissati con riferimento alle gare delle ASL di Como e Monza-Brianza), se fossero state presentate offerte⁸³.

V.B.2. La gara indetta da ASUR Marche per i servizi di ventiloterapia e ossigenoterapia domiciliare

119. Come già anticipato in Premessa, i documenti agli atti del fascicolo danno conto di un'ampia attività di concertazione tra le Parti, segnatamente le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vivisol e Vitalaire, finalizzata ad ostacolare l'esito della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare a favore delle utenze regionali.

120. Tali comportamenti sono stati posti in essere sia nella prima fase di indizione della gara, al fine di dissuadere l'Amministrazione dal ricorrere a tale strumento per l'assegnazione del servizio, sia nelle more del procedimento di espletamento della gara sia, successivamente, nel corso della procedura negoziata, avviata a seguito dell'esito deserto della gara, come di seguito illustrato in dettaglio. In questo contesto, sono state poste in essere azioni coordinate da parte delle imprese operanti nel territorio marchigiano che, in alcuni casi, hanno coinvolto, chiedendone l'intermediazione, anche l'associazione di categoria (sottogruppo Assogastecnici all'interno di Federchimica) che si è prestata a rappresentare le istanze degli operatori.

121. Prima di procedere a descrivere in dettaglio i comportamenti delle Parti, in estrema sintesi si rappresenta che, malgrado rispetto alla procedura ristretta per l'affidamento del servizio, avviata già nel 2010, le Parti insieme ad altre società – segnatamente, Sapio, SICO, Medigas, Vitalaire, Linde, Medicaire Centro, Vivisol, Gas Tecnici di Foligno e il RTI

⁷⁷ [Cfr. doc. 259.]

⁷⁸ [Cfr. doc. 423.]

⁷⁹ [Cfr. doc. 197.]

⁸⁰ [Cfr. doc. 440.]

⁸¹ [Cfr. doc. 608.]

⁸² [Cfr. doc. 1074.]

⁸³ [In particolare, i prezzi dei servizi offerti nella prima gara e declinati su 17 lotti sono stati ricondotti ai servizi declinati nei 9 lotti banditi nella quarta gara attraverso la ricostruzione dei lotti contenuta nella deliberazione n. 691/2013 di ASL di Milano 1 (cfr. doc.1, allegato 5) e il confronto tra la composizione dei lotti così come illustrata nelle 'Schede tecniche' allegate ai Capitolati speciali di gara 1, 2, 3 e 4 (cfr. doc. 1 e la documentazione di gara allegata). Si è quindi proceduto al calcolo degli importi medi per ogni anno, moltiplicando i rispettivi prezzi a base d'asta di ogni gara per il numero stimato dei pazienti in carico per anno (è stato utilizzato il numero di pazienti stimato in relazione alla gara 4, indicato nella scheda offerta economica di gara 4, doc. 3, allegato 1).]

formato da Gas Tecnici di Foligno e Domolife - si fossero qualificate entro i termini indicati nel bando (28 febbraio 2011), dimostrando un concreto interesse per la gara, tuttavia, al termine di scadenza per la presentazione fissato dall'Amministrazione, non è pervenuta alcuna offerta.

122. Solo quando, a seguito di pervicace azione dell'Amministrazione, è stata avviata una procedura negoziata, che aveva la medesima *lex specialis* nonché la medesima base d'asta della procedura andata deserta, e che aveva trovato un primo concreto interesse in un operatore non presente sul territorio, le Parti - Sapio, Vivisol, Vitalaire, Linde e Medicaire Centro - hanno richiesto di essere invitate alla procedura, in alcuni casi attivando ricorso amministrativo per poter partecipare alla stessa.

123. In sede di offerta le Parti hanno presentato ribassi molto significativi rispetto alla base d'asta - con punte del 60% e sconti medi del 42% -, consentendo l'aggiudicazione del servizio e l'ottenimento di risparmi molto significativi per l'Amministrazione.

124. Da quanto sopra brevemente illustrato, emerge che le Parti hanno concertato tra loro una strategia volta a indurre l'Amministrazione a rivedere le condizioni dell'appalto e la relativa base d'asta, mandando deserta la procedura indetta nel 2010. Successivamente, a fronte del rischio di aggiudicazione del servizio provocato dalla procedura negoziata - rispetto alla quale non vi era contezza dei soggetti invitati e dell'offerta che avrebbero presentato - le Parti si sono viste costrette a partecipare alla gara e ad effettuare significativi ribassi sulla base d'asta, secondo le normali dinamiche competitive.

La prima fase di indizione della gara

125. Nel dettaglio, per una ricostruzione anche temporalmente organica della vicenda si precisa che, con determina del 23 dicembre 2009, ASUR Marche ha costituito un Comitato Tecnico per predisporre i documenti per l'affidamento del servizio di fornitura di ventiloterapia ed ossigenoterapia domiciliare sull'intero territorio regionale⁸⁴.

126. Con successiva determina del 22 ottobre 2010, ASUR Marche ha proceduto all'indizione della gara (procedura ristretta) per la fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso le farmacie convenzionate ed attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia per pazienti in cura domiciliare⁸⁵.

127. La durata dell'appalto era stabilita in 48 mesi (con opzione di proroga di 12 mesi nelle more della gara successiva), con una suddivisione in 5 lotti, che coprivano l'intero territorio regionale⁸⁶. Da segnalare che, con riferimento al solo servizio di OTD, la procedura prevedeva che esso fosse svolto attraverso il canale farmaceutico (obbligo del paziente di recarsi in farmacia con la prescrizione medica al fine di attivare l'erogazione della fornitura e fatturazione alla farmacia di quanto dovuto all'HCP) nel rispetto dell'Accordo stipulato tra la Regione Marche e Federfarma in data 9 febbraio 2010⁸⁷.

128. L'importo annuo presunto dell'appalto, verificata la coerenza e compatibilità economico-finanziaria con la spesa sostenuta per gli anni 2009 e 2010, era stimato in circa 9,3 milioni di euro, al netto di IVA, stabilendo basi d'asta comprese tra un minimo di 1,2 ed un massimo di 2,6 milioni di euro circa, per i singoli 5 lotti in gara.

129. Tale determina del 2010, rilevante ai fini della qualificazione delle imprese interessate, conteneva il bando e il disciplinare di gara, che prevedevano la possibilità di partecipazione in ATI, ovvero di ricorrere a contratti di subappalto o di avvalimento, nonché - per quanto di maggior rilievo in questa sede - l'aggiudicazione per singolo lotto, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, per come era stata disegnata la gara, anche una sola offerta poteva portare all'aggiudicazione del servizio.

130. Nei termini indicati nel bando (28 febbraio 2011), 9 imprese hanno manifestato interesse alla procedura, vale a dire Sapio, SICO, Medigas, Vitalaire, Linde, Medicaire Centro, Vivisol, Gas Tecnici di Foligno (Gruppo Praxair) e il RTI formato da Gas Tecnici di Foligno e Domolife (Gruppo Praxair)⁸⁸.

131. In ragione della complessità e delicatezza dell'appalto, la determina rinviava l'adozione dei documenti di gara definitivi ad un momento successivo, ad esito di dialogo tecnico, proceduralizzato all'interno del Comitato tecnico, al fine di acquisire in modo comparativo, "*nel pieno rispetto dei principi di trasparenza tecnica e par condicio, elementi tecnici utili al perfezionamento del capitolato speciale*"⁸⁹. In quest'ottica, il dialogo si è composto di una prima fase, durata fino al mese di giugno 2012, nella quale vi è stato un confronto tra il Comitato tecnico e l'Amministrazione e di una seconda fase, nei mesi di luglio e settembre 2012, nel corso della quale il Comitato tecnico ha incontrato le imprese qualificate⁹⁰.

⁸⁴ [Cfr. doc. 599, allegato 1.]

⁸⁵ [Così la determina del Direttore Generale n. 958 del 22 ottobre 2010 avente ad oggetto "fornitura ossigeno terapeutico liquido e gassoso attraverso le farmacie convenzionate ed attrezzature per ossigenoterapia e ventiloterapia ASUR Marche per pazienti in cura domiciliare - indizione procedura ristretta", doc. 599, allegato 2.]

⁸⁶ [Ogni lotto è corrispondente ad una delle 5 aree vaste (AV) in cui è suddiviso il territorio marchigiano dal punto di vista dell'assistenza sanitaria, cfr. doc. 599, allegato 2.]

⁸⁷ [Cfr. documento istruttorio allegato alla determina del 22 ottobre 2010, doc. 599, allegato 2.]

⁸⁸ [Cfr. doc. 551, allegato 1.]

⁸⁹ [Cfr. doc. 599, allegato 2.]

⁹⁰ [Cfr. docc. 599 e 644.]

132. In tale contesto, al fine di garantire continuità alla prestazione del servizio, in quanto relativo a forniture essenziali per i pazienti, a giugno 2011, ASUR Marche ha deliberato la proroga fino al 31 dicembre 2013 dei contratti in essere per la fornitura dei servizi di OTD e VDT con le società Linde, Vivisol in ATI con Gas Tecnici Foligno, Vitalaire e Sapio in ATI con Linde⁹¹.

Lo svolgimento della procedura ristretta di gara

133. A seguito del dialogo tecnico svolto, con determina del 16 gennaio 2013, ASUR Marche ha deliberato l'invito alla procedura ristretta - utilizzando i documenti definitivi di gara redatti tenendo conto delle osservazioni delle imprese del settore⁹² - delle 9 società che si erano qualificate.

134. La procedura era basata sul bando già approvato nell'ottobre 2010 e, pertanto, manteneva le medesime previsioni in merito al numero dei lotti, durata dell'affidamento, criterio di aggiudicazione. Risultava modificato al rialzo, rispetto alla determina del 2010, l'importo complessivo presunto annuo dell'appalto, quantificato in circa 10,8 milioni di euro al netto di IVA. La base d'asta dei 5 lotti in gara risultava conseguentemente aumentata, variando da un minimo di 1,45 a un massimo di 2,9 milioni di euro. Allegato alla determina era il Capitolato speciale di gara⁹³.

135. Sul punto, l'Amministrazione ha sottolineato che, malgrado nella fase del dialogo tecnico "era stato manifestato un interesse diffuso alla partecipazione alla gara (...) la situazione ha subito un drastico cambiamento a fine 2012 - inizio 2013, quando è entrata in campo Assogastecnici con i vertici regionali, che ha richiesto cambiamenti al capitolato di gara". Ciò ha comportato che "al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non è pervenuta alcuna offerta nonostante l'interessamento manifestato fino a pochissimi giorni prima." A tal fine, l'Amministrazione "rileva che nella giornata di scadenza del termine di presentazione delle offerte sono avvenute diverse anomalie tra cui la presenza dinanzi all'ufficio protocollo di un rappresentante della parte per l'intera mattinata (...) e manifesta che l'assenza di offerte sia ascrivibile a qualcosa intervenuto tra le società"⁹⁴. Prima della scadenza del termine per presentare le offerte, originariamente fissato al 4 marzo 2013, successivamente rinviato all'8 marzo 2013 e ancora al 17 giugno 2013, la documentazione istruttoria dà conto di diverse missive dalle quali emerge il tentativo delle Parti di indurre l'Amministrazione a modificare il disegno di gara e ad adottare la formula dell'aggiudicazione a più fornitori, attraverso un Accordo Quadro, in luogo dell'aggiudicazione ad un unico fornitore, secondo il criterio del prezzo più basso.

136. In questa direzione depone l'email del 4 febbraio 2013 da Vivisol a Medicaire Centro, Vitalaire, Sapio e Linde in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013 per convincere ASUR Marche che "è maggiormente conveniente attivare un accordo quadro piuttosto che un'aggiudicazione ad unico fornitore per lotto che permette una maggiore competizione qualitativa"⁹⁵.

137. Entrando nel dettaglio della strategia da adottare al fine di convincere l'Amministrazione e nel tentativo palese di confondere i piani di discussione, il documento prosegue: "se siete d'accordo, potremmo impostare il ragionamento su due livelli: a) primo livello solo OTD con prezzo a confezione + importo euro/die per servizio standard [...]; b) secondo livello più stringente per la VTD dove, in questo caso possiamo aggiungere anche il follow up infermieristico definendo importi fissi per tipologia di devices [...] Forse sulla ventilazione potremmo spingerci un po' di più sui livelli assistenziali ma non vorrei (soprattutto giovedì) forzare troppo la mano. Ci possiamo tenere anche come carta sul primo livello anche l'opzione del concentratore come valutazione del provider in caso di scarsa mobilità"⁹⁶.

138. Nella stessa ottica di evitare il ricorso a procedure competitive, è da leggere la lettera del 7 marzo 2013 di Assogastecnici ad ASUR Marche e alla Regione Marche nella quale si contesta la gara, in quanto per l'ossigenoterapia fissa il prezzo a forfait; inoltre, è proposto un modello alternativo alla gara, ravvisato nella fattispecie dell'Accordo Quadro, che avrebbe il vantaggio di garantire le esigenze di *spending review* e la qualità del servizio offerto ma anche di attrarre investimenti sul territorio e garantire la tutela dei posti di lavoro, *standard* omogenei delle prestazioni erogate, nonché la velocità di esecuzione dell'affidamento del servizio, evitandosi i ricorsi che connotano le gare⁹⁷.

139. I contenuti di tale lettera sono stati condivisi dalle principali imprese di settore operanti nelle Marche - Vivisol, Vitalaire, Medicaire Centro e, per conoscenza, Sapio, Linde e Medigas - attraverso l'inoltro di una catena di mail (tra il 3 e il 5 marzo 2013) che raccoglie l'adesione delle stesse su tali contenuti⁹⁸.

⁹¹ [Cfr. doc. 599, allegato 3.]

⁹² [Cfr. doc. 599, allegato 4.]

⁹³ [Cfr. doc. 599, allegato 4.]

⁹⁴ [Cfr. doc. 1117.]

⁹⁵ [Cfr. doc. 229. In allegato il documento "Cure domiciliari" che illustra i vantaggi del sistema di accreditamento: a pag. 11 si fa riferimento allo "spostamento della competizione sull'incremento del livello qualitativo dei servizi domiciliari erogati"; mentre a pag. 12 al "mantenimento della presenza di più operatori sul territorio accrescendo la competizione sul livello della qualità del servizio e mantenimento dei livelli occupazionali".]

⁹⁶ [Cfr. doc. 229.]

⁹⁷ [Cfr. docc. 232, 353 e 384.]

⁹⁸ [Cfr. doc. 476 e 368.]

140. Di rilievo, altresì, una email di poco successiva del 16 aprile 2013, inviata da Vivisol a Sapio, Linde, Medigas (Praxair) e Medicaire Centro in cui si legge: *"buongiorno, allungandosi i tempi dalla nostra 1° comunicazione alla regione Marche senza aver ricevuto un riscontro, è urgente sollecitare un incontro!"*. Tale richiesta segue una email del 12 aprile 2013 sempre da Vivisol ai medesimi soggetti dal cui testo emerge la preoccupazione delle società: *"mi sono permesso di predisporre una bozza di lettera di richiesta di incontro alla regione Marche per dar seguito alla comunicazione che abbiamo inviato il 7/3 ed alla quale l'Associazione non ha ricevuto alcun riscontro. Considerati i tempi, i temi che abbiamo segnalato, un ricorso pendente e l'importanza strategica per il settore dei contenuti da discutere, credo sia necessario essere proattivi"*⁹⁹.

141. Nell'ottica di procrastinare lo svolgimento della gara, va letto anche il ricorso al TAR Marche avverso gli atti di gara, presentato da Linde, in data 25 febbraio 2013, che lamenta vizi nella procedura e sostiene che i prezzi posti a base d'asta fossero troppo bassi, anche considerato che gli stessi erano determinati a *forfait*¹⁰⁰. In ragione della proposizione del ricorso, il termine per la presentazione delle offerte ha subito uno slittamento al 17 giugno 2013.

142. Dalla documentazione resa disponibile da ASUR Marche risulta che i prezzi posti a base d'asta erano stati calcolati sulla base dei prezzi vigenti e in particolare, sulla base dei prezzi più bassi a quell'epoca praticati (peraltro, la stessa Linde praticava prezzi addirittura inferiori a quelli posti a base d'asta)¹⁰¹.

143. In questo contesto, alla scadenza del termine non è pervenuta alcuna offerta da parte dei 9 soggetti invitati a partecipare alla procedura di gara. Secondo quanto dichiarato da ASUR Marche, *"per le vie brevi, una società [omissis] riferiva di non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara che, in quanto anche produttori di ossigeno e fornitori della società stessa, avrebbero minacciato la sospensione delle forniture di ossigeno necessaria alla propria attività"*¹⁰².

144. Nella relazione tecnica allegata alla determina del 22 ottobre 2015, l'Amministrazione precisa che, a fronte dell'esito deserto della gara, la stazione appaltante *"approfondiva le possibili ragioni di tale infruttuosa conclusione. Non veniva ravvisato alcun elemento di tipo tecnico, giuridico, economico o di altra opportunità amministrativa rilevante, tale da comprendere le ragioni dell'esito deserto della stessa"*¹⁰³.

145. Pertanto, secondo l'Amministrazione, l'ostilità delle imprese di settore allo strumento della gara e il favore per un Accordo Quadro sarebbero imputabili alla maggiore possibilità di preservare il pregresso posizionamento di mercato. Al riguardo, l'Amministrazione evidenzia che *"si tratterebbe beninteso di legittime strategie commerciali le quali tuttavia, nel caso di specie, si sono espresse in una posizione invasiva ed intempestiva che sembrerebbe sfociata in un improvviso contemporaneo recesso di tutti i contendenti dall'intenzione, esplicitamente e lungamente manifestata nei mesi precedenti, di partecipare alla gara"*¹⁰⁴.

I presunti vizi formali del bando

146. Occorre osservare che la stazione appaltante non ha ritenuto condivisibili le obiezioni legate alla scelta di aggiudicazione ad un unico fornitore, sulla base del criterio del prezzo più basso invece del sistema dell'Accordo Quadro, quale richiesto dalle società. Ciò *"in quanto lo strumento dell'Accordo Quadro non si adatta al tipo di servizio offerto poiché richiede l'estrema fungibilità della prestazione e mal si concilia con le necessità dell'assistenza domiciliare di pazienti con gravi patologie respiratorie"*; inoltre, secondo l'Amministrazione *"l'Accordo Quadro non avrebbe consentito i risparmi di costo per il Sistema Sanitario Regionale che [...], prendendo a riferimento i migliori prezzi in quel momento applicati nella Regione Marche dalle imprese invitate alla procedura, riteneva di poter stimare nella misura del 20-30%"*¹⁰⁵. Invero, come anticipato ai paragrafi precedenti¹⁰⁶, l'inidoneità dell'Accordo Quadro è stata sostenuta anche da alcune imprese in relazione ad altre gare.

147. In merito, invece, ad altre criticità presenti nei documenti di gara che, come verrà dettagliatamente descritto *infra*, le Parti hanno posto in evidenza, l'Amministrazione ha sottolineato che le società, nel corso dei tavoli tecnici che hanno preceduto gli inviti alla procedura, non avevano mai sollevato obiezioni in proposito.

148. Sul punto, gli Uffici, anche in ragione di quanto dichiarato dalle Parti, hanno ritenuto opportuno coinvolgere l'Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA al fine di accertare la fondatezza delle censure mosse dalle società al bando di gara e, dunque, la conformità di tali documenti rispetto alla disciplina farmaceutica.

⁹⁹ [Cfr. doc. 234 e 343.]

¹⁰⁰ [Da rilevare, come sarà meglio enfatizzato nella parte valutativa del presente documento, che la stessa Linde nella successiva procedura negoziata presenta offerta con uno sconto del 57% rispetto alla base d'asta, praticando quindi uno sconto molto significativo rispetto ai prezzi che aveva giudicato non congrui ed eccessivamente bassi in sede di ricorso (cfr. doc. 648).]

¹⁰¹ [Cfr. doc. 599.]

¹⁰² [Cfr. doc. 599.]

¹⁰³ [Cfr. doc. 599, allegato F dell'allegato 12.]

¹⁰⁴ [Cfr. doc. 599, allegato 12.]

¹⁰⁵ [Cfr. doc. 599.]

¹⁰⁶ [Cfr. supra paragrafo IV.A.]

149. Nel corso dell'audizione tenutasi in data 18 aprile 2016, i rappresentanti di AIFA hanno precisato che, dal momento della classificazione dell'ossigeno come medicinale (2010), esso è stato assoggettato a tutte le norme relative ai medicinali¹⁰⁷.

Tuttavia, nella trasmissione dei dati necessari ad ottemperare alla disciplina, sono state registrate delle anomalie imputabili alla circostanza che, nelle procedure di gara relative all'acquisizione del servizio di OTD, le Regioni sono solite prevedere un prezzo 'a pacchetto', che include tanto il farmaco quanto il servizio ancillare alla sua erogazione (trasporto, installazione a domicilio, etc.). Tale prezzo unico comporta, nei fatti, l'applicazione da parte delle Regioni del regime IVA agevolato con aliquota dell'8% sia al farmaco sia al servizio di ossigenoterapia, il quale ultimo, diversamente, dovrebbe soggiacere all'aliquota ordinaria.

150. Pertanto, precisa AIFA, al fine di chiarire le corrette modalità operative, si sono svolti alcuni incontri presso il Ministero della Salute con la partecipazione della stessa e di Assogastecnici ai quali, però, "non si è dato più seguito allorché l'ANAC è intervenuta sul tema dichiarando legittima la previsione da parte delle Amministrazioni nei documenti di gara di un prezzo unico, comprensivo del farmaco e del servizio e qualificando il contratto che esse stipulano con i fornitori come contratto di appalto misto"¹⁰⁸.

151. In particolare, già con deliberazione n. 121 del 18 aprile 2007, - il cui contenuto è stato ribadito e si è consolidato in successive delibere¹⁰⁹ - ANAC aveva affermato espressamente che "nel caso come quello in esame - servizio di ossigenoterapia domiciliare - caratterizzato dalla prestazione di diverse e paritetiche attività, occorre individuare un corrispettivo d'appalto che possa remunerare l'insieme dei servizi richiesti. Detta individuazione non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della sua congruità, che deve essere valutata su una puntuale verifica delle singole prestazioni dedotte in appalto. Per ricondurre ad unità tutte le diverse prestazioni richieste ed addivenire alla remunerazione complessiva del prestatore del servizio, l'amministrazione può individuare un prezzo a forfait, che presuppone, ovviamente, l'effettuata analisi dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto" ¹¹⁰ (sottolineatura aggiunta).

152. Di fatto, dunque, l'intervento dell'ANAC ha sanato qualsivoglia dubbio in merito ai meccanismi contestati dalle imprese; meccanismi che, come confermato da AIFA in sede di audizione, rappresentavano una prassi generalizzata tra le stazioni appaltanti e consolidatasi nel tempo.

153. Dato il contesto regolamentare, AIFA non è intervenuta a chiarire la fattispecie con specifico riferimento alla gara indetta da ASUR Marche, poiché tale attività non rientrava tra le competenze ad essa attribuite per legge. L'Agenzia ha comunque evaso una richiesta giunta dalla società Vivisol "chiedendo riscontro all'Amministrazione regionale la quale, a sua volta, ha ribadito la legittimità della procedura condotta e le condizioni contenute nel relativo capitolato di appalto, che le imprese avevano accettato senza riserve"¹¹¹.

La procedura negoziata

154. ASUR Marche ha preso formalmente atto dell'esito deserto della gara con determina del 18 ottobre 2013; contestualmente, ha deliberato di porre in essere una procedura negoziata per la fornitura del servizio di OTD e VTD in ambito regionale, ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lett. a) del Codice degli Appalti, precisando che non sarebbero state "modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto"¹¹².

155. La scelta è stata adottata sulla base del convincimento che l'esito deserto della gara fosse imputabile "alla condotta delle parti in causa [in quanto] uno svolgimento pienamente libero della procedura di gara [... sarebbe stato] tale da rendere ingovernabile lo svolgimento della stessa ai leader del settore [...] pertanto, l'esito deserto della gara [è stato] oggettivamente funzionale tanto al mantenimento delle attuali forniture a prezzi [...] estremamente alti; quanto alla paralisi della gara d'appalto che consenta di condizionare la stazione appaltante convincendola ad adottare un altro sistema di affidamento dei contratti (accordo quadro), diverso dalla gara ad evidenza pubblica e tale da facilitare una ordinata spartizione del mercato marchigiano"¹¹³.

156. La decisione di ASUR Marche di attivare una procedura negoziata seguiva a intervenuti contatti con le società Criosalento e SIARE, (che, peraltro, come dichiarato dall'Amministrazione, si sono svolti in segreto al di fuori degli uffici, al fine di evitare ingerenze e ostacoli) le quali si erano dimostrate potenzialmente interessate ad ampliare il proprio ambito di operatività nella fornitura del servizio di OTD e VTD nella Regione Marche, ed erano soggetti "non

¹⁰⁷ [Tra cui anche quelle disciplinanti i flussi di monitoraggio della spesa farmaceutica, istituiti e gestiti presso il Ministero della Salute con D.M. 15 luglio 2004 (cd. 'flusso della tracciabilità) e D.M. 31 luglio 2007 (cd. 'flusso della diretta'), quest'ultimo alimentato dalle Regioni, tenute a trasmettere all'AIFA i dati di erogazione dei farmaci tramite i centri di costo delle strutture sanitarie pubbliche. Cfr. doc. 816.]

¹⁰⁸ [Cfr. doc. 816, allegato 1.]

¹⁰⁹ [Cfr. parere ANAC n. 8 del 12 gennaio 2011 e parere n. 120 del 22 giugno 2011, le quali sono successive alla classificazione dell'ossigeno come farmaco (cfr. doc. 816).]

¹¹⁰ [Cfr. doc. 816, allegato 1.]

¹¹¹ [Cfr. doc. 816, allegato 4.]

¹¹² [Cfr. doc. 599, allegato 5.]

¹¹³ [Cfr. doc. 599, allegato 5.]

aderente[i] ad Assogastecnici e apparentemente indipendente[i] dai comportamenti degli altri operatori del settore”¹¹⁴.

157. La posizione degli operatori in questa fase della procedura risulta particolarmente chiara da una email del 4 novembre 2013¹¹⁵ con la quale Vivisol trasmette a Sapio, Medigas e Vitalaire la bozza di verbale che ha predisposto in merito all’incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche. In tale documento è evidenziato il disappunto degli operatori nei confronti dell’intenzione dell’ente di procedere all’aggiudicazione dei servizi attraverso procedure competitive, nonostante l’esito deserto della precedente gara, e l’indisponibilità degli stessi a prorogare le attuali condizioni di fornitura del servizio nelle more della nuova procedura.

158. Testualmente: *“Nonostante la manifesta nostra disponibilità a trovare soluzioni alternative condivise, il Dr. [ASUR Marche] ha manifestato la propria intenzione, a seguito del mancato interesse delle aziende alla partecipazione della gara in oggetto esperita in data 17 giugno 2013, a procedere ad una Procedura Negoziata riservandosi di invitare, come previsto dal procedimento di gara, le aziende che ritiene più opportuno al fine di aggiudicare la gara stessa entro la fine del corrente anno.*

La delegazione ha evidenziato che tale contesto è ovviamente visto dall’Associazione poco costruttivo in quanto, pur manifestando che l’impianto di gara presenta una serie di vizi legati prevalentemente alla mancata adesione alle disposizioni indicate da AIFA in tema di acquisto di farmaci, l’ASUR non intende prendere atto delle osservazioni addotte e pertanto ritiene di procedere senza alcuna modifica dell’impianto di gara stesso.

All’Associazione viene nuovamente richiesta la disponibilità di una proroga per tutto il 2014 alle condizioni economiche previste nel capitolato di gara del 17/06/2013; ovviamente la richiesta viene declinata dalla delegazione in quanto il contesto è di specifica competenza delle singole aziende che fra l’altro in tal senso si sono negativamente espresse qualora non vengano modificate le modalità di acquisto del farmaco in conformità alle disposizioni AIFA.

[...] La delegazione di AGT [Assogastecnici] si è resa inoltre disponibile a dimostrare che l’imputazione corretta e separata del costo del farmaco da quello del servizio (...) permetterebbe da un lato di bloccare un ‘esperimento’ di Procedura Negoziata che, a tutela sia degli assistiti che dell’ASUR stessa, potrebbe risultare alquanto rischiosa, dall’altro favorire maggiori economie di scala”¹¹⁶.

159. In risposta all’invito dell’Amministrazione, in data 4 dicembre 2013, Criosalento, in ATI con SIARE e alcune cooperative sociali, ha presentato richiesta di partecipazione alla nuova procedura, accettando incondizionatamente il capitolato della gara andata deserta¹¹⁷.

160. A fronte di tale iniziativa, in data 21 febbraio 2014, anche Sapio ha manifestato il proprio interesse a partecipare alla nuova gara, sottoscrivendo l’accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per il quale non aveva presentato offerta¹¹⁸.

161. Successivamente, anche Vivisol, Vitalaire, Linde e Medicaire Centro, rispettivamente in data 17 marzo, 18 aprile, 6 maggio e 27 maggio 2014, hanno manifestato interesse a partecipare alla nuova gara, anche attivando ricorso amministrativo contro il mancato invito a tale procedura. Tutte le suddette società sono state quindi invitate a partecipare, previa accettazione incondizionata del capitolato relativo alla precedente gara, per il quale non avevano presentato offerta¹¹⁹.

162. Nel termine stabilito per la presentazione delle offerte (18 luglio 2014), sono quindi pervenute all’Amministrazione 6 offerte, di cui una da Criosalento, nuovo operatore nel mercato marchigiano, e 5 da parte dei precedenti affidatari del servizio. Medigas, invece, non ha chiesto di essere invitata alla procedura negoziata e non ha, dunque, presentato offerta.

163. Con precipuo riguardo all’offerta presentata da Criosalento, sulla cui ammissione erano pervenuti rilievi da parte di 4 operatori già nella prima seduta¹²⁰, in sede di valutazione tecnica, la Commissione ha rilevato che essa risultava fortemente carente negli elementi essenziali al punto da determinarne l’esclusione¹²¹.

164. La società SIARE, che aveva presentato offerta in ATI con Criosalento, in risposta ad una richiesta di informazioni inviata dagli Uffici, ha evidenziato che *“le motivazioni di esclusione alla gara non ritrovavano riscontro dalla*

¹¹⁴ [Cfr. doc. 599.]

¹¹⁵ [Cfr. doc. 379.]

¹¹⁶ [Cfr. doc. 379.]

¹¹⁷ [Cfr. doc. 599, allegato 6.]

¹¹⁸ [Cfr. doc. 599, allegato 7.]

¹¹⁹ [Cfr. doc. 599, allegato 8.]

¹²⁰ [Cfr. doc. 599, allegato 10.]

¹²¹ [Cfr. docc. 778 e 599, allegato 11. In particolare, nelle motivazioni dell’esclusione si legge: *“incertezza assoluta circa l’oggetto dell’offerta [...] non essendo menzionato né il nome del dispositivo offerto, né inserita la scheda tecnica a comprova dei requisiti tecnici minimi, tale da rendere impossibile non solo la valutazione di qualità ma innanzitutto l’accertamento del possesso dei succitati requisiti tecnici minimi. Rispetto ai predetti dispositivi, la dichiarazione di ‘rispondenza’ a quanto richiesto dal capitolato speciale – resa peraltro nel paragrafo sbagliato [...] – appare assolutamente generica, inconsistente e tautologica, non provata ed impossibile da provare; assenza anche solo di mera dichiarazione di conformità [...], unitamente all’assenza di scheda tecnica, che importano ancor più grave carenza in riferimento all’idoneità tecnica minima dell’offerta in esame; approssimazione generale e complessiva dei paragrafi [...] e grave carenza dell’Allegato Tecnico o quanto meno della parte di esso che avrebbe avuto la funzione di comprova”]*

documentazione tecnica presentata e per tale ragione l'esclusione era da considerarsi illegittima e meritevole di un ricorso". Rispetto a tale circostanza, "la società Crio Salento in qualità di capogruppo/mandataria aveva il compito di muovere un ricorso per l'esclusione verso ASUR Marche. Tale ricorso non è stato fatto in quanto la società Sapio ancor prima dell'aggiudicazione della negoziazione ristretta acquisiva il 100% della società Crio Salento. Essendo Sapio una delle società concorrenti, con l'acquisizione del capogruppo della RTI ha fortemente condizionato l'esito della gara in parte a favore di Sapio" ¹²².

165. Peraltro, in ragione dell'essenzialità del servizio, con determina del 23 dicembre 2014, erano stati ulteriormente rinnovati i contratti in essere, con uno sconto non inferiore al 10%.

L'aggiudicazione della gara

166. Con determina del 22 ottobre 2015, ASUR Marche ha aggiudicato la gara alle società Linde (lotti 1 e 5), Sapio (lotto 2) e Vitalaire (lotti 3 e 4)¹²³.

Di seguito, in tabella, l'aggiudicazione dei lotti con l'indicazione del precedente affidatario del servizio e degli sconti applicati.

Tab. 4 - offerte presentate dalle imprese nel corso della procedura negoziata

Lotto	Precedente aggiudicatario	Nuovo aggiudicatario	Sconto offerto in sede di gara
1	Linde	Linde	53,9%
2	ATI Vivisol/Gas Tecnici	Sapio	24%
3	Vitalaire	Vitalaire	41%
4	Vitalaire	Vitalaire	47%
5	ATI Sapio/Linde	Linde	60%

167. Le offerte presentate hanno evidenziato ribassi molto significativi sulla base d'asta, nonostante essa fosse la medesima (come medesimo era il capitolato) della precedente gara andata deserta, e malgrado rispetto ad essa gli operatori e, in particolare, Linde (nell'ambito del ricorso al TAR Marche) avessero lamentato l'inadeguato livello di remunerazione del servizio. La società Vivisol, presentando offerta con ribassi d'asta in misura contenuta, a fronte di ribassi tra circa il 25% e il 50% degli altri operatori, non si è aggiudicata alcun lotto e ha presentato ricorso al TAR Marche¹²⁴.

168. Nelle more del contenzioso, e sulla base della considerazione che "con riferimento al ricorso promosso da Federfarma presso il TAR Marche, con istanza del 2/5/2016 le parti (Federfarma e ASUR Marche) hanno formulato istanza congiunta perché venga dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse e/o cessazione della materia del contendere" e con riferimento al "ricorso promosso da Vivisol, con ordinanza del 2371/2016 veniva respinta l'istanza cautelare", l'Amministrazione ha sottoscritto i nuovi contratti, i quali risultano al momento nella fase di avvio dell'esecuzione¹²⁵.

169. L'Amministrazione ha stimato che l'aggiudicazione immediata della gara avrebbe comportato un risparmio in valore assoluto pari a circa 6,5 milioni di euro annui (per oltre 30 milioni di euro nel quinquennio di affidamento¹²⁶), con una riduzione di oltre il 40% (41,71%) sui prezzi precedentemente applicati¹²⁷.

V.B.3. La gara indetta da SORESA per i servizi di ossigenoterapia domiciliare e le attività prodromiche ad essa

170. In ultimo, la documentazione istruttoria dà conto di un'ampia attività di concertazione tra le Parti, segnatamente le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vivisol Napoli e Vitalaire, finalizzata a mantenere artificiosamente alto il prezzo del servizio di ossigenoterapia domiciliare in Campania a far data dal dicembre 2012, a impedire, o quantomeno procrastinare, l'indizione della gara pubblica per l'affidamento di tale servizio nonché a ripartirsi i pazienti nell'ambito della gara in fine indetta da SORESA nel 2014.

171. Prima di procedere a descrivere in dettaglio i comportamenti delle Parti in merito alla contestazione in parola, si evidenzia che la strategia posta in essere si è articolata in diverse azioni che, nel prosieguo, saranno descritte analiticamente. Per meri fini di esemplificazione e sintesi si rappresenta brevemente che la concertazione si è realizzata attraverso un primo accordo – sottoscritto dalle Parti in data 20 dicembre 2012 – con il quale gli HCP si

¹²² [Cfr. doc. 778.]

¹²³ [Cfr. doc. 599, allegato 12.]

¹²⁴ [Cfr. doc. 599.]

¹²⁵ [Cfr. doc. 879.]

¹²⁶ [I 48 mesi di affidamento più la proroga di ulteriori 12 mesi nelle more dell'espletamento della nuova gara.]

¹²⁷ [Cfr. doc. 599, allegato 12.]

dichiaravano indisponibili ad aderire ad una nuova convenzione per la fornitura del servizio di OTD, per l'anno 2013, a condizioni economiche meno favorevoli per gli stessi, rispetto ai prezzi in vigore. A seguito di tale accordo, l'Amministrazione ha dovuto rivedere al rialzo i termini economici della decisione assunta, onde evitare la mancata adesione degli HCP alla convenzione e la mancata prestazione del servizio.

172. Successivamente, la strategia delle Parti si è declinata nella mancata adesione a una nuova proposta di convenzionamento presentata da SORESA a inizio del 2014. Dalla documentazione agli atti emerge la condivisione della strategia volta a rigettare qualsiasi proposta dell'Amministrazione a condizioni economiche peggiorative per le Parti e inferiori alle condizioni contrattualizzate in altre regioni italiane (Puglia e Calabria). Solo a fronte dell'adeguamento del prezzo a quello delle regioni Puglia e Calabria, le Parti hanno aderito alla convenzione che doveva assicurare la prestazione del servizio per il 2014, nelle more dell'espletamento della gara.

173. In questo contesto si inserisce l'indizione della procedura di gara da parte di SORESA, in occasione della quale intervengono numerosi contatti tra le Parti – documentati agli atti del fascicolo - al fine di trovare un equilibrio nella spartizione dei lotti e mantenere il posizionamento di mercato tra le Parti.

174. Esito di tale concertazione sono le offerte 'a scacchiera' presentate in sede di gara che dimostrano il raggiungimento dell'equilibrio collusivo, in termini di assegnazione di lotti.

La concertazione precedente alla gara

175. Nel dettaglio, al fine di contestualizzare l'attività posta in essere dalle Parti, appare necessario chiarire che le modalità di fornitura del servizio OTD in Campania sono state oggetto di diversi, significativi cambiamenti dal 2012 ad oggi, indotti dalla necessità per la Regione di ripianare i propri bilanci.

176. Nel 2012, la fornitura del servizio di ossigenoterapia in Campania era disciplinata da due atti, tra loro strettamente collegati: **(i)** il Protocollo di Intesa tra Regione Campania, Federfarma e Assofarm Campania in base al quale la distribuzione dell'ossigeno liquido era effettuata attraverso le farmacie convenzionate. All'interno di tale atto era indicato, altresì, il prezzo riconosciuto agli HCP per la fornitura del servizio (comprensivo, oltre al costo dell'ossigeno, anche del costo delle attività necessarie alla distribuzione domiciliare e della quota parte per le farmacie); e **(ii)** la Convenzione tra Federfarma e gli HCP in forza della quale questi ultimi si impegnavano a rifornire a domicilio con contenitori criogenici i pazienti provvisti di piano terapeutico. In termini pratici, il paziente, alla luce del piano terapeutico prescritto dal medico di base, si recava presso una farmacia convenzionata dove il farmacista provvedeva a contattare l'HCP per la fornitura del servizio a domicilio.

177. Secondo quanto dichiarato dai rappresentanti di SORESA: *"la Regione Campania provvedeva [alle forniture di OTD ai propri pazienti] sulla base di un accordo con Federfarma che prevedeva che il servizio fosse offerto per il tramite del canale delle farmacie, le quali intermediavano con le aziende fornitrici. Il compenso per la prestazione era corrisposto dalla Regione Campania direttamente a Federfarma e, fino a settembre/ottobre 2011, era equivalente a 6,20 euro/m³ (vale a dire il prezzo AIFA allora in vigore)"*¹²⁸.

178. Dal punto di vista degli HCP, essi si assicuravano la possibilità di svolgere il servizio attraverso l'adesione alla Convenzione. Il sistema era organizzato in modo tale che, almeno in linea teorica, il prezzo fosse determinato dalla Regione Campania in accordo con Federfarma, e fosse comprensivo, come anticipato, della quota parte che doveva essere riconosciuta alle farmacie per l'attività svolta (tipicamente, verifica delle prescrizioni mediche).

179. Dalla documentazione agli atti tuttavia emerge che, nel dicembre 2012, al momento della sottoscrizione del nuovo Protocollo, considerato il grave disavanzo nei conti economico-finanziari del Sistema Regionale Sanitario campano che aveva indotto alla nomina di un Commissario *ad acta* per il suo risanamento, la Regione Campania ha cercato di ridurre anche i costi legati al servizio di OTD, in quel periodo corrispondenti a 5,43 euro/m³, trovando l'opposizione delle Parti. In particolare, la Regione ha inviato una lettera a Federfarma in data 13 dicembre 2012 dove, sulla premessa della necessità di *"razionalizzare i propri costi e portare in equilibrio la propria gestione"*, si legge che *"da un'interlocuzione con SORESA (...) è emersa una maggiore convenienza dei percorsi seguiti da altre Regioni e da alcune ASL laziali con procedure ad evidenza pubblica, che consentono l'approvvigionamento dell'ossigeno liquido a prezzi inferiori di quelli offerti da codesta Associazione anche del 50%"* e che *"tali valutazioni verrebbero superate consentendo il proseguimento del rapporto di collaborazione qualora il prezzo offerto si riducesse a € 3 a metro cubo"*¹²⁹. Di fronte a tale esigenza, le Parti si sono accordate per evitare, o quanto meno per ritardare, tale evenienza.

180. A fronte della richiesta della Regione, prontamente inoltrata agli HCP dal rappresentante di Federfarma - a conferma del ruolo tutt'altro che passivo svolto dagli operatori in Campania - questi ultimi si sono immediatamente attivati, convocando una riunione per il 20 dicembre 2012, alla quale sono stati invitati Vivisol Napoli, Magaldi, Vitalaire, OXY Live, Medicaire Sud, Ossigas, Eubios, Linde, Tergas, Euroossigeno, Tirella Ossigeno e GCO, premurandosi di specificare che *"vista la delicatezza dell'argomento è opportuno che siano presenti tutti i rappresentanti delle aziende firmatarie (muniti di delega)"*¹³⁰.

¹²⁸ [Cfr. doc. 658.]

¹²⁹ [Cfr. doc. 40.]

¹³⁰ [Cfr. doc. 40.]

181. Ad esito della riunione, le società Vivisol, Vitalaire, OXY Live, Medicaire Sud, Ossigas, Eubios, Magaldi, Euroossigeno, Linde, GCO e Tergas hanno sottoscritto una lettera con la quale hanno espressamente manifestato a Federfarma e, di fatto, alla Regione, il comune disappunto e la condivisa indisponibilità a ridurre il prezzo dell'OTD: *"in riferimento alla convenzione sottoscritta tra Federfarma e gli Home Care Provider in data 4.12.2012 in merito alla distribuzione di ossigeno liquido (...) vi comunichiamo che gli HCP non sono disponibili a rivedere le condizioni concordate con la convenzione precedentemente richiamata, inoltre riteniamo caduti tutti i precedenti accordi sottoscritti tra le parti, pertanto vi comunichiamo che a far data dal 1 gennaio 2013 gli HCP firmatari della presente comunicazione si rifaranno al prezzo AIFA di fatturazione per le relative confezioni"*¹³¹ (enfasi aggiunta).

182. Siffatta azione di contrasto si è, poi, tradotta, nell'ambito del Protocollo di Intesa per l'anno 2013, nella determinazione di un prezzo per il servizio che, invece di essere pari a 3 euro/m³, come richiesto dalla Regione, è stato fissato a 3,606 euro/m³, dunque al livello più alto preteso dalle imprese¹³².

183. Più in generale, secondo quanto affermato dai rappresentanti di GCO, operatore storico del mercato e per tale ragione convocato in audizione, in quanto a conoscenza delle dinamiche della fornitura di OTD in Campania, *"in questo contesto, le imprese operanti nell'OTD si sono incontrate in più occasioni al fine di scongiurare il rischio dell'indizione di gara, convenendo di proporre alla Regione modalità diverse dalla gara per un contenimento dei costi"*¹³³.

184. I documenti presenti nel fascicolo istruttorio mostrano, inoltre, come tale opposizione degli HCP sia proseguita anche successivamente. E così, ad esempio, quando SORESA, nel settembre 2013, ha pubblicato un'indagine di mercato volta ad avere indicazioni dagli operatori circa il settore e la fornitura del servizio, come evidenziato dagli stessi rappresentanti di SORESA in sede di audizione, *"nei termini previsti dal questionario sull'indagine di mercato sono pervenute pochissime risposte, mentre è pervenuta una richiesta di incontro formulata da ACFAPO, associazione che raggruppa anche le imprese fornitrici di servizi di ossigenoterapia domiciliare"*¹³⁴.

185. Nella lettera del 24 settembre 2013, inviata da ACFAPO a SORESA emerge chiaramente che lo scopo dell'incontro fosse quello di dissuadere l'Amministrazione dall'indire una gara ad evidenza pubblica, formulando *"una proposta di Accordo Quadro come procedura più rispondente alla necessità di efficacia, efficienza ed economicità"*¹³⁵.

186. I rappresentanti di SORESA hanno confermato che nell'ambito di tale incontro *"al quale ha presenziato il presidente di ACFAPO nonché alcuni rappresentanti delle società fornitrici di servizi di ossigenoterapia, questi hanno rappresentato a SORESA criticità relative al modello di gara che la centrale di committenza stava per indire, prospettando il modello alternativo dell'Accordo Quadro come modello migliore e più idoneo per la fornitura del servizio in parola e richiamando l'esempio di quanto vigente nelle Regioni Puglia e Calabria, anche in termini di condizioni economiche"*¹³⁶.

187. Sul punto è doveroso precisare sin da ora che la documentazione istruttorie mostra che, sebbene ACFAPO formalmente sia l'Associazione che raggruppa gli HCP attivi in Campania, di fatto tramite essa operano direttamente le principali imprese fornitrici del servizio di OTD. Ciò emerge chiaramente dall'email di contestazione di un operatore minore del 28 febbraio 2014, il quale testualmente afferma: *"l'associazione ACFAPO che riuniva gli Home Care Service ormai non esiste più. Credevo che facendone parte, insieme dividevo qualsiasi decisione veniva presa su tutte le problematiche che nascevano inerenti al settore. Mi sono reso conto che tutto ciò non esiste più da quando sono venuto a conoscenza di incontri avuti alla SORESA, alla Regione e a Federfarma da alcuni operatori che anche per conto della mia società hanno deciso nuovi accordi non ancora chiari a nessuno"*¹³⁷. Del pari, significativa è l'email acquisita presso OXY Live e condivisa con Eubios, del 24 aprile 2015, in cui si legge: *"mi rendo conto che le aziende hanno gestito direttamente la vicenda [i.e. il tavolo Federfarma Napoli - ACFAPO] ma al contempo, non vedo particolare difficoltà a coinvolgere adesso l'Associazione Acfapo (...)"* e in commento *"ti informo che la lettera è stata condivisa da Gco, Euroossigeno, Magaldi, Ossigas, Tergas, Irongas, Medicaire, etc."*¹³⁸.

188. Vista l'istanza delle Parti, in data 16 dicembre 2013 SORESA ha chiesto indicazioni alla Regione Campania¹³⁹, la quale, con decreto del 28 gennaio 2014, ha demandato a SORESA di procedere, nelle more dell'iter della procedura ad evidenza pubblica, alla *"conclusione di un accordo con i produttori e/o distributori di ossigeno liquido, sul modello dell'accordo sottoscritto dalla Regione Puglia e dalla Regione Calabria, alle seguenti condizioni: il prezzo non dovrà essere superiore a quello pattuito nelle citate Regioni e, comunque, dovrà tener conto delle condizioni rilevate da*

¹³¹ [Cfr. doc. 40.]

¹³² [Cfr. Decreto Commissariale n. 15 del 6 febbraio 2013, pubblicato nel Bollettino Ufficiale Regione Campania n. 11 del 18 febbraio 2013.]

¹³³ [Cfr. doc. 784.]

¹³⁴ [Cfr. doc. 658.]

¹³⁵ [Cfr. doc. 304.]

¹³⁶ [Cfr. doc. 658.]

¹³⁷ [Cfr. doc. 90.]

¹³⁸ [Cfr. doc. 28.]

¹³⁹ [Cfr. doc. 658, allegato 2.]

SORESA a seguito dell'indagine di mercato condotta per la suddetta gara centralizzata: l'Accordo dovrà decorrere dal mese di febbraio e durare fino alla stipula della convenzione conseguente all'aggiudicazione della gara per la fornitura dell'ossigeno liquido terapeutico domiciliare a cura di SORESA"¹⁴⁰.

189. Anche in questa fase, la documentazione istruttoria dà conto di un'azione congiunta delle Parti volta a mantenere artificiosamente alto il prezzo dell'OTD.

Esemplificativo, a tal fine, uno scambio di email del 2 gennaio 2014, tra Linde, Medicaire, Euroossigeno, Magaldi, Irongas, Eubios, Vivisol, Ossigas, GCO, Air Liquide (Vitalaire), OXY Live e Tergas, dove il rappresentante di Ossigas, nell'avvisare le altre società della scelta della Regione Campania di affidare a SORESA la gestione del servizio, manifesta la sua preoccupazione in quanto "probabilmente la SORESA cercherà di negoziare un prezzo unico omnicomprensivo inferiore a quello previsto nell'accordo della Regione Puglia"¹⁴¹.

190. In risposta, il rappresentante di Linde scrive: "l'accordo in questione a detta loro è provvisorio perché vogliono fare la gara e sappiamo che la pubblicheranno senza dubbio. Questo sarà il loro tentativo di risparmiare ulteriormente, ma per quanto mi riguarda il prezzo dell'accordo Puglia, uguale a quello della Calabria, non può essere assolutamente soggetto a trattative al ribasso"¹⁴² (enfasi aggiunta).

Dello stesso tenore la replica del rappresentante di Medicaire Sud: "**se accordo deve essere solo come Puglia e Calabria ... altrimenti se vogliono ottenere prezzi diversi facciano la gara a quando la faranno!!!!**"¹⁴³ (enfasi aggiunta).

191. L'intesa raggiunta tra le Parti di sottoscrivere un Accordo Quadro solo alle condizioni in quel periodo in vigore in Puglia e Calabria si è tradotta nella mancata manifestazione di interesse alla procedura attivata da SORESA in data 29 gennaio 2014, in ossequio al decreto commissariale del 28 gennaio 2014. L'Amministrazione, infatti, contrariamente ai desiderata degli HCP, aveva fissato il prezzo del servizio a un livello inferiore rispetto a quello vigente in Puglia e Calabria, sulla base di quanto disposto dal decreto commissariale che stabiliva che l'accordo dovesse "tener conto delle condizioni rilevate da SORESA a seguito dell'indagine di mercato condotta per la suddetta gara centralizzata"¹⁴⁴.

192. In linea con il contenuto degli scambi di email citati ai paragrafi precedenti, poiché il prezzo era inferiore rispetto a quello previsto in Puglia e Campania, nessuna impresa ha manifestato interesse ad essere accreditata nei termini previsti (vale a dire entro il 7 febbraio 2014).

193. In una email del 4 febbraio 2014, nel commentare la lettera inviata da ACPAPO a SORESA con la quale si chiedeva "un incontro urgente per analizzare il modello da Voi proposto, che differisce nelle modalità rispetto a quanto condiviso nel corso dei vari tavoli tecnici effettuati (...) e dagli stessi Accordi Quadro vigenti in Puglia e Calabria", significativamente il rappresentante di OXY Live scrive a Sapio "a conferma dell'allineamento delle consociate campane esposto con precedenti email"¹⁴⁵.

194. Pertanto, SORESA è stata costretta ad indire una nuova procedura per la conclusione dell'Accordo nella quale ha "riformula[to] le condizioni economiche dell'Accordo, così come disposto nella prefata nota [i.e. nota commissariale del 7 febbraio 2014] allineandole a quelle stabilite dagli Accordi sottoscritti nella Regione Puglia e Calabria"¹⁴⁶.

195. A tale nuova versione dell'Accordo Quadro hanno aderito 15 imprese, tra cui le Parti, e segnatamente: Medicaire Sud, Linde, Magaldi, Vivisol, Vivisol Silarus, Vitalaire, Eubios, OXY Live, Tergas, Oxy Gar, Oxy Gas, Life Service, Irongas, GCO e Son.

La concertazione nell'ambito della gara

196. Con determinazione del 19 giugno 2014, SORESA – dando attuazione ad un progetto già deliberato nel 2012, con decreto commissariale n. 11 del 10 febbraio 2012¹⁴⁷ - ha indetto la *Procedura aperta per l'attivazione di Convenzioni*

¹⁴⁰ [Cfr. doc. 658, allegato 3.]

¹⁴¹ [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

¹⁴² [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

¹⁴³ [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

¹⁴⁴ [Cfr. doc. 658, allegato 2.]

¹⁴⁵ [Cfr. doc. 386. L'azione concertata posta in essere dagli HCP è chiaramente riassunta in un documento acquisito presso Magaldi in cui, nel descrivere le attività svolte dagli HCP in Campania finalizzate ad evitare il ricorso alla gara, si legge: "il 24 giugno del 2008 nasce ufficialmente il 'Progetto ODUE', accordo tra le aziende operanti sul territorio campano e Federfarma che consente di mantenere inalterato il prezzo ex factory di cessione del servizio alle farmacie che di contro praticano uno sconto del 12,60% alla Regione Campania rispetto al prezzo al pubblico (...) Tale accordo convince la Regione ad evitare il ricorso alle gare. L'accordo durerà oltre 1 anno e mezzo e verrà rinnovato nel 2010, ma con riduzione del margine per gli HCP (...), che in ogni caso rappresentava un prezzo di mercato assolutamente di rilievo rispetto al panorama nazionale (...) che rimarrà inalterato fino al gennaio 2013. Da febbraio 2013, con la Regione sempre più costretta dal Piano di Rientro ad adottare misure di contenimento dei costi si trovava un nuovo accordo che abbinava il contenimento dei costi (...) a quello dei consumi (...) Per evitare un'imminente procedura di gara ancora una volta, a seguito di numerosi tavoli tecnici, si riesce a chiudere un importante Accordo Quadro per la distribuzione dell'ossigeno in regime di Accreditamento. Il modello è quello nato in Calabria nel 2011, con gli stessi importi, con l'unica variante della 'distribuzione per conto' affidata alle farmacie private, che ancora una volta riescono a rimanere aggrappate al servizio di ossigenoterapia. L'accordo, attualmente in vigore, è partito il 01 aprile 2014 su tutta la Regione Campania" (cfr. doc. 312).]

¹⁴⁶ [Cfr. determinazione SORESA n. 25 del 12 febbraio 2014.]

per la fornitura domiciliare di ossigeno liquido in Campania. Prima di entrare nel merito delle dinamiche che hanno caratterizzato tale gara, tuttavia, e a testimonianza di un dialogo continuo e collaborativo tra le imprese, assumono rilievo delle email del 28 febbraio 2014, data di scadenza del termine di invio di alcuni dati a SORESA, che, come chiarito dai rappresentanti di quest'ultima, erano "necessari ad ultimare la definizione dei documenti di gara"¹⁴⁸.

197. In particolare, rileva l'email inviata il 28 febbraio 2014 dal rappresentante di Euroossigeno ai rappresentanti di Eubios, Vivisol, Ossigas, Linde, Medicaire, Air Liquide, OXY Live, Tergas, Otersan, Magaldi, Irongas e GCO: "in relazione alla richiesta di Soresa di trasmettere il file .xls 'informativa ossigeno' entro data odierna, la Euro Ossigeno srl/Morlando Group srl, **prima di effettuare l'invio, attende comunicazione per concordare sul da farsi**, e chiarimenti riguardo agli ultimi incontri avvenuti dai Ns. delegati presso sede Soresa" (enfasi aggiunta)¹⁴⁹.

Dello stesso tenore l'email inviata, sempre il 28 febbraio 2014, dal rappresentante di OXY Live a quello di Magaldi: "(...) **come dobbiamo regolarci con la risposta alla richiesta fatta da loro circa i dati statistici da inviare?**" (enfasi aggiunta)¹⁵⁰.

198. Venendo alla gara, essa concerneva la sottoscrizione di una Convezione per l'affidamento della fornitura domiciliare di ossigeno liquido agli aventi diritto delle AA.SS.LL. della Regione Campania, della durata di 12 mesi, entro i quali le Aziende Sanitarie potevano concludere i contratti di fornitura tramite l'adozione di un atto di adesione; la durata dei singoli contratti di fornitura, invece, durante la quale le Amministrazioni aderenti potevano emettere i singoli ordini di fornitura, era di 3 anni decorrenti dai rispettivi atti di adesione.

199. Oggetto dell'appalto era la fornitura di ossigeno liquido presso il domicilio dell'assistito nonché alcuni servizi ad essa strettamente connessi, quali, ad esempio, la consegna, l'installazione e la manutenzione dei contenitori criogenici. L'appalto era suddiviso in 7 lotti territoriali, corrispondenti alle AA.SS.LL. di Napoli 1 Centro, Napoli 2 Nord, Napoli 3 Sud, Avellino, Benevento, Caserta e Salerno.

200. Il criterio di aggiudicazione scelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata attraverso l'attribuzione di un punteggio massimo di 30 punti per l'offerta tecnica e di 70 punti per quella economica.

201. La base d'asta era stata fissata a 2,50 euro/m³, con la previsione di un importo identico per tutti i lotti in gara. Tale importo era stato determinato a seguito di un'analisi di mercato che, come emerge dalla documentazione agli atti, ha tenuto conto dei prezzi in quel periodo vigenti, dei costi del prodotto e del servizio nonché di analoghe iniziative svolte in ambito nazionale da altre stazioni appaltanti (ad esempio, la gara avente per capofila l'ASL di Pavia e quali committenti le AA.SS.LL. di Pavia, Brescia, Cremona, Lodi, Vallecarnonica-Sebino, indetta nel mese di maggio 2014)¹⁵¹.

202. Era, infine, previsto che ciascun concorrente potesse aggiudicarsi un numero massimo di due lotti, con possibilità di partecipare in ATI e di ricorrere agli istituti dell'avvalimento e del subappalto.

203. Il termine di deposito delle offerte, in principio fissato al giorno 8 agosto 2014, è stato prorogato al giorno 1 settembre 2014 in ragione delle richieste di differimento avanzate da diverse imprese. Si noti che anche il tema della proroga risulta essere stato oggetto di condivisione tra le Parti come risulta dall'email del 26 giugno 2014 tra Magaldi, Eubios e OXY Live¹⁵².

204. Come evidenziato dai rappresentanti di SORESA in sede di audizione, "il bando di gara prevedeva una divisione del territorio della Regione in 7 lotti, di dimensioni sia geografiche che in numero di pazienti diverse, al fine di consentire la partecipazione di più imprese, anche di dimensioni minori, in un'ottica di favor nei confronti delle PMI. Nello stesso senso, il bando prevedeva l'aggiudicazione massima di 2 lotti per ogni impresa e modalità di attribuzione parabolica del valore dell'offerta economica. Inoltre, al fine di non porre ostacoli alla partecipazione di imprese esterne al territorio, il requisito previsto nel bando attinente alla presenza nel territorio delle 7 ASL (la presenza di stabilimenti) attribuiva un punteggio massimo di 3 punti, peraltro discrezionali, sui 30 disponibili per l'offerta tecnica"¹⁵³.

205. La correttezza del disegno di gara è stata confermata dai rappresentanti di Vitalaire, i quali hanno sottolineato "che il bando Soresa non presentava le criticità che sono state sottolineate in merito alle gare milanesi e di ASUR Marche"¹⁵⁴.

206. Si noti che anche il TAR Campania, chiamato dalle società Vivisol Napoli, Ossigas, OXY Live ed Eubios a pronunciarsi sulla legittimità della gara, ha respinto il ricorso, con sentenza che non è stata oggetto di impugnazione

¹⁴⁷ [Le stesse Parti affermano: "SORESA aveva incluso la fornitura dell'ossigeno nel programma gare centralizzate, approvate con decreto commissariale n. 11 del 10.02.2012 ed aveva in istruttoria la predisposizione della relativa gara da più di due anni" (doc. 1067).]

¹⁴⁸ [Cfr. doc. 658.]

¹⁴⁹ [Cfr. doc. 89.]

¹⁵⁰ [Cfr. doc. 93.]

¹⁵¹ [Cfr. doc. 45.]

¹⁵² [Cfr. doc. 53, in cui si legge "come da accordi vi invio bozza di richiesta di differimento", segue bozza della lettera.]

¹⁵³ [Cfr. doc. 658.]

¹⁵⁴ [Cfr. doc. 673.]

ed è quindi passata in giudicato¹⁵⁵. Sul punto, è interessante osservare come il tema del ricorso sia stato oggetto di condivisione tra le imprese, peraltro anche tra imprese che non hanno poi impugnato gli atti di gara (ad esempio Magaldi)¹⁵⁶. Inoltre, a testimonianza della pretestuosità dell'impugnazione si osserva che le stesse Parti erano consapevoli della sua 'debolezza', soprattutto rispetto ad alcuni suoi profili (ad esempio, rispetto alla mancata indicazione del prezzo a confezione e alla mancata indicazione dei costi di interferenza)¹⁵⁷.

207. Alla data di scadenza prevista, sono pervenute 6 offerte da parte di: Vitalaire, CrioSalento, Linde e Medicaire Sud in RTI (ad eccezione del lotto 5 per il quale Linde ha partecipato da sola), Linde (per il solo lotto 5), Magaldi e Vivisol in RTI e OXY Live, Eubios e Ossigas in RTI.

La tabella che segue riassume le offerte economiche presentate, ponendo in evidenza i vincitori di ciascun lotto.

Tab. 5 - offerte economiche presentate dalle imprese nella gara SORESA

Lotto	Base d'asta	RTI Linde – Medicaire Sud	Vitalaire	Linde	RTI OXYLive – Eubios - Ossigas	RTI Magaldi - Vivisol	CrioSalento
1. Napoli Centro	€ 2,50	€ 2,40			€ 2,30	€ 2,40	€ 2,499
2. Napoli Nord	€ 2,50	€ 2,40	€ 1,80		€ 2,30	€ 2,23	€ 2,499
3. Napoli Sud	€ 2,50	€ 2,00	€ 2,40		€ 2,30	€ 2,39	€ 2,499
4. Avellino	€ 2,50	€ 2,40			€ 2,30	€ 2,39	€ 2,380
5. Benevento	€ 2,50	-		€ 1,78	€ 2,30	€ 2,28	€ 1,990
6. Caserta	€ 2,50	€ 2,40	€ 2,250		€ 2,30	€ 1,80	€ 2,499
7. Salerno	€ 2,50	€ 2,40			€ 2,30	€ 1,80	€ 1,960

208. In merito alla partecipazione alla gara, la documentazione istruttoria dà conto di una concertazione tra le Parti volta a ripartirsi i lotti, evitando il confronto competitivo su ciascuno di essi, al fine di mantenere stabili le quote di ciascuna impresa in termini di pazienti.

209. Come sottolineato dal rappresentante di GCO in sede di audizione, "quando SORESA ha deciso di bandire la gara le imprese aderenti ad ACFAPO, e segnatamente le imprese che poi hanno ottenuto l'aggiudicazione dei vari lotti, si sono incontrate in più occasioni, anche al fine di concordare la partecipazione alla gara, in termini di aggiudicazione dei lotti e di prezzi di aggiudicazione, senza che a tali accordi partecipasse in alcun modo GCO. L'attribuzione dei lotti è stata stabilita sulla base dei pazienti già serviti da ogni fornitore, nel tentativo di mantenere il precedente equilibrio di mercato. Tale obiettivo è stato raggiunto solo in parte, in quanto il numero dei pazienti è diminuito quasi del 30%, in ragione soprattutto di una maggiore restrittività nelle prescrizioni di ossigeno liquido da parte dei medici di base. In questo contesto alcuni operatori hanno guadagnato maggiori quote di mercato, in numero di pazienti serviti (Linde, Vitalaire, Vivisol e Sapio)"¹⁵⁸.

210. Tali affermazioni sono confermate da diversi documenti agli atti del procedimento che dimostrano come le Parti, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte abbiano 'sperimentato' differenti soluzioni al fine di ripartirsi di comune accordo ed equamente il numero di pazienti e siano, in fine, giunte alla determinazione delle offerte presentate in sede di gara.

211. Rileva, a tal fine, un documento acquisito presso OXY Live¹⁵⁹. Trattasi di un documento manoscritto senza data, redatto su carta intestata di Vivisol (operatore concorrente), sul quale è riportata una tabella con quattro colonne e quattro righe. Nelle colonne sono riportati, rispettivamente, i lotti oggetto di gara (alcuni abbinati tra loro), il numero di pazienti per ciascun lotto (o abbinamento di lotti), alcuni numeri in sequenza, il numero finale di pazienti, come da immagine che segue, che riproduce una parte del documento.

¹⁵⁵ [Cfr. Tar Campania, 29 dicembre 2014, sentenza n. 6942.]

¹⁵⁶ [Cfr. docc. 54 e 321.]

¹⁵⁷ [Cfr. docc. 54 e 321 in cui si legge: "non viene chiesto il prezzo a conf. ma questo aspetto è debole se rapportato all'art. 8 del Capitolato che prevede fatturazione al mc e/o a confezione". Sul punto, appare significativa anche l'affermazione di Medicaire Sud, la quale, nell'elenco delle supposte 'criticità degli atti di gara' ha incluso la clausola per cui "ciascuna azienda partecipante può aggiudicarsi, al massimo, n. 2 lotti sui 7 previsti in gara. Ciò comporta, anziché un allineamento – in tutta la Regione Campania – delle condizioni economiche e di servizio (obiettivo di una gara centralizzata), una frammentazione delle stesse. Di fatto, alle condizioni sopra indicate, gli aggiudicatari sono minimo 4, con prezzi e modalità di erogazione del servizio differenti gli uni dagli altri" (cfr. doc. 717). Tale dichiarazione mette in luce le reali ragioni dello scontento delle Parti circa la gara indetta da SORESA la quale, imponendo un sistema diverso dall'accreditamento, non permetteva 'un allineamento delle condizioni economiche' al livello elevato che fino ad allora le imprese erano riuscite a mantenere.]

¹⁵⁸ [Cfr. doc. 784.]

¹⁵⁹ [Cfr. doc. 50, p. 31.]

NA 1 + B8 Pz. 3500 = 2-5-13-6 = ~~2000~~ 2400
 SA + AV Pz. 3250 = 7-3-8 = 3300
 NA 3 Sud Pz. 1350 = 4-12 = 1400
 NA 2 + B08 Pz. ~~2000~~ = 1-14-9 = 2000

20052 Monza (MI) - via Borgazzi 27
 tel. +39 039 2396359 - fax +39 039 2396392
 e-mail: info@vivosol.it - www.vivosol.it

✓
 31

6

212. Si noti che i numeri nella terza colonna corrispondono ai fornitori di ossigeno, così come elencati "nell'Elenco degli operatori economici che hanno sottoscritto l'accordo per l'attivazione del servizio di ossigeno terapia - aggiornato al 25/06/2014"¹⁶⁰, di seguito riportato.

**ELENCO DEGLI OPERATORI ECONOMICI CHE HANNO SOTTOSCRITTO
 L'ACCORDO PER L'ATTIVAZIONE DEL SERVIZIO DI OSSIGENOTERAPIA - AGGIORNATO AL 25/06/2014**

1	G. COMPAGNONI OSSIGENO SRL
2	EUBIOS SRL
3	IRON GAS SRL
4	LINDE MEDICALE SRL
5	OXY LIVE SRL
6	OSSIGAS SRL
7	MAGALDI LIFE SRL
8	TER.GAS SRL
9	VITALAIRE ITALIA
10	VIVISOL SILARUS SRL
11	VIVISOL NAPOLI SRL
12	MEDICAIR SUD SRL
13	MORLANDO GROUP SRL
14	LIFE SERVICE SRL
15	SALOX di SALOMONE FIORENZO
16	OXY-GAR. SAS di GARIULO CONCETTA
17	VOXISUD SRL
18	ALFA OSSIGENO SRL

213. Nella tabella innanzi descritta i lotti SA+AV erano stati imputati alle società 7 - 3 - 8, che nell'Elenco corrispondono rispettivamente alle società Magaldi, Irongas e Tergas. Ebbene, in una email acquisita presso Magaldi del 9 luglio 2014¹⁶¹ Magaldi chiede due lettere di referenze bancarie per partecipare alla gara SORESA, dichiarando che "parteciperà con un Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la società Tergas e la società Irongas" per i lotti di Avellino e Salerno. Tuttavia, solo Magaldi, Irongas e Tergas potevano esserne a conoscenza, non certo OXY Live presso cui il documento è stato acquisito.

È chiaro, quindi, che l'ipotesi rappresentata ai paragrafi precedenti costituisce un primo tentativo di schema ripartitorio, concertato tra le Parti di comune accordo: si consideri, infatti, che il documento è stato acquisito presso OXY Live, è su carta intestata di Vivosol e contempla un'ipotesi di partecipazione da parte di Magaldi che, nel prosieguo, non si è verificata.

214. Al riguardo si precisa che, come dichiarato da ASL Napoli 3 Sud, "i dati relativi al numero dei pazienti e al fornitore [...] sono registrati sul piattaforma SaniARP della Regione Campania e sono accessibili unicamente dal personale autorizzato, per le finalità del Servizio Sanitario Regionale". Pertanto, le simulazioni di cui sopra sono state effettuate non sulla base di dati pubblici ma su dati interni delle società, evidentemente scambiati tra le stesse¹⁶².

215. Sempre presso OXY Live sono stati acquisiti altri documenti che presentano dei tentativi di varianti allo schema su descritto, con frecce e abbinamenti di lotti diversi¹⁶³.

¹⁶⁰ [Cfr. doc. 50, p. 15.]

¹⁶¹ [Cfr. doc. 328.]

¹⁶² [Cfr. doc. 795.]

¹⁶³ [Cfr. doc. 50, p. 14 e p. 35.]

216. Il risultato dei diversi tentativi è riportato in un documento manoscritto acquisito presso Vivisol Napoli¹⁶⁴ sul quale compare la griglia corretta degli abbinamenti tra i lotti e le società che avrebbero dovuto aggiudicarsi – e che si sono effettivamente aggiudicati gli stessi. Sebbene il documento sia senza data, si può assumere che esso sia stato redatto prima dell'apertura delle buste, e, invero, prima della predisposizione delle offerte.

217. In primo luogo, è lo stesso Amministratore Delegato della società che in sede di ispezione ha descritto il documento dichiarando che si tratta di una "stima dei pazienti in carico ai concorrenti, dallo stesso redatta al fine di predisporre l'offerta per la gara SORESA" (enfasi aggiunta)¹⁶⁵, e quindi antecedentemente all'apertura delle buste, circostanza poi negata dal rappresentante legale della società in sede di audizione finale¹⁶⁶.

218. In secondo luogo, si osserva che il numero dei pazienti non corrisponde a quello ufficialmente fornito da SORESA nel bando di gara, lasciando supporre che le Parti si siano basate su stime in loro possesso, diverse dai dati forniti dall'Amministrazione (come confermato da GCO in sede di audizione¹⁶⁷). Di seguito una copia del documento testé descritto.

doc 74 doc. 3



<p>Oxy Live - Eubios - Ossigas - 216 1380 1200 950 200</p> <p>Vitoloni 1100</p> <p>Linde + Medicor 1000 1090</p> <p>Vivisol + Vivisyl Com 1100</p> <p>MAGGIORI (3100)</p> <p>Numero P2.</p> <table style="width: 100%;"> <tr><td>MA1</td><td>1350</td></tr> <tr><td>MA2</td><td>1420</td></tr> <tr><td>MA3</td><td>1840</td></tr> <tr><td>ES</td><td>1635</td></tr> <tr><td>AV</td><td>1370</td></tr> <tr><td>ON</td><td>818</td></tr> <tr><td>SA</td><td>2200</td></tr> </table>	MA1	1350	MA2	1420	MA3	1840	ES	1635	AV	1370	ON	818	SA	2200	<p>MA1+AV 3700</p> <p>MA2 1420</p> <p>MA3+ES</p> <p>Fuori Eura / Dolox / Alfa / Comp / Crio / Voxis.</p>
MA1	1350														
MA2	1420														
MA3	1840														
ES	1635														
AV	1370														
ON	818														
SA	2200														

20052 Monza (MI) - via Borgazzi 27
tel. +39.039.2396359 - fax +39.039.2396392
e-mail: info@vivisol.it - www.vivisol.it

219. In questo contesto ripartitorio si inserisce, altresì, il contratto di subappalto sottoscritto tra Tergas e le società Eubios, OXY Live e Ossigas in data 28 agosto 2014, dunque prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Dal combinato disposto degli artt. 3 e 4 del contratto emerge che, a fronte dell'impegno da parte di Eubios, OXY Live e Ossigas, che avrebbero partecipato in RTI alla gara SORESA, di subappaltare a Tergas una quota pari al 12% dei servizi che si sarebbero aggiudicati, quest'ultima "si impegna a non partecipare autonomamente ad alcun lotto della gara in parola, rinunciando sin da ora a stipulare accordi di partecipazione o subappalto con altre società che non siano incluse nel citato raggruppamento"¹⁶⁸.

220. Con riguardo alla scelta dei lotti su cui 'puntare', appare rilevante chiarire sin da ora alcuni aspetti. Dai documenti ispettivi emerge la consapevolezza delle Parti in merito all'esigua importanza, nell'economia del punteggio complessivo, del punteggio tecnico - tra cui la localizzazione dello stabilimento, che valeva 'solo' 3 punti al massimo - come risulta dall'analisi della gara fatta da Vivisol Napoli, secondo cui "i distacchi qualitativi saranno molto bassi perché il range sarà al massimo di 12 punti (ma prevedibilmente veri saranno molto meno)"¹⁶⁹. Inoltre, anche a considerare gli asseriti vantaggi in termini di logistica e riduzione dei costi, non risulta essere stato seguito nella

¹⁶⁴ [Cfr. doc. 74.]

¹⁶⁵ [Cfr. doc. 71.]

¹⁶⁶ [Cfr. doc. 1117.]

¹⁶⁷ [Cfr. doc. 784.]

¹⁶⁸ [Cfr. doc. 50, p. 17-20.]

¹⁶⁹ [Cfr. doc. 54.]

presentazione delle offerte. In più casi le Parti hanno 'puntato' su lotti su cui non insistevano i propri stabilimenti, come emerge dalla cartina che segue.



221. Prova di quanto sopra affermato è l'offerta presentata dalla società Vitalaire la quale, pur avendo il proprio stabilimento nella provincia di Caserta¹⁷⁰, ha presentato l'offerta con lo sconto maggiore per il lotto Napoli 2 Nord. Tra l'altro, se avesse presentato la medesima offerta economica pari ad 1,80 euro/m³ anche per il lotto di Caserta, questa sarebbe coincisa con l'offerta presentata da RTI Magaldi Life/Vivisol Napoli, risultato in fine aggiudicatario.

222. Per quel che concerne, poi, l'effettiva quantificazione dei prezzi offerti da parte di ciascuna impresa, – secondo quanto affermato dai rappresentanti di GCO in sede di audizione – essa "è stata condizionata dalla temuta partecipazione di CrioSalento ad alcuni lotti di gara, che ha provocato un ribasso più significativo rispetto alla base d'asta. Nelle more della procedura sono iniziate le trattative per l'acquisizione di CrioSalento da parte di Sapio. Tale circostanza sembra aver condizionato alla fine le modalità di partecipazione – in termini di prezzo offerto – di CrioSalento alla gara"¹⁷¹.

223. Ciò appare confermato dal seguente estratto della tabella 5, sopra riportata, da cui emerge come solo l'offerta pari a 1,80 euro o inferiore ha potuto rassicurare rispettivamente l'RTI Magaldi/Vivisol Napoli e Linde rispetto all'offerta di un concorrente (Crio Salento) non partecipante alla concertazione.

Tab. 6 offerte economiche gara SORESA - CrioSalento

Lotto	Base d'asta	RTI Linde – Medicair Sud	Vitalaire	Linde	RTI OXYLive – Eubios - Ossigas	RTI Magaldi - Vivisol	CrioSalento
5. Benevento	€ 2,50	-		€ 1,78	€ 2,30	€ 2,28	€ 1,990
7. Salerno	€ 2,50	€ 2,40			€ 2,30	€ 1,80	€ 1,960

224. In proposito, è interessante sottolineare come dalla documentazione agli atti, confermata dal rappresentante di Ossigas in sede di audizione, emerga che l'RTI composto da OXY Live, Eubios e Ossigas, pur "puntando sul lotto 1 Napoli Centro (dove è lo stabilimento di Ossigas e dove risiedeva la maggior parte dei pazienti allora serviti dalla società) e sul lotto 4 Avellino (dove vi era lo stabilimento di Irongas, società con la quale l'RTI aveva sottoscritto un accordo di avvalimento)"¹⁷², e pur avendo ipotizzato di offrire un prezzo più basso rispetto a quello in fine offerto – corrispondente a 1,85 euro/m³, 1,75 euro/m³ fino a 1,20 euro/m³, come risulta da alcuni documenti agli atti¹⁷³ – abbia infine presentato offerta proponendo uno sconto molto basso, con un prezzo pari a 2,3 euro/m³. A tal fine, viene in rilievo, come già descritto al para. 164, che in quel periodo erano già in corso le trattative per l'acquisizione da parte del Gruppo Sapio (di cui Eubios e OXY Live sono parte) della società Criosalento.

¹⁷⁰ [Cfr. doc. 267.]

¹⁷¹ [Cfr. doc. 784.]

¹⁷² [Cfr. doc. 702.]

¹⁷³ [Cfr., tra gli altri, doc. 50, p. 12 e 26.]

225. Anche un documento acquisito presso Medicaire del 27 agosto 2014¹⁷⁴ in cui sono riportate 'riflessioni e valutazioni economiche sul prezzo da offrire in gara', nel dar conto della stima interna del prezzo economicamente sostenibile per la società, testimonia, da un lato, lo scambio di informazioni con gli altri operatori in merito alle offerte economiche da presentare¹⁷⁵ e, dall'altro lato, che, in prossimità della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la società aveva ipotizzato prezzi a base d'asta inferiori a quelli in fine proposti; si noti che la società aveva stimato offerte concorrenti con prezzi (comprese tra 1,70 euro/m³ e 1,85 euro/m³) sensibilmente inferiori a quelli dalla stessa offerti.

226. Infine, si osserva che diversa documentazione agli atti mostra una redditività alta anche in presenza di sconti significativi sulla base d'asta, maggiori rispetto a quelli effettivamente proposti. E così, ad esempio, presso Magaldi sono stati acquisiti file excel¹⁷⁶ che mostrano come al prezzo di 1,80 euro/m³ vi fosse un margine sulle vendite pari al 44,5%; del pari, la 'scheda redditività' allegata a una email interna del 21 luglio 2014 acquisita presso Ossigas¹⁷⁷ mostra una marginalità positiva finanche ad un prezzo di 1,20 euro/m³.

227. Si consideri che, se si volesse fare riferimento a tale valore le condotte collusive delle Parti sarebbero costate all'Amministrazione sanitaria campana un aggravio della spesa sanitaria per gli anni dal 2013 ad oggi quantificabile, considerando le assunzioni più favorevoli alle Parti, in almeno 29,7 milioni di euro. In particolare, sulla base dei dati reperiti in corso d'istruttoria, tale aggravio di spesa per il SSR deriva dal confronto tra il costo del servizio - calcolato facendo riferimento ai prezzi nel periodo precedente la gara (così come risultanti dal Protocollo di Intesa per l'anno 2013 e dall'Accordo Quadro del 2014) e ai prezzi a base d'asta della gara - e il costo del servizio calcolato facendo riferimento al prezzo più basso preso in considerazione dalle Parti per presentare l'offerta, come emerge dalla documentazione agli atti¹⁷⁸.

VI. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

228. Con riguardo alle contestazioni mosse nel provvedimento di avvio e nelle successive estensioni oggettive e soggettive del procedimento, nonché nelle CRI, tutte le Parti coinvolte hanno presentato la loro posizione, attraverso l'invio di memorie scritte ovvero nell'ambito delle audizioni tenutesi con gli Uffici, nonché in sede di audizione e memorie finali.

229. Di seguito sono riportate sinteticamente, per ciascuna delle intese oggetto del procedimento, le principali osservazioni e argomentazioni formulate dalle imprese al fine di dimostrare l'autonomia delle scelte imprenditoriali effettuate e, pertanto, la liceità del comportamento tenuto e l'assenza di qualsiasi intento collusivo volto ad alterare l'esito delle procedure pubbliche bandite o a ostacolarne l'indizione.

230. Alcune Parti hanno evidenziato che all'interno delle loro società sono in essere politiche di *compliance* antitrust, già da periodi antecedenti l'avvio della presente istruttoria¹⁷⁹.

VI.A. Le argomentazioni relative alle procedure di gara di Milano per l'affidamento del servizio di VTD

231. In merito all'intesa posta in essere in occasione delle gare bandite da o per conto di ASL Milano 1, le Parti coinvolte – segnatamente Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vivisol, Vitalaire, Respiraire e SICO – hanno dichiarato con fermezza la loro estraneità a qualsiasi intesa lesiva della concorrenza, rivendicando l'autonomia delle scelte commerciali effettuate.

232. In sintesi, le Parti hanno giustificato la mancata partecipazione alle prime tre procedure di gara sulla base di supposte criticità presenti nei relativi documenti di gara nonché dell'asserita non remuneratività della base d'asta fissata dalla stazione appaltante per l'offerta del servizio¹⁸⁰.

¹⁷⁴ [Cfr. docc. 239 e 110.]

¹⁷⁵ [In particolare, il rappresentante di Medicaire, dopo aver affermato di essersi accordato con l'Area Manager Linde per i lotti in RTI, scrive: "per BN Linde pensa ad un prezzo tra 2,00 e 2,05, dove noi non offriamo [i.e. nel lotto in cui non partecipano in RTI]", cfr. doc. 239.]

¹⁷⁶ [Cfr. docc. 308 e 309.]

¹⁷⁷ [Cfr. docc. 87 e 108.]

¹⁷⁸ [Cfr. doc. 702. In particolare, nel periodo coperto dal Protocollo di Intesa per l'anno 2013, il prezzo del servizio è stato pari a 3,606 euro/m³, per il periodo coperto dall'Accordo Quadro del 2014 il prezzo è stato pari a 3,639 euro/m³, mentre il prezzo ipotizzato dalle Parti è pari a 1,20 euro/m³. Per quanto concerne il numero dei pazienti, per gli anni dal 2013 al 2015, è indicato nei docc. 795, 803, 804, 808, 811, 821 e 822, mentre per gli anni 2016-2018 è stato utilizzato il numero di pazienti del 2015. Si è, quindi, proceduto al calcolo degli importi medi per ogni anno, moltiplicando i rispettivi prezzi per il numero stimato dei pazienti in carico per anno.]

¹⁷⁹ [Cfr. doc. 673, doc. 648, doc. 680 e doc. 681 nonché doc. 686. In data 10 agosto 2016, Vitalaire ha trasmesso una nota attestante l'implementazione di un nuovo programma di compliance con la relativa documentazione. Anche le società Sapio, Oxy Live ed Eubios hanno trasmesso documentazione analoga in data 2 settembre 2016. Infine, in data 20 settembre 2016 Linde ha trasmesso una nota avente ad oggetto 'Integrazioni al programma di antitrust compliance'.

Anche le società Medicaire Italia, Medicaire Centro e Medicaire Sud, nonché Vivisol, Vivisol Napoli e Ossigas hanno presentato documentazione inerente all'adozione di programmi di compliance. Da ultimo, solo in data 7 e 9 dicembre 2016, sono pervenute le informazioni relative all'adozione di programmi di compliance da parte di Medigas e Magaldi.]

¹⁸⁰ [Cfr. per tutti la posizione di Medicaire che ha rappresentato l'autonomia delle scelte effettuate in sede di partecipazione a procedure di gara per l'affidamento dei servizi di VTD o OTD, sottolineando che "le decisioni della società sono assunte internamente in via

Le criticità dei primi tre bandi di gara

233. Nel dettaglio, ad avviso di Medicaire Italia, le prime gare indette per conto di ASL Milano 1 evidenziavano numerose criticità: *"il bando prevedeva la fornitura di servizi assistenziali aggiuntivi che richiedevano elevate qualifiche professionali, senza che tali servizi fossero rendicontati separatamente ma rientravano in un prezzo complessivo a forfait. Inoltre, la presentazione di un'offerta comportava automaticamente la riduzione del prezzo dei contratti già in vigore, a prescindere dall'eventuale aggiudicazione di alcun lotto"*¹⁸¹.

234. Anche la società Medigas ha posto in evidenza tre ordini di criticità presenti nel bando inizialmente previsto da ASL Milano: *"l'introduzione di servizi aggiuntivi alla ventiloterapia, servizi atipici e considerati onerosi dalla società, la previsione di una durata di soli 24 mesi, esigua al fine di progettare piani di ammortamento dei macchinari necessari per la terapia, e la fissazione di condizioni economiche molto basse"*¹⁸².

235. Nella stessa direzione depone la dichiarazione di Sapio, la quale ha imputato la scelta di non partecipare alle prime tre gare a ragioni tecniche, oltre che a motivazioni di remuneratività economica. In particolare, *"le scelte di Sapio di non partecipare sono dipese da un capitolato lacunoso rispetto al quale la società ha formalizzato numerose richieste di chiarimenti, che hanno ricevuto risposte non esaustive dall'amministrazione"*¹⁸³.

236. Del pari Vivisol, per cui *"il capitolato era molto oneroso in termini di numero di accessi sanitari, non prevedeva uno scorporo delle prestazioni terapeutiche e appariva indeterminato in molti contenuti"*¹⁸⁴.

237. Molte Parti hanno evidenziato che i presunti contatti tra loro sarebbero avvenuti in occasione dei tavoli tecnici condotti dalla stazione appaltante, che ha convocato tutte le società coinvolte e avrebbe *"instaurato un dialogo istituzionale ... volto alla definizione di tematiche che tanto valore hanno sia per la Pubblica Amministrazione che per i fruitori finali del servizio: nel nostro caso, i pazienti"*; dialogo che, al contrario, sarebbe stato interpretato dall'Autorità come una forma di confronto su temi sensibili¹⁸⁵.

La non remuneratività delle prime tre gare

238. Per altro verso, le Parti hanno addotto a sostegno della propria condotta la non remuneratività delle condizioni economiche previste nei documenti relativi alle prime tre gare.

239. In particolare, Linde ha rappresentato che *"il primo bando pubblicato presentava delle anomalie tecniche e una base d'asta non remunerativa rispetto al servizio che avrebbero dovuto prestare. Per tale ragione, la società non ha partecipato alla prima gara, né a quella successiva che si basava sul medesimo capitolato. A seguire si sono svolti dei tavoli tecnici con la ASL nell'ambito dei quali sono state concordate delle modifiche al bando; modifiche che, tuttavia, non sono state recepite nel nuovo testo di gara. Pertanto, la società non ha partecipato nemmeno alla terza gara"*¹⁸⁶.

240. Secondo Vitalaire, il bando prevedeva una base d'asta *"più bassa rispetto ai prezzi di fornitura in vigore, l'erogazione di servizi accessori prima non previsti; inoltre, prevedeva l'obbligo per le imprese che fornivano già alcuni pazienti di continuare nelle forniture al nuovo prezzo di gara"*. Pertanto, essa ha valutato non conveniente la partecipazione alla gara e, conseguentemente, non ha presentato offerta nelle prime tre procedure. Anche Sapio ha dichiarato *"[...] la non redditività della gara rispetto ai parametri societari"*¹⁸⁷.

241. Parimenti, Medigas ha enfatizzato la presenza di condizioni economiche non soddisfacenti, sottolineando che tali valutazioni erano state rappresentate dalle società anche nel corso dei tavoli tecnici indetti dalla stazione appaltante e che, poiché l'Amministrazione non le aveva recepite in occasione della terza gara, *"in questo contesto, Medigas ha presentato un'offerta superiore alla base d'asta per dimostrare che la base d'asta non rispecchiava le condizioni economiche discusse nei tavoli tecnici ed indicare quale fosse il prezzo minimo cui si poteva pervenire"*¹⁸⁸.

242. Infine, Medicaire Italia ha affermato che *"la partecipazione di Medicaire alla procedura avrebbe comportato una perdita certa del 30% rispetto ai contratti in essere nonché l'eventuale assunzione di nuovo personale per svolgere i servizi di assistenza aggiuntivi. Pertanto, la società ha ritenuto di non presentare alcuna offerta"*¹⁸⁹.

autonoma, valutando le condizioni dei diversi capitolati di gara e, rispetto ad essi, il posizionamento di Medicaire in termini di possibilità di offrire il servizio. In proposito, [...] evidenzia che Medicaire dispone di 24 presidi periferici che coprono l'intero territorio nazionale e che le consentono di partecipare a numerose procedure di gara. La politica di Medicaire è, in generale, volta a partecipare a quasi tutti gli appalti che si presentano nel mercato, eventualmente anche al solo fine di poter presentare ricorso nel caso in cui i bandi di gara presentino criticità" (doc. 688 verbale audizione Medicaire). Si vedano altresì le dichiarazioni rese da Sapio in merito ai criteri di partecipazione della società alle gare, individuati in "[omissis]" (docc. 680 e 686).]

¹⁸¹ [Cfr. doc. 688.]

¹⁸² [Cfr. docc. 670 e 675.]

¹⁸³ [Cfr. docc. 680 e 686.]

¹⁸⁴ [Cfr. doc. 644.]

¹⁸⁵ [Cfr. doc. 1096.]

¹⁸⁶ [Cfr. doc. 648.]

¹⁸⁷ [Cfr. docc. 680 e 686.]

¹⁸⁸ [Cfr. docc. 670 e 675.]

¹⁸⁹ [Cfr. doc. 688.]

La quarta gara e il rilancio competitivo

243. Come illustrato nella parte in fatto, a fronte dell'esito deserto anche della terza gara, ASL Milano 1 ha indetto una nuova procedura negoziata in cui ha stabilito condizioni economiche più remunerative per i fornitori del servizio.

244. Nelle parole di Vitalaire: *"con la quarta gara il meccanismo è cambiato"*; pertanto, la società ha partecipato presentando offerta pari a base d'asta, dal momento che *"in ragione del disegno di gara [...], non vi era comunque alcun incentivo a offrire un prezzo inferiore alla base d'asta, visto che tutte le imprese partecipanti sarebbero state accreditate e il medico prescrittore avrebbe scelto il macchinario in base alle specifiche esigenze del paziente e alla qualità del servizio erogato [...] nel bando scritto da ASL Milano 1 non era previsto alcun obbligo di motivazione in capo al prescrittore nel caso in cui questi non avesse scelto il prodotto primo in graduatoria"*¹⁹⁰.

245. Anche Sapio ha evidenziato che *"[...] diversamente per la quarta gara il cui capitolato non presentava più incertezze, che vedeva l'introduzione dell'accredimento in luogo del criterio del prezzo più basso e che vedeva altresì una base d'asta più elevata rispetto al passato"*¹⁹¹, dove essa ha presentato offerta *"in quanto era mutato il criterio di aggiudicazione, essendo stato inserito l'accredimento in luogo del criterio del prezzo più basso. Inoltre, anche le condizioni economiche erano mutate e superavano il test di redditività. [...] Quanto alle precedenti gare, [la Parte] sottolinea che sarebbe stato difficile per Sapio giustificare la presentazione di offerte considerato che le condizioni economiche erano più basse rispetto ad altre ASL nella medesima Regione i cui bandi prevedevano prezzi più alti"*¹⁹². La Parte ha evidenziato che il capitolato era particolarmente lacunoso tanto da richiedere 24 richieste di chiarimenti¹⁹³.

246. In questa occasione Sapio ha presentato offerta senza alcuno sconto *"in quanto il prezzo non costituiva un driver per l'aggiudicazione [...] Sapio non ha offerto alcuno sconto nemmeno in fase di rilancio competitivo in quanto essendo l'aggiudicazione una numerica teorica, visto che Sapio non era in grado di quantificare quanti pazienti avrebbe dovuto servire, ha ritenuto che non avesse senso presentare offerte scontate. In altre parole, l'aggiudicazione dell'accredimento non avrebbe comportato l'aggiudicazione di un numero certo di pazienti perché la scelta sarebbe stata del medico"*¹⁹⁴.

247. Sempre con riferimento alla quarta gara, secondo Linde, *"il capitolato risultava conforme a quanto discusso nei tavoli tecnici sia sotto il profilo tecnico che sotto quello economico. Per tale ragione, nonostante nel territorio interessato dalla gara Linde avesse un fatturato esiguo, la società ha comunque deciso di partecipare presentando offerta pari alla base d'asta e riservandosi di ribassare in fase di rilancio competitivo. In questa fase, tuttavia, non ha ravvisato la necessità di fare alcun rilancio stante la circostanza per cui per la presentazione delle nuove offerte relative al rilancio l'amministrazione aveva riunito tutti i partecipanti alla gara nello stesso momento e nello stesso luogo, e pertanto a Linde era risultato evidente che nessuno avesse intenzione di effettuare ribassi"*¹⁹⁵.

248. Anche Medigas, in occasione della quarta gara, ha presentato offerta pari alla base d'asta senza effettuare alcun rilancio competitivo. Al riguardo, la Parte ha evidenziato che *"in ragione del disegno della gara, che prevedeva la stipula di un accordo quadro con tutte le società che presentavano offerta, senza garantire l'effettiva aggiudicazione del servizio, la quale ultima dipendeva dalla prescrizione del medico specialista, la procedura era di fatto volta ad accreditare le diverse società; per Medigas, dunque, non avrebbe avuto senso presentare un'offerta inferiore alla base d'asta ovvero presentare un rilancio competitivo, anche perché – non essendo previsto nel bando di gara – non vi poteva essere una successiva direttiva dell'amministrazione ai prescrittori che, nei casi di fungibilità, indicasse di scegliere il fornitore più economico"*¹⁹⁶. Sul punto, la società ha avuto premura di precisare che la gara *"non prevedeva un ulteriore confronto competitivo"*¹⁹⁷.

249. Parimenti, Medicaire Italia ha posto in risalto che, con la quarta procedura bandita, ASL Milano 1 *"distingue, come richiesto, i prodotti e servizi accessori da quelli principali e adotta una base d'asta in linea con i prezzi di Cremona, pur prevedendo la possibilità di effettuare rilancio competitivo. Medicaire presenta offerta con prezzo pari a base d'asta. Di seguito è convocata dalla stazione appaltante in fase di rilancio competitivo che Medicaire non effettua, in quanto l'accredimento non garantiva l'aggiudicazione di pazienti e un eventuale sconto non avrebbe garantito nulla di più"*¹⁹⁸.

¹⁹⁰ [Cfr. doc. 673.]

¹⁹¹ [Cfr. docc. 680 e 686.]

¹⁹² [Cfr. docc. 680 e 686.]

¹⁹³ [Cfr. docc. 1079 e 1117.]

¹⁹⁴ [Cfr. docc. 680 e 686. Sul punto, la Parte ha precisato, in relazione al doc. 346, che *"la valutazione interna all'ufficio legale in merito ad un'eventuale sconto in misura marginale sulla base d'asta era volta esclusivamente a garantire l'ammissibilità dell'offerta e a evitare un'esclusione"*.]

¹⁹⁵ [Cfr. doc. 648.]

¹⁹⁶ [Cfr. docc. 670 e 675.]

¹⁹⁷ [Cfr. doc. 675.]

¹⁹⁸ [Cfr. doc. 688.]

250. In merito al mancato rilancio competitivo, Medicaire Italia ha affermato *“che oggetto di procedura non era un bene fungibile rispetto al quale una riduzione del prezzo avrebbe garantito un incremento del numero di pazienti, in quanto chi sceglie il fornitore del servizio è il medico prescrittore che prende in considerazione il benessere del paziente. Per come era disegnata la gara, offrire un rilancio competitivo sotto la base d’asta sarebbe stato un comportamento irrazionale da parte della società, in quanto non avrebbe garantito alcun vantaggio in termini di effettiva erogazione del servizio”*¹⁹⁹.

251. Le Parti hanno, altresì, asserito che la mancata presentazione di sconti in sede di rilancio competitivo sarebbe imputabile alle modalità stesse di svolgimento di tale fase, fissate dalla stazione appaltante. L’Amministrazione, infatti, ha convocato contestualmente tutte le società che avevano presentato offerta e ha chiesto ad ognuna di esse, in presenza delle altre, se avesse intenzione di applicare uno sconto rispetto alla base d’asta. In questo contesto, sarebbe stato irrazionale per le singole società proporre un ribasso dal momento che era evidente che gli altri operatori non procedevano all’applicazione dello stesso²⁰⁰.

252. Vivisol, infine, ha posto in risalto che *“con la quarta gara è stato, invece, modificato il capitolato di gara nella parte delle condizioni economiche. Vivisol ha partecipato con un’offerta pari alla base d’asta in quanto un’offerta al di sotto di tale prezzo avrebbe determinato la non sufficiente remuneratività dell’erogazione del servizio. Inoltre, il prezzo sarebbe risultato più basso rispetto a quello praticato da altre ASL. Per queste ragioni, Vivisol non ha nemmeno effettuato alcun rilancio nella successiva fase del confronto competitivo”*²⁰¹.

L’ infungibilità delle apparecchiature per VTD

253. Rispetto alla disponibilità di apparecchiature per VTD, quasi tutte le Parti hanno dichiarato di non essere produttrici di tali apparecchiature e di acquisirle mediante contratti di distribuzione con imprese terze che possono prevedere clausole di esclusiva.

254. Al riguardo, le Parti, da un lato, hanno sostenuto l’infungibilità delle proprie apparecchiature per la fornitura dei servizi di VTD al fine di dimostrare come l’eventuale aggiudicazione delle gare non avrebbe avuto alcun impatto sul proprio ‘installato’, dall’altro lato, hanno riconosciuto la fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di *rebranding*, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva²⁰².

La proroga dei contratti vigenti nelle more della gara

255. Infine, quanto alla fornitura del servizio di VTD nelle more dell’espletamento delle procedure di gara, quasi tutte le Parti hanno evidenziato di aver assicurato la fornitura del servizio tramite la proroga dei contratti vigenti, alle medesime condizioni economiche pattuite che, solo in alcuni casi, sono state riviste al rialzo.

256. Nello specifico, Vitalaire ha affermato di aver *“continuato a fornire alle stesse condizioni ad eccezione di un prodotto per il quale ha chiesto un aumento del corrispettivo all’Amministrazione a causa di un problema tecnico che ha determinato un aggravio di costi per la società, che tuttavia è stato solo parzialmente ribaltato sull’Amministrazione”*²⁰³.

257. Medicaire Italia ha dichiarato che, nelle more dell’espletamento della gara, il servizio è stato garantito prorogando i contratti in vigore *“alle stesse condizioni economiche previste. Solo in occasione del quarto rinnovo contrattuale, la società ha modificato al rialzo (seppure in misura marginale) le condizioni di erogazione del servizio. Tuttavia, la ASL non ha dato riscontro al nuovo pricing e continua a pagare sulla base delle precedenti quotazioni”*²⁰⁴.

258. Anche Vivisol ha rappresentato di aver garantito la fornitura del servizio di VTD sulla base della proroga dei precedenti contratti. In particolare, *“fino al 31 gennaio 2014 Vivisol ha prestato il servizio di VTD alle precedenti condizioni economiche mentre, a far data dal 1° febbraio 2014 e fino alla nuova aggiudicazione essa ha fatturato il servizio con un incremento del prezzo richiesto, ritenendo che ciò fosse stato concordato nei tavoli tecnici. Tuttavia, ASL MI1 ha continuato a pagare il vecchio prezzo, lasciando inavasa una parte della fatturazione”*²⁰⁵.

259. La società Medigas ha affermato che: *“ad eccezione di Medigas, tutte le società dichiaravano di non essere disposte né a mantenere né a ridurre i prezzi, ma di accettare unicamente le condizioni di aggiudicazione della gara dell’ASL di Cremona”*²⁰⁶.

La posizione di Respiraire

260. Con memorie pervenute in data 22 aprile e 16 novembre 2016, nonché in occasione dell’audizione tenutasi in data 26 luglio 2016 e dell’audizione finale del 22 novembre 2016²⁰⁷, Respiraire ha precisato, in primo luogo, di

¹⁹⁹ [Cfr. doc. 688.]

²⁰⁰ [Cfr. doc. 1117, ma anche docc. 1074 e 1081.]

²⁰¹ [Cfr. doc. 644.]

²⁰² [Cfr. docc. 1074, 1079, 1081, 1083 e 1084.]

²⁰³ [Cfr. doc. 673.]

²⁰⁴ [Cfr. doc. 688.]

²⁰⁵ [Cfr. doc. 644.]

²⁰⁶ [Cfr. doc. 1074.]

operare solo nel settore della VTD e non in quello della OTD e di essere presente solo in Piemonte, Lombardia e zone limitrofe.

261. A tal fine, ha sottolineato come il proprio ingresso nel mercato italiano sia stato percepito in modo negativo dagli altri concorrenti, che in taluni casi *"hanno addirittura adottato delle condotte aggressive nei confronti di Respiraire, volte ad ostacolarne l'attività"*²⁰⁸. Tale circostanza sarebbe comprovata dal suo mancato coinvolgimento nella corrispondenza intercorsa tra le altre Parti, come acquisita agli atti del fascicolo istruttorio. In questo contesto, Respiraire ha operato sempre in autonomia rimanendo del tutto estranea a qualsiasi eventuale intesa o pratica anticoncorrenziale.

262. Nel merito della prima gara indetta per conto di ASL Milano 1, Respiraire ha dichiarato di aver dovuto ritirare, in parte, l'offerta presentata *"a causa dell'azione di Medicaire Italia che ha sostenuto di essere titolare di un'esclusiva di distribuzione per l'Italia del prodotto Breas. [...] La rinuncia da parte di Respiraire ai lotti è stata decisa in via di extrema ratio a fronte dell'attacco subito da parte di Medicaire Italia e non è assolutamente riconducibile ad alcun presunto accordo o intesa o coordinamento con SICO"*²⁰⁹.

263. Respiraire ha sottolineato di non aver partecipato alle successive procedure di gara in ragione dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, troppo onerosi per la stessa che non disponeva della forza economico-finanziaria necessaria. Sul punto, la società ha precisato di poter svolgere il servizio di VTD *"(...) anche grazie all'ausilio delle competenze della casa madre francese, SOS Oxygène, che ha fornito la tecnologia necessaria allo svolgimento del servizio e che ha consentito a Respiraire, attraverso lo strumento dell'avvalimento, di ottemperare ai requisiti richiesti in sede di gara in termini di dimensioni sia di fatturato che di impresa"*²¹⁰.

264. Nella speranza che la stazione appaltante rivedesse i requisiti di partecipazione alla gara, Respiraire ha partecipato ai tavoli tecnici successivamente indetti dall'Amministrazione. Respiraire non ha potuto partecipare nemmeno alla terza gara a causa dei propri limiti strutturali, anche in ragione della difficoltà *"ad approvvigionarsi dei prodotti da offrire in gara a causa delle esclusive concesse dai produttori di dispositivi medici alle maggiori aziende del settore"*²¹¹. Inoltre, *"Respiraire aveva da poco avviato l'attività relativa ai lotti aggiudicatesi nella prima gara, era pertanto ancora in fase di organizzazione del servizio (era in procinto di aprire una nuova filiale su Milano) e non era quindi in grado di presentare un'offerta per la fornitura di ulteriori servizi"*²¹².

265. Con riferimento alla quarta gara, la società vi ha potuto partecipare grazie alla crescita strutturale ed economico-finanziaria nel frattempo intervenuta, nonché all'innalzamento della base d'asta operato dalla stazione appaltante. Tuttavia, ha presentato offerte solo per 4 dei 9 lotti oggetto di gara, vale a dire per quelli che prevedevano macchinari tecnologicamente poco complessi di cui la società era riuscita ad avere la disponibilità da SIARE. Respiraire *"si è limitata ad offrire il prezzo a base d'asta che per essa rappresentava il minimo sostenibile affinché l'offerta risultasse remunerativa"*²¹³. Con le parole della Parte: *"per quanto riguarda la quarta gara Respiraire ha partecipato solo per 4 lotti, a differenza di tutti gli altri HCP, nell'ottica di entrare con gradualità nel mercato in questione. Un'offerta economica aggressiva da parte di Respiraire non sarebbe stata praticabile, stanti gli elevati investimenti effettuati e, diversamente dagli altri partecipanti all'Accordo Quadro, stante l'assenza di fatturato pregresso su quel territorio"*²¹⁴.

266. In merito alla circostanza di aver presentato un'offerta pari alla base d'asta, Respiraire ha evidenziato che tale prezzo era il *"minimo sostenibile in funzione di un business plan di tre anni (...) che solo al termine avrebbe auspicabilmente consentito di recuperare i costi 'one-off' di avviamento"*. Tali costi non avrebbero dovuto essere sostenuti dalle altre Parti che erano *"radicate sul mercato da anni e dunque non avevano alcun costo di avviamento da capitalizzare, in quanto i prodotti che esse potevano offrire in esclusiva erano tutti ben noti ai medici dei vari presidi ospedalieri"*²¹⁵. Inoltre, le altre Parti avevano ottenuto una proroga della fornitura del servizio di VTD a prezzi maggiorati rispetto a quelli di affidamento, circostanza di cui Respiraire non poteva beneficiare in quanto *"non era tra i fornitori dei servizi oggetto di proroga"*²¹⁶.

²⁰⁷ [Cfr. docc. 814, 892, 1064 e 1117.]

²⁰⁸ [Cfr. doc. 814.]

²⁰⁹ [Cfr. doc. 814.]

²¹⁰ [Cfr. doc. 892.]

²¹¹ [Cfr. doc. 814.]

²¹² [Cfr. doc. 892.]

²¹³ [Cfr. doc. 814.]

²¹⁴ [Cfr. doc. 1117.]

²¹⁵ [Cfr. doc. 1064.]

²¹⁶ [Cfr. doc. 1064.]

La posizione di SICO

267. SICO, nel corso dell'audizione tenutasi in data 14 gennaio 2016²¹⁷ nonché nell'ambito delle memorie del 2 settembre e del 16 novembre 2016 e in sede di audizione finale²¹⁸ ha rappresentato di essere uno dei pochi operatori del settore non appartenente a gruppi internazionali. La società opera nel mercato della fornitura di servizi di ossigenoterapia domiciliare da meno di 10 anni mentre fornisce servizi di ventiloterapia domiciliare da circa 4 anni. Per la fornitura dei servizi di OTD utilizza ossigeno da essa stessa prodotto mentre, per quanto concerne il servizio di VTD – la cui fornitura era oggetto delle gare indette da ASL Milano 1 – la società ricorre a macchinari e apparecchiature prodotti da terzi.

268. In merito alle dinamiche del settore della VTD, SICO ha evidenziato che *"vi sono pochi produttori 'accreditati', che offrono una gamma più o meno completa di macchinari, distribuiti attraverso contratti di distribuzione, normalmente dati in esclusiva territoriale a livello nazionale. Pertanto, per offrire il servizio di VTD SICO, che non gode di alcuna esclusiva territoriale, essendo queste ultime appannaggio dei principali operatori multinazionali che operano da più tempo nel mercato del VTD, deve ricorrere per le apparecchiature a produttori meno conosciuti oppure ai suoi concorrenti che distribuiscono in esclusiva. In quest'ultimo caso, tuttavia, è frequente l'opposizione di un diniego da parte dei concorrenti"*²¹⁹.

269. Per tale ragione, nell'ambito della prima gara indetta per conto di ASL Milano 1, la società ha potuto presentare offerta solo per i 5 lotti per i quali era prevista la mera vendita di macchinari per la VTD ed era esclusa l'attività di noleggio delle apparecchiature. Testualmente: *"SICO non era in condizione di formulare offerte per i lotti aventi ad oggetto la fornitura in noleggio delle apparecchiature: la gara prevedeva il noleggio di apparecchiature che, di fatto, erano in esclusiva dei suoi concorrenti e, dunque, SICO non avrebbe potuto svolgere il servizio. Inoltre, i lotti erano suddivisi per tipologia di macchina e non per distretto territoriale, ciò comportando la prestazione di attività sull'intero territorio di pertinenza di ognuna delle ASL partecipanti, attività che necessitava risorse non sostenibili per SICO. Per la medesima ragione SICO non ha partecipato nemmeno alle gare successive indette da ASL Milano 1, che concernevano tutte i lotti in noleggio andati deserti nelle gare 1, 2 e 3"*²²⁰.

270. A seguito della prima gara, SICO ha partecipato ad alcuni tavoli tecnici con la stazione appaltante ma al solo *"fine di verificare se l'ASL avesse intenzione di modificare l'impianto di gara dei lotti a noleggio, privandolo delle caratteristiche che avevano reso impossibile la partecipazione a SICO"*.

VI.B. Le argomentazioni relative alla gara indetta da ASUR Marche

271. Come anticipato, anche con riguardo all'intesa posta in essere in occasione della gara bandita da ASUR Marche, le Parti – segnatamente le società Linde, Medicaire Centro, Medigas, Sapiro, Vivisol e Vitalaire – sono state sentite in audizione e hanno presentato memorie per esprimere la loro posizione in merito alle contestazioni mosse dall'Autorità.

272. Di seguito sono riportate sinteticamente le principali osservazioni e argomentazioni formulate dalle imprese sopra indicate al fine di dimostrare la liceità del comportamento tenuto, rispetto a quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio istruttorio e nelle CRI.

273. Tutte le imprese hanno enfatizzato la loro estraneità a qualsiasi intesa anticoncorrenziale, rivendicando l'autonomia delle scelte commerciali effettuate nella decisione di non presentare offerta nell'ambito della procedura ristretta bandita da ASUR Marche; scelte imputabili a valutazioni sulla presenza di criticità, in termini di conformità alla normativa settoriale, nel bando di gara, che avrebbero concorso nella scelta di non partecipare alla procedura, nella certezza che la stazione appaltante l'avrebbe revocata in autotutela nonché sulla non convenienza della fornitura del servizio.

Le criticità della procedura

274. In particolare, secondo Vitalaire *"la vicenda ASUR Marche appare esemplare in termini di precedente inaccettabile per gli operatori del settore, dal momento che il bando evidenziava una serie di criticità che hanno condotto ad un elevato livello di contenzioso. In particolare, il bando prevedeva l'individuazione di un prezzo unico (senza distinzione tra il prezzo del prodotto/farmaco e del servizio di assistenza domiciliare ad esso connesso, il quale ultimo rappresenta la maggior parte del prezzo) che è stato sin da subito oggetto di contestazione. Inoltre nella vicenda rientravano la questione del pay-back e dell'individuazione di un budget unico di settore da parte di AIFA, che parimenti sono stati oggetto di ricorso giurisdizionale. Pertanto, già dall'indizione del bando, la gara presentava visibili criticità che non ne facilitavano la partecipazione da parte degli operatori del settore"*²²¹.

275. Nello stesso senso la posizione di Medicaire Centro, che ha contestato *"la presenza di Federfarma nell'accordo [...]* ovvero la previsione del prezzo dell'ossigeno a forfait, senza che vi fosse distinzione tra il prezzo del prodotto e il

²¹⁷ [Cfr. doc. 608.]

²¹⁸ [Cfr. docc. 1062 e 1117.]

²¹⁹ [Cfr. doc. 608.]

²²⁰ [Cfr. doc. 608.]

²²¹ [Cfr. doc. 673.]

prezzo del servizio"²²²; e di Sapio, per cui "il capitolato di gara era viziato dalla previsione di un prezzo unico per il servizio di ossigenoterapia e per il prodotto ossigeno"²²³.

Analoghe obiezioni sono state sollevate da Linde, in merito all'indicazione del prezzo a forfait e all'assenza dell'indicazione dei fabbisogni mensili dei pazienti, che hanno condotto la società ad impugnare gli atti di gara di fronte al TAR Marche²²⁴.

Anche Vivisol ha dichiarato di aver evidenziato criticità nel bando di gara in occasione dei tavoli tecnici tenutisi nell'ambito della procedura, peraltro segnalando ad AIFA²²⁵. Pertanto, nonostante la società fosse già fornitrice di ASUR Marche in quanto vincitrice della precedente gara, "a fronte della mancata modifica del bando da parte dell'Amministrazione nella gara successivamente indetta, Vivisol ha deciso di non partecipare alla stessa"²²⁶.

In linea generale, le descritte criticità legate alla stesura del bando di gara e alla definizione del prezzo a forfait per la fornitura dell'ossigeno sono state ribadite da tutte le Parti sia nelle memorie finali sia in sede di audizione finale.

La non remuneratività della gara

276. Nel merito delle scelte commerciali effettuate, Vitalaire ha dichiarato di non aver valutato conveniente la partecipazione alla gara e, conseguentemente, non ha presentato offerta.

277. Medicaire Centro ha evidenziato di aver "deciso di non presentare offerta in quanto sia le condizioni economiche sia la struttura della gara non erano soddisfacenti; ciò malgrado la società fosse molto interessata alla gara perché fino ad allora la sua presenza nel territorio marchigiano era limitata a circa 25 pazienti, gestiti nell'ambito di una RTI con Vivisol, e la gara poteva essere l'occasione per crescere in maniera importante" ²²⁷.

278. Anche Sapio ha sottolineato che la scelta di non partecipare alla gara è stata imputabile, oltre alle criticità procedurali già evidenziate, ad un'analisi di redditività non "positiva perché avrebbero dovuto impostare la gara con prodotti completamente nuovi (cd. "tutto nuovo")"²²⁸.

La procedura negoziata

279. Secondo Vitalaire, la successiva decisione di partecipare alla procedura negoziata, sulla base del medesimo capitolato di gara, è maturata in ragione della considerazione per cui la società "era già presente sul territorio marchigiano con un fatturato che può essere stimato pari a circa 5 milioni euro/anno, e con investimenti legati ai costi di ammortamento delle apparecchiature già installate. Pertanto, a fronte del rischio di perdere la propria presenza sul territorio, Vitalaire ha comunque deciso di prendere parte alla procedura"²²⁹.

280. Medicaire Centro ha, invece, dichiarato che, visto che le condizioni di gara erano rimaste immutate, "ha deciso di partecipare proponendo offerta con uno sconto minimo rispetto alla base d'asta, al solo fine di poter successivamente impugnare e, infatti, non si è aggiudicata alcun lotto"²³⁰. Al riguardo, la Parte ha altresì evidenziato che "non può essere contestato alla società un intento di non voler far aggiudicare la gara per mantenere il proprio posizionamento sul mercato, in quanto Medicaire nelle Marche detiene una quota pari a circa l'1% che comporta molti costi a fronte di fatturati non particolarmente rilevanti"²³¹.

281. Sapio ha rappresentato che: "Considerate le lamentele avute e l'impugnazione del bando da parte di un operatore, Sapio riteneva che ASUR Marche avrebbe annullato o comunque modificato la gara in autotutela. Quando, ad esito dell'avvio della procedura negoziata, si è resa conto che l'amministrazione stava proseguendo senza modificare l'impianto della gara ha deciso di partecipare comunque, accettando le condizioni del bando di gara che erano rimaste immutate e si è aggiudicata un lotto". Tale scelta successiva di partecipare alla fase negoziata è stata resa possibile dalla circostanza per cui "nel frattempo erano cambiate le condizioni economiche di contesto in quanto la società aveva perso un'importante gara [omissis]" ²³².

282. Anche Linde ha dichiarato che, a fronte della decisione di ASUR Marche di indire una procedura negoziata, "ha deciso di parteciparvi per garantire la propria presenza sul territorio"²³³.

²²² [Cfr. doc. 688.]

²²³ [Cfr. docc. 680 e 686.]

²²⁴ [Cfr. doc. 648.]

²²⁵ [Da segnalare che Vivisol aveva instaurato un contenzioso amministrativo nei confronti di AIFA per la definizione del budget provvisorio della spesa farmaceutica, predisposto da tale istituto, che era tale da penalizzare le imprese mono-prodotto, quali le società attive nell'ossigenoterapia (cfr. doc. 644, allegato 1).]

²²⁶ [Cfr. doc. 644.]

²²⁷ [Cfr. doc. 688.]

²²⁸ [Cfr. docc. 680 e 686.]

²²⁹ [Cfr. doc. 673.]

²³⁰ [Cfr. doc. 688.]

²³¹ [Cfr. doc. 688.]

²³² [Cfr. docc. 680 e 686.]

²³³ [Cfr. doc. 648.]

283. Secondo Vivisol, *“malgrado non vi fossero state modifiche al capitolato, Vivisol, pur avendo evidenziato la presenza di criticità nel capitolato, ha comunque deciso di partecipare alla procedura per non perdere la propria presenza sul territorio”*²³⁴. La stessa società ha affermato che *“le due fasi erano del tutto differenti: la seconda fase era una trattativa privata, senza pubblicazione del bando per cui solo in questa fase era chiaro che se la società non avesse partecipato era fuori dal mercato”*²³⁵.

284. Medigas ha rappresentato di non essere fornitrice di ASUR Marche in quanto priva di siti produttivi nel territorio. In questo contesto, *“la società ha presentato richiesta di iscrizione alla gara secondo la prassi ma quando ha visto che tra i requisiti per la partecipazione alla gara vi era la necessità di un centro di produzione dell’ossigeno nella Regione Marche ha desistito”*²³⁶. Inoltre, la società ha rappresentato che *“solo successivamente alla pre-qualifica [essa è venuta] a conoscenza del fatto che un’altra società del gruppo Rivoira, Domolife s.r.l. ha presentato domanda in RTI con Gas Tecnici di Foligno s.r.l.. Il chiarimento fornito da ASUR Marche rende le due società, entrambe partecipate da Rivoira (...), consapevoli di non poter successivamente creare, almeno tra loro, un raggruppamento perché vietato in associazione con altri concorrenti parimenti qualificatesi. (...) infine, la contestuale partecipazione delle due società del gruppo Rivoira avrebbe potuto violare la disciplina del codice degli appalti, nonché integrare il reato di turbativa d’asta ex articolo 353 c.p.”*²³⁷.

VI.C. Le argomentazioni relative alla procedura indetta da SORESA per l’affidamento del servizio di OTD e alle attività prodromiche ad essa

285. Anche in relazione alla gara SORESA e alla antecedente attività di concertazione tra le Parti volta a mantenere un livello artificialmente elevato del prezzo del servizio di fornitura di ossigenoterapia domiciliare, le Parti – Vitalaire, Linde, Eubios, Ossigas, OXY Live, Medicaire Sud, Magaldi, Vivisol Napoli e Tergas – hanno contestato l’impostazione del provvedimento di avvio dell’Autorità e della successiva estensione oggettiva deliberata in data 23 marzo 2016, nonché delle CRI, sostenendo l’assenza tra esse di qualsiasi coordinamento di tipo collusivo.

Le modalità di erogazione del servizio di OTD antecedenti alla gara Soresa

286. In merito alle modalità di erogazione del servizio in Campania nel periodo antecedente allo svolgimento della gara SORESA, le Parti hanno richiamato l’esistenza di convenzioni tra Regione e Federfarma, poi sostituite da un contratto di accreditamento con SORESA. In entrambi i casi, il servizio era erogato attraverso l’intermediazione del canale farmaceutico. Le Parti hanno enfatizzato, al riguardo, il ruolo svolto da Federfarma, imputando ad essa la responsabilità di aver concordato il prezzo di erogazione del servizio con la Regione ed escludendo qualsiasi coinvolgimento diretto degli HCP nella determinazione di tale prezzo²³⁸.

287. In particolare, Medicaire Sud ha precisato che *“l’accordo DPC (distribuzione per conto) è stato stipulato tra SORESA e Federfarma; rispetto a tale accordo e alle condizioni ivi previste, Medicaire, in qualità di HCP, si è limitata a prenderne atto, fornendo il proprio servizio sulla base di esso. Pertanto, come già col previgente regime, il paziente, a fronte di prescrizione del medico di base, doveva recarsi in farmacia per ottenere la fornitura. La scelta in merito all’HCP era effettuata dal farmacista, a meno di specifica prescrizione del medico. Non risponde, quindi, alla realtà dei fatti quanto afferma SORESA per cui, vigente tale regime, la scelta dell’HCP fosse fatta dal paziente e, quindi, indirettamente dalle stesse imprese fornitrici”*²³⁹.

288. Al riguardo, la società ha evidenziato che *“solo nel 2014, SORESA ha inserito in budget l’indizione di una gara per la fornitura del servizio di OTD in Campania. Pertanto, non avendo la Regione Campania, né SORESA manifestato, nel periodo precedente a tale data, alcuna intenzione in tal senso, Medicaire non poteva aver nessun motivo per porre in essere comportamenti collusivi volti ad evitare il contenimento dei prezzi”* ²⁴⁰.

289. Nella stessa direzione le dichiarazioni di OXY Live che ha confermato che la fornitura del servizio era effettuata tramite il canale delle farmacie territoriali. In particolare, a seguito della stipula di un contratto di accreditamento con SORESA, gli HCP, a fronte di richiesta, fornivano l’ossigeno alle farmacie, ricevendo dalle ASL il corrispettivo pattuito; *“il prezzo dell’ossigeno era contrattato periodicamente tra la Regione, le farmacie e gli operatori del settore”*²⁴¹.

290. Ossigas ha affermato che *“tra la fine del 2013 e l’inizio del 2014, [...], per andare incontro alle esigenze di spending review manifestate dalla Regione Campania, le imprese riunite presso la sede di ACPAPO avevano convenuto di proporre alla Regione l’applicazione anche in Campania dell’accordo allora in vigore in Puglia, che prevedeva, tra l’altro, la disintermediazione delle farmacie. In questo contesto, infatti, le multinazionali non avrebbero potuto*

²³⁴ [Cfr. doc. 644.]

²³⁵ [Cfr. doc. 1084, allegato 28 e doc. 1117.]

²³⁶ [Cfr. doc. 670.]

²³⁷ [Cfr. doc. 1074.]

²³⁸ [Cfr., tra gli altri, docc. 1066, 1076, 1082 e 1096.]

²³⁹ [Cfr. doc. 826.]

²⁴⁰ [Cfr. doc. 826.]

²⁴¹ [Cfr. doc. 731.]

accettare un prezzo inferiore a quello dell'accordo in vigore in Puglia onde evitare verosimilmente ripercussioni, in termini di richiesta di revisione del prezzo, da parte di quest'ultima Regione. Tale accordo, sottoscritto a marzo 2014 tra la Regione e circa 14 società, aveva durata di un anno, vale a dire il tempo necessario per l'espletamento della gara"²⁴².

291. A questo riguardo, Vitalaire ha sostenuto di aver presentato domanda (in data 3 febbraio 2014) in risposta all'accordo quadro attivato da SORESA con determina del 29 gennaio 2014.

Le presunte criticità del bando Soresa

292. Il bando della gara SORESA – nella ricostruzione di Vitalaire – non presentava le criticità asseritamente contenute nei bandi di ASL Milano 1 e ASUR Marche; *"la gara anzi ha comportato un buon risultato, in termini di risparmio della spesa sanitaria, per la Regione Campania, garantendo altresì il livello qualitativo del servizio"*, anche in ragione della disintermediazione del canale farmaceutico²⁴³.

293. Di diverso avviso Medicaire Sud, che ha invece evidenziato la presenza di alcune criticità nel bando di gara indetto da SORESA *"tra le quali l'individuazione del prezzo posto a base d'asta - pari a 2,50 euro/m³ - ritenuto non adeguato, la previsione di un prezzo unico senza distinzione tra il prezzo della confezione e quello del servizio, la previsione di un termine molto lungo, pari ad un anno, per la sottoscrizione dell'accordo da parte delle singole ASL, e la possibilità di aggiudicarsi un massimo di due lotti"*²⁴⁴.

294. Anche Eubios ha ravvisato alcune criticità nel bando di gara, segnatamente *"l'individuazione di lotti troppo estesi, a cui soggetti di piccole dimensioni quali Eubios avevano difficoltà a partecipare, e un periodo di gara troppo ridotto (36 mesi) che non consentiva di ammortizzare gli investimenti necessari alla partecipazione. Nello specifico, i lotti a gara erano particolarmente ampi e il breve periodo di aggiudicazione di tre anni non permetteva di ammortizzare gli investimenti necessari ad aumentare la capacità produttiva"*²⁴⁵.

295. Linde ha sottolineato che *"anche in questo caso l'Amministrazione aveva previsto un bando non conforme alla normativa farmaceutica in quanto il quantitativo di forniture qui previsto per ciascun paziente non coincideva con le confezioni standard di ossigeno"*²⁴⁶.

296. Infine, secondo OXY Live, la gara *"presentava degli errori strutturali fortemente lesivi degli interessi delle piccole imprese come OXY Live".* Infatti, *"i lotti di gara erano particolarmente ampi e l'aggiudicazione degli stessi avrebbe comportato [per la società] l'obbligo di fornire una quantità di ossigeno assai elevata e di gran lunga superiore alle quantità fino ad allora fornite"*²⁴⁷.

La partecipazione alla gara

297. In merito alla partecipazione alla gara e alle offerte qui presentate, le Parti hanno tutte rivendicato la piena autonomia dei propri comportamenti.

298. Vitalaire ha sottolineato che la scelta di presentare offerta su 3 dei 7 lotti oggetto di gara è stata assunta avendo valutato *"la localizzazione del proprio sito produttivo (a Gricignano di Aversa, in provincia di Caserta), la capacità dei singoli lotti in termini di numero di pazienti da assistere, la logistica del territorio, la circostanza che le diverse ASL fossero o meno buoni pagatori"*²⁴⁸. Alla luce di tali valutazioni, l'offerta economicamente più competitiva è stata fatta sul lotto Napoli 2, di cui Vitalaire è risultata aggiudicataria, ciò determinando un incremento del numero dei pazienti assistiti dalla società.

299. A tal fine, Vitalaire evidenzia di aver praticato l'offerta migliore sul lotto Napoli 2, in quanto miglior pagatore, per cui *"pur con un prezzo basso, il nostro ROCE [return on capital employed] sarebbe positivo"*; mentre per quanto concerne i lotti Napoli 3 e Caserta, la quotazione sarebbe stata più alta, considerato che: *"nell'eventualità ci aggiudichiamo Caserta e Napoli 3 pur se da un punto di vista finanziario non ottimali, considerando un buon prezzo la redditività sarebbe salvaguardata"*²⁴⁹. Vitalaire, infine, contesta le affermazioni di GCO, le quali sarebbero prive di riscontri fattuali.

300. Medicaire Sud, dal canto suo, ha evidenziato di aver deciso di *"presentare offerta in ATI con Linde per tutti i lotti, puntando, tuttavia, sul lotto 3 Napoli Sud con un'offerta economica più aggressiva, in quanto in questo territorio ha sede uno stabilimento della società. Non ha presentato offerta sul lotto relativo al territorio di Benevento in quanto Linde aveva comunicato di essere interessata a tale lotto e il capitolato di gara escludeva la possibilità di due società in*

²⁴² [Cfr. doc. 702.]

²⁴³ [Cfr. doc. 673.]

²⁴⁴ [Cfr. doc. 688.]

²⁴⁵ [Cfr. docc. 681 e 686.]

²⁴⁶ [Cfr. doc. 648.]

²⁴⁷ [Cfr. doc. 731.]

²⁴⁸ [Cfr. docc. 673 e 905.]

²⁴⁹ [Cfr. doc. 905, allegato 2.]

ATI di presentarsi su altro lotto, entrambe ma singolarmente"²⁵⁰. La scelta di presentare un'offerta economica più conveniente per l'Amministrazione sul lotto Napoli 3 è derivata, altresì, dalla circostanza per cui "circa il 70% dei pazienti di Medicaid era già residente in tale ASL"²⁵¹ e "che, con la gara, a fronte della disintermediazione del canale farmaceutico, i costi di distribuzione per gli HCP si sono ridotti (non dovendo fisicamente passare per la farmacia prima di consegnare l'ossigeno al domicilio del paziente), consentendo di offrire in sede di gara un prezzo anche inferiore alla base d'asta"²⁵².

301. La decisione di Medicaid Sud di partecipare alla gara in RTI con Linde è stata adottata in considerazione del "fatto che (i) anche Linde ha uno stabilimento nel territorio di Napoli Sud (a Pompei), (ii) che Linde è un fornitore primario di gas per Medicaid, (iii) che in quel periodo [omissis]"²⁵³.

302. Anche Linde, nonostante le criticità ravvisate nel bando, ha deciso di partecipare. "Poiché il bando prevedeva un vincolo di due lotti, Linde ha deciso di puntare sul lotto di Benevento, dove ha un sito produttivo e dove per questa circostanza riteneva di avere maggiori possibilità di aggiudicazione; inoltre, ha deciso di presentarsi in RTI con Medicaid puntando sul lotto 3 Napoli Sud, dove Medicaid ha un suo stabilimento". Nelle valutazioni della società "inerenti la partecipazione ad una gara le considerazioni di carattere geografico assumono priorità in quanto la logistica è determinante per l'efficienza e la remuneratività del servizio"²⁵⁴.

303. Vivisol Napoli ha evidenziato che, "in ragione degli investimenti necessari per partecipare alla gara (stimabili in circa [1.000-1.500/1.500-2.000] euro per ciascun paziente) e fatta una valutazione sulla propria capacità produttiva, nonché logistica e di trasporto, ha ritenuto di non poter partecipare da sola alla gara e ha, quindi, presentato offerte in ATI con la società Magaldi. L'ATI ha presentato offerte con ribassi d'asta maggiori solo nelle province in cui erano presenti impianti produttivi - che davano luogo ad un maggior punteggio tecnico- , vale a dire Caserta (nella cui provincia si trova l'impianto di Vivisol) e Salerno (nella cui provincia si trova l'impianto di Magaldi)"²⁵⁵. Secondo la Parte, in ragione della "formula per il calcolo del punteggio di gara, la localizzazione degli stabilimenti nel territorio dell'ASL per cui era fatta un'offerta garantiva un punteggio maggiore e dunque un maggior margine di successo. L'offerta presentata a 1,80 euro sembrava poter garantire l'aggiudicazione del lotto come, di fatto, è avvenuto"²⁵⁶.

304. La società Magaldi ha rappresentato che, "seppure stabilmente attiva in Campania, proprio per non rischiare di perdere la propria operatività sul territorio, ha ritenuto di potenziare le proprie possibilità di aggiudicazione di lotti presentando offerta in ATI con Vivisol, che aveva uno stabilimento in provincia di Caserta e un altro a Battipaglia, in provincia di Salerno, in modo da ottenere il massimo punteggio qualità possibile per il progetto tecnico, cosa che di fatto si è avverata per entrambi i lotti delle relative province"²⁵⁷. Su questa base è stata determinata la scelta di offrire 1,80 euro/m³ che "dava a Magaldi una quasi certezza in merito all'aggiudicazione dei lotti, considerato che la società aveva il punteggio massimo qualità per la parte del progetto tecnico, in quanto essa aveva lo stabilimento produttivo nell'ASL di Salerno, circostanza che le consentiva di avere un punteggio elevato. La scelta di offrire 1,80 euro/m³ era dipesa dalla formula contenuta nel bando di gara, in quanto un ulteriore ribasso sulla base d'asta avrebbe comportato un incremento molto poco significativo rispetto al punteggio attribuibile all'offerta economica"²⁵⁸.

305. Secondo Eubios, date le caratteristiche della gara, essa avrebbe "gravemente penalizzato le numerose imprese campane di piccole dimensioni, presenti da molti anni sul territorio"²⁵⁹. Pertanto, "in ragione delle caratteristiche del bando e, in particolare, dell'ampiezza dei lotti da aggiudicare, Eubios non era nelle condizioni di partecipare da sola alla gara e ha ritenuto di partecipare in ATI con le società OXY Live e Ossigas, presentando offerte razionali - dal punto di vista economico - per tutti e sette i lotti cui ha partecipato, con il medesimo ribasso rispetto alla base d'asta"²⁶⁰.

306. Quanto alla scelta di presentare, su tutti i lotti di gara, un'offerta economica di poco inferiore alla base d'asta, Eubios ha dichiarato di essersi trovata di fronte al "dilemma se presentare un prezzo più basso che, potenzialmente, ne poteva pregiudicare la sopravvivenza sul mercato, o correre il rischio di non aggiudicarsi alcun lotto, circostanza che parimenti l'avrebbe esclusa dal mercato. Considerata la ragionevole certezza del buon punteggio tecnico raggiungibile

²⁵⁰ [Cfr. doc. 688.]

²⁵¹ [Cfr. doc. 826.]

²⁵² [Cfr. doc. 826.]

²⁵³ [Cfr. doc. 688.]

²⁵⁴ [Cfr. doc. 648.]

²⁵⁵ [Cfr. doc. 644.]

²⁵⁶ [Cfr. doc. 644.]

²⁵⁷ [Cfr. doc. 671.]

²⁵⁸ [Cfr. doc. 671.]

²⁵⁹ [Cfr. docc. 681 e 686.]

²⁶⁰ [Cfr. docc. 681 e 686.]

nei lotti per cui l'ATI è poi risultata aggiudicataria, la società ha deciso di non abbassare in maniera troppo accentuata il prezzo offerto, pari a 2,30 euro/m³"²⁶¹.

307. Al riguardo, la Parte ha evidenziato "come difficilmente altri operatori avrebbero potuto presentare offerte economiche più competitive per i territori di Avellino e Napoli 1 – per le ragioni geografiche già evidenziate – mentre una maggiore competitività sul prezzo avrebbe interessato lotti più appetibili, in quanto più facilmente gestibili dal punto di vista della logistica, quali Caserta e Napoli 2"²⁶².

308. Anche OXY Live ha dichiarato che, per assicurare da sola i quantitativi di ossigeno richiesti dalla gara, avrebbe dovuto sopportare "significativi investimenti, di certo non ammortizzabili nel breve periodo di aggiudicazione della gara, pari a 36 mesi". La scelta di presentarsi in RTI consentiva alle tre società di partecipare alla gara, "mettendo in comune le rispettive risorse"²⁶³.

309. Per quanto concerne, infine, la scelta dell'RTI di presentare offerta pari a 2,30 euro/m³, essa "è stata essenzialmente dettata dall'esigenza di ottenere dall'esecuzione del servizio dei margini di guadagno sufficienti a garantire la sopravvivenza della società anche a fronte della perdita di fatturato che il certo calo di pazienti serviti avrebbe comportato. Al contempo, le società parti dell'RTI ritenevano che, anche alla luce del punteggio tecnico che avrebbero ottenuto, il prezzo offerto poteva essere sufficiente ad ottenere l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti in gara"²⁶⁴.

310. Anche Ossigas ha dichiarato che essa "non potendo partecipare da sola in ragione delle dimensioni dei lotti oggetto di gara, ha partecipato in RTI con le società OXY Live s.r.l. ed Eubios s.r.l.. La scelta è ricaduta su tali società in quanto parti del Gruppo Sapio, con il quale Ossigas aveva avuto in passato relazioni commerciali nonché una joint venture (ora sciolta). Ossigas ha partecipato alla gara puntando sul lotto 1 Napoli Centro (dove è lo stabilimento di Ossigas e dove risiedeva la maggior parte dei pazienti allora serviti dalla società) e sul lotto 4 Avellino (dove vi era lo stabilimento di Irongas, società con la quale l'RTI aveva sottoscritto un accordo di avvalimento"²⁶⁵.

Quanto al prezzo offerto, la Parte ha rappresentato "che per il lotto di Avellino le imprese in RTI, nel corso di una riunione tenutasi nel giorno di scadenza del termine di presentazione delle offerte, avevano anche pensato di offrire un prezzo pari a 1,75 euro/m³ ma per motivi tecnici hanno poi presentato un'offerta pari a 2,30 euro/m³, che di fatto costituiva il prezzo sostenibile per l'RTI"²⁶⁶.

Le stime dei risparmi ad esito della gara

311. Tutte le Parti hanno sostanzialmente evidenziato come, ad esito della gara, l'Amministrazione abbia ottenuto un risparmio sicuramente significativo rispetto ai prezzi prima pagati per l'erogazione del servizio ai pazienti residenti nel territorio della Regione Campania. In particolare, Vivisol Napoli ha stimato che, "ad esito della gara, la spesa regionale per i servizi di OTD ha registrato una diminuzione tra il 38% e il 40%"²⁶⁷. Tale risultato sarebbe incompatibile con l'attuazione di un cartello.

Il contratto di subappalto con Tergas

312. OXY Live ha dichiarato che la scelta da parte dell'RTI (composto dalla stessa, da Eubios e da Ossigas) di sottoscrivere un contratto di subappalto con Tergas "era legata all'esigenza, da un lato, di consentire all'RTI di far leva sugli asset e sull'organizzazione della subappaltatrice per l'esecuzione dei servizi oggetto di aggiudicazione e, dall'altro lato, di mantenere in capo alle tre società che avevano costituito l'RTI il potere decisionale circa i termini e le condizioni delle offerte da formulare in sede di gara"²⁶⁸.

313. Tergas ha sottolineato come i propri comportamenti siano "esclusivamente imputabili alle modalità di disegno della gara e alle dimensioni ridotte di un operatore quale Ter.gas.. Al momento dell'indizione del bando, infatti, vista la dimensione particolarmente ampia dei lotti per un operatore delle dimensioni di Ter.gas. la società ha iniziato a valutare diverse opzioni al fine di poter partecipare alla gara"²⁶⁹.

314. In merito alla clausola del contratto stipulato tra Tergas e le società dell'RTI in base alla quale la prima si sarebbe impegnata a non presentare offerte autonome alla gara a fronte dell'affidamento di un subappalto, Tergas ha evidenziato "come tale previsione fosse priva di alcuna conseguenza per Ter.gas. Infatti, la società avrebbe esaurito la

²⁶¹ [Cfr. docc. 681 e 686. La medesima posizione è stata ribadita in sede di difese conclusive, cfr. doc. 1076 e 1117.]

²⁶² [Cfr. docc. 681 e 686.]

²⁶³ [Cfr. doc. 731. La medesima posizione è stata ribadita in sede di difese conclusive, cfr. doc. 1082 e 1117.]

²⁶⁴ [Cfr. doc. 731.]

²⁶⁵ [Cfr. doc. 702. La medesima posizione è stata ribadita in sede di difese conclusive, cfr. doc. 1066 e 1117.]

²⁶⁶ [Cfr. doc. 702.]

²⁶⁷ [Cfr. doc. 644.]

²⁶⁸ [Cfr. doc. 731.]

²⁶⁹ [Cfr. doc. 828.]

propria capacità di erogazione del servizio con il subappalto ed era, pertanto, priva di capacità residua per effettuare offerte autonome su altri lotti”²⁷⁰.

VII. VALUTAZIONI

VII.A. Premessa

315. Il presente procedimento ha ad oggetto la illiceità di tre distinte e autonome intese che interessano il settore della fornitura di servizi di ventiloterapia domiciliare (VTD) e ossigenoterapia domiciliare (OTD) in provincia di Milano e nelle regioni Marche e Campania, come di seguito specificato.

316. In particolare, le vicende descritte nella parte in fatto del presente provvedimento configurano – seppure con le differenze, che di seguito saranno illustrate – tre intese segrete, restrittive della concorrenza volte a coordinare le strategie commerciali delle Parti in occasione di procedure di gara bandite dalle AA.SS.LL (o per conto di esse) attive in provincia di Milano e nelle regioni Marche e Campania, per la fornitura dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliari²⁷¹. Tali intese, come di seguito sarà argomentato, costituiscono restrizioni per oggetto ai sensi della consolidata giurisprudenza nazionale²⁷² e comunitaria e pertanto non risulta necessario accertarne gli effetti sul mercato, benché, nel caso di specie, essi siano evidenti.

317. Una simile fattispecie di coordinamento, volta a mantenere artificiosamente elevato il prezzo di erogazione del servizio, costituisce, ai sensi della giurisprudenza comunitaria in materia come ripresa dal giudice nazionale²⁷³, una violazione per oggetto della normativa antitrust. Rileva al riguardo considerare come, “*sebbene l’intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un tipo di coordinamento, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza o ai giudici nazionali e dell’Unione di tenerne conto*”²⁷⁴.

318. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, tale fattispecie “*costituisce un tipico caso di intesa hardcore, restrittiva nel suo oggetto, comprendente sia la ripartizione del mercato, sia la determinazione concordata delle offerte, ulteriormente connotata dal fatto di insistere sullo svolgimento di pubbliche procedure di gara*”²⁷⁵, atteso che le intese esaminate risultano volte, attraverso il coordinamento in sede di gara, a mantenere artificiosamente elevato il livello dei prezzi posto a base d’asta ovvero a ripartirsi il mercato, predeterminando l’aggiudicazione dei lotti in gara. Pertanto, l’Autorità non è chiamata a valutarne la consistenza, come precisato nella Comunicazione della Commissione c.d. *De Minimis*²⁷⁶, nonostante, nel caso di specie, le intese abbiano coinvolto i principali - e la quasi totalità degli - operatori di mercato.

319. Le concertazioni esaminate configurano tre intese uniche e complesse, caratterizzate ciascuna dall’attuazione, nel tempo, di una serie di comportamenti tra loro complementari, collegati dalla comune volontà di condizionare in maniera anticoncorrenziale le modalità di affidamento dei servizi nonché l’esito delle gare indette dalla stazione appaltante nell’area geografica interessata. Un’intesa complessa, infatti, può essere vista come un’unica e continua violazione commessa in un determinato arco temporale e con gradi di partecipazione variabili a seconda dell’impresa, in quanto ciò che rileva è il medesimo fine anticoncorrenziale²⁷⁷. Tale giurisprudenza è stata recentemente ripresa dal giudice nazionale il quale, in analogia fattispecie, ha disatteso una censura “*volta a contestare l’inammissibilità della ricostruzione operata dall’Autorità sotto il profilo dell’incertezza o indeterminazione del provvedimento sanzionatorio in merito all’identificazione dei comportamenti contestati per la mancata riconduzione degli stessi all’accordo o alla pratica concordata*”, confermando la correttezza dell’operato dell’Autorità che “[aveva] sostanzialmente contestato alle parti una ‘concertazione complessa’, definendone con chiarezza il plurimo oggetto anticompetitivo”²⁷⁸.

320. In ragione dell’acquisizione agli atti del fascicolo di documentazione, relativa a ciascuna delle tre infrazioni contestate, attestante contatti qualificati intervenuti tra le Parti al fine di concertare le strategie poste in essere volte a ritardare l’indizione di procedure di gara, ovvero ad alterarne gli esiti, in conformità alla consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia, si ritiene che nella presente procedura gravi sulle Parti l’onere di provare

²⁷⁰ [Cfr. doc. 828. La medesima posizione è stata ribadita in sede di difese conclusive, cfr. doc. 1067 e 1117.]

²⁷¹ [Il coordinamento in sede di gara è stato considerato dalla più recente giurisprudenza amministrativa tra “le fattispecie più gravi (hardcore) di intese antitrust”; cfr. TAR Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, come confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

²⁷² [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, sentenza n. 3032, caso I731 - Gare Campane; Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

²⁷³ [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

²⁷⁴ [Così la sentenza della Corte di Giustizia del 19 marzo 2015, causa C-286/13 - P, Dole.]

²⁷⁵ [Cfr. da ultimo, TAR Lazio, 25 luglio 2016, sentenza n. 8506, caso I782 - Gare Amianto. Si veda altresì TAR Lazio, 6 settembre 2016, sentenza n. 9555, caso I761 - Servizi tecnici accessori.]

²⁷⁶ [Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) (Comunicazione de minimis), 2014/C 291/01.]

²⁷⁷ [In tal senso, cfr. Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, sentenza in causa C-2004/00P - AALBORG.]

²⁷⁸ [Cfr. sent. TAR Lazio 10303/2016, caso I785 - Gare pulizie Consip.]

l'esistenza di ragioni alternative che avrebbero giustificato le condotte tenute, nonché i contatti intercorsi tra le Parti medesime.

321. I comportamenti contestati risultano in violazione dell'articolo 101 TFUE – in considerazione della rilevanza comunitaria delle procedure di gara interessate, della partecipazione alle stesse di società di spessore nazionale e internazionale e della importanza degli ambiti territoriali interessati dalle gare, in termini di numero di pazienti assistiti – e si connotano per la gravità degli stessi.

322. Si rappresenta, infine, che, per consolidata giurisprudenza, nella valutazione di un'intesa, l'individuazione del mercato rilevante è tesa alla delimitazione dell'ambito nel quale la stessa può restringere o falsare le dinamiche concorrenziali²⁷⁹. Inoltre, i medesimi giudici hanno sottolineato come, in merito all'individuazione del mercato rilevante è consentito "circoscrivere l'ambito merceologico e territoriale all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale"²⁸⁰.

VII.B. Le Gare indette da (o per conto di) ASL Milano 1

VII.B.1. Qualificazione della fattispecie e individuazione del mercato rilevante

323. Come evidenziato in Premessa, l'istruttoria è stata avviata al fine di verificare – tra le altre – la sussistenza di un'intesa tra numerosi operatori attivi nel settore della ventiloterapia domiciliare in provincia di Milano, volta a limitare il confronto concorrenziale attraverso il coordinamento in occasione di procedure ad evidenza pubblica bandite da pubbliche amministrazioni locali.

324. Il complesso degli elementi descritti nella prima parte del presente documento conferma, come di seguito sarà diffusamente argomentato, l'esistenza di una concertazione tra le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol, in occasione delle quattro gare bandite, tra il 2012 e il 2014, da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL.

325. Tale concertazione configura un'intesa unica e complessa, in violazione dell'articolo 101 TFUE, essendo volta a coordinare le politiche commerciali delle società sopra menzionate, al fine di mantenere artificiosamente elevato il livello dei prezzi del servizio e di ripartirsi i pazienti, anche tramite la concertazione sulle modalità di partecipazione alle gare.

326. Quanto alla individuazione del mercato rilevante, nel caso in esame, sulla base dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, l'ambito economico interessato è rappresentato dalle procedure di affidamento del servizio di VTD indette da o per conto di ASL Milano 1, il cui ambito esecutivo coincide con il territorio di competenza di tale Amministrazione.

327. Prima di procedere ad una valutazione dei comportamenti delle Parti, si sottolinea come, dalla documentazione agli atti del fascicolo istruttorio emerga che, sebbene i contratti fossero scaduti nel 2012, il servizio di VTD per il territorio ASL Milano 1 abbia dovuto essere oggetto di ben quattro procedure di gara, prima di poter essere effettivamente aggiudicato a settembre 2014.

328. La stazione appaltante, alla fine del 2012, ha bandito una prima procedura per la sottoscrizione di un Accordo Quadro, nella quale erano individuati 22 lotti relativi alla fornitura del servizio di VTD per i pazienti residenti nel territorio di competenza della ASL Milano 1²⁸¹. La procedura prevedeva l'aggiudicazione aperta, per lotti disgiunti, a favore dell'offerta economicamente più conveniente. L'aggiudicazione sarebbe avvenuta anche in presenza di una sola offerta. Le basi d'asta individuate dalla stazione appaltante per i lotti oggetto di gara erano le medesime dei prezzi al momento vigenti, vale a dire i prezzi ai quali gli HCP Parti del procedimento fornivano il servizio. Tali basi d'asta erano, peraltro, in linea con i prezzi posti a base d'asta in gare in quel periodo bandite da altre ASL, quali ad esempio ASL Como e ASL Monza-Brianza, aventi ad oggetto la fornitura del medesimo servizio.

329. Ad esito della procedura di gara, sono stati aggiudicati solo 7 dei 22 lotti, a favore delle società SICO e Respiraire. I lotti aggiudicati prevedevano l'installazione di macchinari a tecnologia basica, rispetto ai quali non erano in vigore contratti di esclusiva tra produttori e HCP.

330. A seguito di tale aggiudicazione, Medicaire Italia e Vitalaire hanno posto in essere azioni di contrasto nei confronti di Respiraire, per contestare la disponibilità in capo a tale ultima società delle apparecchiature necessarie alla fornitura del servizio, in ragione della presenza di contratti di esclusiva sulle stesse a favore di altri operatori. Per conseguenza, Respiraire ha rinunciato all'aggiudicazione di alcuni dei lotti per i quali aveva presentato offerta.

331. Visto l'esito della gara, ASL Milano 1 ha bandito una nuova gara, avente ad oggetto i 15 lotti residui, che prevedeva le medesime condizioni di procedura nonché le medesime basi d'asta. Tale procedura ha avuto esito deserto.

²⁷⁹ [In particolare, "nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'illecito è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito" (cfr. Consiglio di Stato, 10 marzo 2006, sentenza n. 127, caso A/351 - Telecom Italia, più di recente Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, sentenza n. 3032, caso I731-Gare campane).]

²⁸⁰ [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, sentenza n. 3032, caso I731 - Gare campane; più di recente si veda anche TAR Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, come confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

²⁸¹ [Cfr. para 69 e ss.]

332. Pertanto, la stazione appaltante ha convocato dei tavoli tecnici con le Parti al fine di verificare le ragioni che non avevano consentito l'aggiudicazione del servizio.

333. Nel corso dei tavoli tecnici le Parti hanno contestato i prezzi a base d'asta dei singoli lotti, asserendo la presunta assenza di remuneratività degli stessi e chiedendo l'applicazione dei prezzi posti a base d'asta da altra Amministrazione (ASL Cremona), sensibilmente superiori a quelli fino ad allora vigenti.

334. A seguito dei tavoli tecnici, dai quali - come confermato dall'Amministrazione - non erano emerse evidenze in merito a incrementi dei costi per gli operatori, ASL Milano 1 ha indetto una terza gara, in cui sono stati modificati alcuni aspetti tecnici richiesti dalle Parti, ma non il prezzo a base d'asta. Anche questa procedura ha avuto esito negativo in quanto sono pervenute solo due offerte inammissibili perché superiori alla base d'asta.

335. Si precisa che, trattandosi di un servizio essenziale per i pazienti della ASL, esso continuava ad essere offerto dai precedenti aggiudicatari della gara del 2009 (Linde, Vitalaire, Medigas, Medicaire Italia e Sapio), in regime di proroga dei contratti in essere.

336. In ragione della situazione di stallo creatasi, l'Amministrazione ha indetto una ulteriore gara - la quarta - aumentando la base d'asta e portandola ai livelli richiesti dagli operatori. La gara prevedeva l'aggiudicazione, per lotti disgiunti, anche in presenza di un'unica offerta e il criterio dell'aggiudicazione a favore del prezzo più basso, con la previsione di una fase di rilancio competitivo successiva all'apertura delle offerte economiche.

337. Tutte le Parti hanno presentato offerte identiche, pari alla base d'asta e in sede di rilancio competitivo nessuna società ha offerto sconti. Sul punto va osservato che, dalle risultanze istruttorie, emerge che le Parti avevano discusso internamente della possibilità/opportunità di presentare offerte con ribassi rispetto alla base d'asta²⁸².

338. In particolare, ottenuti i prezzi a base d'asta richiesti, le Parti - nonostante la consapevolezza del rilievo dato nel bando al criterio del prezzo - evidentemente certe del contenuto dell'offerta degli altri concorrenti, partecipanti all'intesa, non hanno presentato offerte migliorative rispetto alla base d'asta, neppure nella prevista fase di rilancio competitivo che, anzi, è stato il momento per le stesse di verifica della tenuta della concertazione.

339. In questo contesto, si ha evidenza di contatti tra le Parti²⁸³ - segnatamente le società Medicaire Italia, Vivisol, Sapio, Medigas, Vitalaire e Linde - volti a concertare i contenuti delle lettere che ognuna di esse avrebbe dovuto inviare all'Amministrazione in risposta alla richiesta di proroga dei contratti di fornitura in essere, nelle more dello svolgimento della gara. Nella lettera concordata tra le Parti è manifestata l'indisponibilità delle società a prorogare il servizio ai prezzi vigenti e si invita l'Amministrazione a rivedere al rialzo i prezzi posti a base d'asta nell'ambito della prossima procedura pubblica per la fornitura del servizio. La lettera indica per ogni lotto il prezzo a base d'asta richiesto (pari ai prezzi aggiudicati nella gara di ASL Cremona).

340. Nel corso del procedimento le Parti hanno impostato la loro difesa prescindendo dalle evidenze agli atti di contatti qualificati tra esse e contestando l'esistenza di un obbligo a partecipare alle gare, muovendo dall'erroneo presupposto che l'Autorità contestasse loro la violazione di detto asserito obbligo. In quest'ottica, le Parti hanno sostenuto la non remuneratività delle basi d'asta delle prime tre gare, per cui la partecipazione alle stesse - come anche un ribasso rispetto alla base d'asta in quarta gara - sarebbe stata irrazionale, sotto un profilo economico.

341. Al riguardo - in estrema sintesi e al mero fine di esemplificare quanto di seguito sarà puntualmente analizzato - si precisa che, impregiudicata la libertà di scelta di ogni singola impresa di partecipare o meno ad una gara ad evidenza pubblica, nel caso di specie vi sono evidenze di una concertazione tra le Parti finalizzata ad obbligare l'Amministrazione ad aumentare la base d'asta dei lotti messi a gara. A tal fine, si sottolineano evidenze di indici di profittabilità, in tutte le gare oggetto della presente istruttoria nonché evidenze dell'importanza per le Parti della leva del prezzo ai fini dell'aggiudicazione dei singoli lotti e della presenza sul mercato di apparecchiature fungibili rispetto a quelle in uso presso i propri pazienti.

342. Pertanto, dalla documentazione agli atti emerge che le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol hanno coordinato le proprie strategie commerciali in occasione delle quattro gare bandite da o per conto di ASL Milano 1, tra il 2012 e il 2014, per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL.

343. Tale concertazione si è esplicata in una strategia complessa consistente nell'astensione alle prime tre gare indette da ASL Milano 1, ovvero nella presentazione di offerte chiaramente inammissibili, nonché nella partecipazione alla quarta gara, con la presentazione di offerte che recavano tutte un prezzo identico, pari alla base d'asta e nell'assenza di alcun tipo di rilancio competitivo in occasione della quarta gara.

344. L'insieme delle condotte elencate è stato finalizzato a realizzare un incremento dei profitti per le Parti - attraverso un aumento delle condizioni economiche a carico dell'Amministrazione appaltante - nonché la cristallizzazione tra le Parti delle forniture dei servizi di VTD nell'area di competenza dell'Amministrazione.

VII.B.2. I comportamenti contestati

345. Entrando nel dettaglio dei singoli comportamenti, dalla documentazione agli atti emerge, fin dalla prima gara, in linea con quanto richiesto dalla più recente giurisprudenza amministrativa, la "ricorrenza di determinati indici probatori dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di

²⁸² [Cfr. supra para 108 e docc. 373 e 345.]

²⁸³ [Cfr. doc. 510.]

restrizione della concorrenza”, essendo “in materia (...) ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti”²⁸⁴.

346. A tal fine, rileva sottolineare come la documentazione istruttoria dia conto di contatti qualificati tra le Parti volti a concertare i comportamenti delle stesse nei confronti della stazione appaltante. Si richiama il contenuto del doc. 510 che – come ampiamente descritto nella parte in Fatto del presente provvedimento²⁸⁵ – dà conto della condivisione tra le società Medicaire Italia, Vivisol, Sapio, Medigas, Vitalaire e Linde dei contenuti di una lettera predisposta a fronte della richiesta inviata dall’ASL a ciascuna società di proroga dei contratti di fornitura in essere, nelle more dell’espletamento delle procedura di gara. Il testo della lettera recita: “*tutto ciò considerato, non siamo nella possibilità di concedere la proroga da voi richiesta alle condizioni esplicitate, ma siamo disponibili a proseguire il servizio alle condizioni economiche definite nell’incontro del 17.10.2013. Confidiamo, peraltro, che nella formulazione del nuovo capitolato relativo alla fornitura del servizio di ventiloterapia dell’ASL Milano 1 si faccia riferimento a quanto già pubblicato dall’ASL di Cremona come capifila del raggruppamento delle ASL di Cremona, Lodi, Mantova, Milano 2 e Pavia (...) considerando tale esperienza come una best practice nella direzione di una razionalizzazione delle procedure di acquisto del SSR*”²⁸⁶. Segue un listino con l’indicazione dei prezzi per ciascun prodotto oggetto di gara.

347. Come già evidenziato, la condivisione di tale lettera si è tradotta nel successivo invio della stessa, da parte di ciascuna società all’Amministrazione al momento della scadenza dei contratti di fornitura in essere e alla richiesta della necessaria proroga²⁸⁷.

348. La rilevanza di tale documento deve essere apprezzata alla luce della giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo la quale nelle intese “*manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell’investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. La giurisprudenza, consapevole della rarità dell’acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti*”²⁸⁸.

349. È quindi nel contesto concertativo creato dalle Parti che vanno letti i comportamenti delle stesse. In questo senso, rileva, in primo luogo, la condotta assunta nell’ambito della prima gara e, in particolare, la mancata presentazione di offerte da parte di Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol.

350. Vale ricordare che, come ampiamente descritto nella sezione dedicata ai Fatti, l’impianto di gara era stato definito in modo da favorire la più ampia partecipazione delle imprese ed infatti: *i)* la procedura era volta alla conclusione di un Accordo Quadro, con uno o più operatori; *ii)* le prestazioni di interesse di ASL Milano 1 erano distinte in 22 lotti, di valore molto differente in termini economici e di tipologia e complessità dell’apparecchiatura oggetto della prestazione e alle imprese era data facoltà di scegliere di partecipare anche per uno solo o per singoli lotti; *iii)* oggetto di appalto erano sia lotti cd. ‘in vendita’ sia lotti cd. ‘in noleggio’; *iv)* era prevista l’aggiudicazione dei singoli lotti anche in presenza di un’unica offerta valida.

351. Pertanto, in presenza di più offerte, nel caso di equivalenza dell’apparecchiatura offerta da più aziende, sarebbe stata scelta l’apparecchiatura offerta al prezzo più basso. Al riguardo, dirimente è il contenuto del Chiarimento n. 10 del 6 febbraio 2013, nel quale è precisato che: “*nel caso l’apparecchiatura sia offerta da più aziende, verrà scelta quella che ha offerto il prezzo più basso*”²⁸⁹.

352. Inoltre, e diversamente da quanto argomentato dalle Parti, le condizioni economiche, secondo quanto affermato dalla stazione appaltante, erano “*in linea con i prezzi applicati nella precedente gara [e dunque con i prezzi ai quali le medesime Parti fornivano a quell’epoca il servizio] nonché con i prezzi applicati in due gare relative allo stesso servizio che erano appena state aggiudicate (ASL Como e ASL Monza-Brianza)*”²⁹⁰; peraltro, tale circostanza è stata confermata anche da una Parte che ha sottolineato che le “*gare Como e Monza Brianza prevedevano condizioni economiche analoghe a quelle delle prime tre gare milanesi*”²⁹¹ ed è confermata dalla documentazione in atti²⁹², riassunta, per i lotti comparabili, nella tabella che segue.

Tab. 7 Confronto base d’asta lotti gara 1 ASL MI1 e gare ASL Como e Bergamo e ASL Monza-Brianza

²⁸⁴ [Cfr., tra le altre, TAR Lazio, 26 febbraio 2016, sentenza n. 2670, nel caso I759 - Forniture Trenitalia e Consiglio di Stato, sentenza 3 giugno 2014, n. 4506, nel caso I722 - Logistica Internazionale.]

²⁸⁵ [Cfr. supra, para 65 e 66.]

²⁸⁶ [Cfr. doc. 510.]

²⁸⁷ [Cfr. docc. 423, 717, 197 e 639.]

²⁸⁸ [Cfr. sent. TAR Lazio del 14 ottobre 2016, n. 10303, nel caso I785 - Gara Consip pulizia nelle scuole.]

²⁸⁹ [Cfr. doc. 1074.]

²⁹⁰ [Cfr. docc. 1, 639 e 835.]

²⁹¹ [Cfr. doc. 1080.]

²⁹² [Cfr. doc. 1.]

n. lotto gara 1 ASL MI 1	Prezzi base asta ASL Milano 1 2012	Prezzi base d'asta ASL Como e Bergamo 2012	Prezzi base d'asta ASL Monza e Brianza 2012
25	€ 12	€ 7,50 - € 12	€ 12
26	€ 15	€ 9 - € 14	€ 18
27	€ 21	€ 16 - € 20	
28	€ 24	€ 17 - € 23	
32	€ 3	€ 3,5	€ 4
36	€ 3,95		€ 7
37	€ 1,49		€ 1,8

353. Né, del resto, un aumento dei prezzi sarebbe stato giustificato, considerato che "ad avviso dell'ASL, i costi relativi alla fornitura di tale servizio erano rimasti invariati rispetto al passato"²⁹³. A conferma di ciò, come sottolineato dalla stessa Amministrazione, nella successiva fase del tavolo tecnico "nessuno degli operatori ha mai evidenziato un incremento dei costi di fornitura del servizio che giustificasse prezzi più alti"²⁹⁴.

354. Non appaiono condivisibili le argomentazioni avanzate dalle Parti nel corso del procedimento in merito all'assenza di remuneratività delle basi d'asta delle prime tre gare bandite da ASL Milano 1. In primo luogo, rileva la circostanza per cui le Parti avevano presentato offerta in occasione delle gare bandite da ASL Como e ASL Monza-Brianza che, per loro stessa ammissione, avevano le medesime basi d'asta²⁹⁵. Peraltro, in occasione di tali gare, pur trattandosi, come nel caso di specie, di procedure volte alla conclusione di un Accordo Quadro, le Parti avevano presentato offerte con sconti rispetto alla base d'asta.

355. In secondo luogo, occorre osservare che per alcuni dei lotti in gara siano pervenute offerte da parte di due operatori (SICO e Respiraire), peraltro, di dimensioni significativamente minori rispetto ai partecipanti all'intesa, che hanno praticato sconti significativi rispetto alla base d'asta, in misura anche superiore al 50%²⁹⁶. Sia sufficiente, sul punto, richiamare quanto dichiarato dai rappresentanti di Respiraire in sede di audizione per cui "per i lotti di interesse di ASL Milano 1, per i quali ha presentato offerta, vista l'organizzazione e la struttura societaria, sussistevano margini di remuneratività nell'erogazione del servizio"²⁹⁷. È implicito che se sussistevano margini di remuneratività per una società di piccole dimensioni e con difficoltà anche a reperire i macchinari sul mercato, tali margini a maggior ragione vi sarebbero stati per società di dimensioni assolutamente maggiori, parti di gruppi multinazionali, con differenti strutture dei costi, anche in relazione all'approvvigionamento ed al costo dei macchinari per la fornitura del servizio.

356. In terzo luogo, si evidenzia che, in sede di quarta gara, le Parti hanno presentato offerta per alcuni lotti non aggiudicati nelle prime tre gare, anche in presenza delle medesime basi d'asta o addirittura nel caso tali basi d'asta siano state riviste al ribasso, come emerge dalla tabella che segue (si vedano i lotti n. 1, 3, 6 e 9).

Tab. 2 Confronto base d'asta lotti tra gara 1 e gara 4

numero Lotto gara	Base d'asta gara 1 e 2	Base d'asta gara 4
1 EX LOTTO 25	€ 12	€ 12
2 EX LOTTO 26	€ 15	€ 27
3 EX LOTTO 27	€ 21	€ 20
4 EX LOTTO 28	€ 21	€ 35
5 EX LOTTO 29	€ 8,50	€ 15
6 EX LOTTO 31	€ 9	€ 6,50
7 EX LOTTO 36	€ 3,95	€ 7
8 EX LOTTO 37	€ 1,49	€ 3

²⁹³ [Cfr. doc. 639.]

²⁹⁴ [Cfr. doc. 639.]

²⁹⁵ [Cfr. doc. 1080.]

²⁹⁶ [Cfr. tabella 1, para 75.]

²⁹⁷ [Cfr. doc. 892.]

357. In quarto luogo, rileva considerare che Sapio ha depositato una 'scheda di redditività' predisposta in occasione della prima gara dalla quale emerge un livello di *Return on Investment* -ROI, assolutamente positivo e significativo ([10-20%]).

358. Quanto, poi, alla documentazione depositata dalle Parti da cui emergerebbe l'assenza di remuneratività nelle prime tre gare, si precisa che si tratta di documentazione predisposta successivamente all'aggiudicazione delle gare e, ancora, successivamente all'avvio del presente procedimento, esclusivamente a fini di difesa in questa sede. Circa il valore probatorio da attribuire a tali documenti, è chiara la giurisprudenza ai sensi della quale "gli elementi di prova scritti risalenti al periodo a cui si riferiscono i fatti abbiano un valore maggiore [di quello] degli elementi di prova venuti ad esistenza successivamente"²⁹⁸. In ogni caso, un'attenta lettura di tale documentazione mostra come la stessa poggi su ipotesi che in alcuni casi appaiono discrezionali e arbitrarie. Si considerino, ad esempio: i) le ipotesi adottate in merito all'elevatissima vischiosità della clientela esistente²⁹⁹, che appaiono non coerenti con le evidenze acquisite a fascicolo che danno atto di un elevato *turn-over* dei macchinari³⁰⁰; ii) la quantificazione di costi non dovuti, quale il costo di assunzione di un medico, che la gara 1 non imponeva³⁰¹; iii) l'ipotesi secondo cui il costo di un macchinario vada ripartito solo sul periodo di durata dell'accordo quadro, senza ritenere possibile il riutilizzo (o la rivendita) del macchinario successivamente a tale periodo³⁰².

359. In relazione alla mancata presentazione di offerte in sede di gara, non possono ritenersi condivisibili nemmeno le argomentazioni addotte da alcune società in merito alle ripercussioni, in termini di prezzo, che l'offerta avrebbe avuto sulle apparecchiature già installate.

360. In proposito, Medicaire Italia ha esposto che "la presentazione di un'offerta comportava automaticamente la riduzione del prezzo dei contratti già in vigore, a prescindere dall'eventuale aggiudicazione di alcun lotto"; a fronte di tale previsione "la partecipazione di Medicaire alla procedura avrebbe comportato una perdita certa del 30% rispetto ai contratti in essere"³⁰³, stante il differenziale di prezzo tra i contratti vigenti e la base d'asta fissata dall'Amministrazione, e considerata la mancata previsione di subentro per il nuovo aggiudicatario. La stessa posizione è stata sostenuta anche da Vitalaire³⁰⁴.

361. Tale tesi non trova conforto nelle evidenze economiche agli atti del fascicolo. Occorre, infatti, considerare che i prezzi posti dalla stazione appaltante a base d'asta erano sostanzialmente in linea³⁰⁵ con quelli all'epoca in vigore e applicati dagli operatori, tra cui Medicaire Italia e Vitalaire.

362. Da un confronto tra i prezzi all'epoca vigenti e la base d'asta dei singoli lotti messi a gara emerge infatti, per la gran maggioranza degli stessi (7 su 10), la sostanziale coincidenza dei valori o addirittura un aumento della base d'asta rispetto al prezzo allora praticato³⁰⁶. Pertanto, anche alla luce della circostanza per cui era possibile presentare offerta per singoli lotti, la mancata presentazione di offerte, anche sui soli lotti per i quali il prezzo era aumentato, appare difficilmente spiegabile in termini di comportamento imprenditoriale e giustificabile solo alla luce del raggiungimento di un'intesa tra le Parti.

363. Inoltre, l'argomentazione di Parte non appare in ogni caso pertinente ed idonea a giustificare la mancata presentazione di offerte in relazione ai lotti per i quali le società non risultavano precedenti affidatarie e, dunque, non fornivano il servizio³⁰⁷. Rispetto a tali lotti, infatti, la presentazione di offerta non poteva incidere su precedenti contratti – in quanto non esistenti – ed il relativo prezzo sarebbe stato applicabile solo nei confronti dei nuovi pazienti. Peculiare appare la giustificazione di una Parte che afferma di non aver effettuato un'analisi di redditività per i lotti dei quali non era fornitrice in quanto "è impossibile per [la società] condurre un'analisi dettagliata della redditività di ogni singolo lotto [...] un'analisi della redditività di ogni singolo lotto in ogni singola gara è semplicemente incompatibile con il normale funzionamento del business"³⁰⁸. Tale affermazione va valutata alla luce della circostanza per cui la

²⁹⁸ [Da ultimo, sentenza Tribunale UE 15.07.2015, causa T-423/2010 - Redaelli Tecna/Commissione.]

²⁹⁹ [Cfr. doc. 1081. Peraltro, nel caso di aggiudicazione della gara, l'analisi prevede il conseguimento di ricavi limitati solo al primo biennio, ipotesi che non appare coerente con l'elevata vischiosità della clientela prospettata nello scenario controfattuale di mancata aggiudicazione della gara.]

³⁰⁰ [Cfr. infra e doc. 1080.]

³⁰¹ [Cfr. doc. 1081.]

³⁰² [Cfr. doc. 1074.]

³⁰³ [Cfr. doc. 688. Nella stessa direzione si vedano, altresì, le considerazioni svolte da Vitalaire, per la quale "il bando prevedeva l'obbligo per le imprese che fornivano già alcuni pazienti di continuare nelle forniture al nuovo prezzo di gara" (cfr. doc. 673).]

³⁰⁴ [Cfr. doc. 1081.]

³⁰⁵ [Cfr. doc. 835.]

³⁰⁶ [Cfr. docc. 1 e 835.]

³⁰⁷ [Si tratta del lotto 9 per la società Medicaire Italia, del lotto 8 per Linde, dei lotti 3 e 9 per Sapio e dei lotti 2,3,8 e 9 per Vivisol.]

³⁰⁸ [Cfr. doc. 1081.]

società offriva il servizio unicamente su tre dei quindici lotti in gara³⁰⁹. Su due di tali lotti in sede di gara indetta da ASL Como e Bergamo, la stessa società ha presentato offerta per un valore assolutamente in linea alla base d'asta del medesimo lotto di ASL Milano 1, andato deserto³¹⁰.

364. Occorre altresì rilevare che le forniture in corso, alle quali sarebbe stato applicato il prezzo offerto in gara, erano in scadenza - ragion per cui era stata indetta la gara - e, pertanto, l'HCP avrebbe erogato tali forniture solo finché i pazienti in quel momento assistiti avessero avuto necessità dei relativi macchinari. Tale lasso temporale appare tuttavia esiguo, in considerazione dell'elevato *turn-over* dei macchinari, come chiaramente affermato da una Parte, per cui *"nei settori in questione, il tasso di mortalità e di attivazione di nuovi pazienti è particolarmente elevato e sono frequenti casi in cui (ad esempio a causa dell'aggravarsi delle condizioni) un assistito debba modificare la propria terapia o passare ad un diverso macchinario"*³¹¹.

365. Peraltro, l'analisi presentata dalle Parti - ed in particolare, da Vitalaire - tesa a mostrare come, (solo) nelle prime tre gare, per un'impresa sarebbe stato più remunerativo non partecipare che partecipare, oltre ad essere fondata su ipotesi arbitrarie e non condivisibili (cfr. *supra*), non appare idonea a spiegare la scelta dell'impresa di partecipare alla quarta gara. Infatti, se si applicasse il modello economico-finanziario presentato dalla Parte anche alla quarta gara³¹², emergerebbe come pure in tale procedura l'indice di redditività sarebbe più elevato nello scenario di non partecipazione alla gara che in quello di partecipazione. Pertanto, smentendo la condotta effettivamente assunta dalla società, dall'analisi emergerebbe che la società non avrebbe avuto incentivi a partecipare nemmeno alla quarta gara. Ciò costituisce un'ulteriore ragione che induce a ritenere inattendibile l'analisi economica presentata dalla Parte.

366. Parimenti pretestuosa appare la motivazione per cui la mancata presentazione di offerte sarebbe stata imputabile alla sussistenza di servizi medicali aggiuntivi, che le imprese hanno all'unisono definito *"atipici e (...) onerosi"*³¹³, *"prima non previsti"*³¹⁴ e *"che richiedevano elevate qualifiche professionali, senza che tali servizi fossero rendicontati separatamente ma rientravano in un prezzo complessivo a forfait"*³¹⁵. Risulta espressamente sia nel disciplinare di gara sia nei chiarimenti forniti dall'Amministrazione³¹⁶, che tali servizi erano previsti solo per i lotti di interesse di ASL Milano e non per quelli di interesse di ASL Milano 1, oggetto del presente procedimento. Pertanto, anche a voler considerare la loro presenza per i lotti di interesse di ASL Milano, essa non poteva chiaramente costituire un ostacolo alla formulazione di offerte per i lotti di interesse di ASL Milano 1, dove non erano previsti³¹⁷.

367. Del resto, la presentazione di offerte in sede di prima gara da parte di SICO e di Respiraire, con sconti anche molto significativi³¹⁸, costituisce la prova controfattuale che appare di per sé idonea a dimostrare la 'fattibilità' della partecipazione alla gara. La documentazione agli atti, invero, dimostra come la presentazione di tali offerte abbia sorpreso le altre società le quali, per un verso, hanno avviato azioni di contrasto e di ritorsione nei confronti dell'attività di Respiraire (ad esempio, Medicaire Italia e Vitalaire)³¹⁹ e, per altro verso, hanno esercitato pressioni nei confronti dell'Amministrazione affinché annullasse tali aggiudicazioni, come emerge da quanto riportato dal rappresentante di Medigas, per cui *"molti operatori tra cui Medicaire e Linde hanno chiesto a gran voce di rimettere tutto nuovamente in discussione compresi i lotti già assegnati"*³²⁰.

368. Sulla scorta di quanto precede, appare evidente che la mancata presentazione di offerte avrebbe esposto le imprese - tutte già presenti sul territorio e già fornitrici di ASL Milano 1 - ad un rischio particolarmente elevato di perdita della commessa la quale, nel complesso, considerata la base d'asta, aveva un valore biennale superiore a 5 milioni di euro; valore che sarebbe potuto aumentare in caso di esercizio dell'opzione per ulteriori 6 mesi, con la conseguente 'assenza' dell'impresa dal mercato milanese per un periodo di tempo considerevole.

369. La probabilità di essere estromessi dal mercato legata alla mancata presentazione di offerta risultava, a maggior ragione, elevata se si considera che il disciplinare di gara prevedeva che si sarebbe proceduto "all'aggiudicazione del

³⁰⁹ [Cfr. doc. 1081.]

³¹⁰ [Cfr. docc. 1081 e 1. Risulta infatti per il lotto 25 della gara ASL Milano 1, con base d'asta pari a 12 euro, nei corrispondenti lotti 7 e 9 della gara di ASL Como e Bergamo, la società ha offerto rispettivamente 7,49 euro e 11,98 euro. Con riferimento al lotto 32 di ASL Milano 1, la cui base d'asta andata deserta era pari a 3 euro, nel corrispondente lotto 3 della gara di ASL Como e Bergamo, la società ha presentato offerta pari a 3,49 euro e non pari a 15 euro, come dichiarato in sede di memorie finali]

³¹¹ [Cfr. doc. 1080.]

³¹² [E, dunque, si quantificano i ricavi sulla base dei prezzi più elevati conseguibili in tale procedura.]

³¹³ [Cfr. docc. 670 e 675.]

³¹⁴ [Cfr. doc. 673.]

³¹⁵ [Cfr. doc. 688.]

³¹⁶ [Cfr. doc. 1 nonché la documentazione ufficiale di gara, reperibile sul sito dell'Amministrazione.]

³¹⁷ [Si fa presente che una delle Parti ha dichiarato di aver appreso "solo con la CRI, che l'accusa si incentrava sulle gare indette da o per conto di ASL Milano 1" (cfr. doc. 1074).]

³¹⁸ [Si noti che tali sconti hanno superato anche il 50% rispetto alla base d'asta.]

³¹⁹ [Cfr., tra gli altri, docc. 119 e 281.]

³²⁰ [Cfr. doc. 133.]

servizio di che trattasi anche in presenza di una sola offerta valida ammessa"(enfasi aggiunta)³²¹. In altre parole, pur trattandosi di una procedura volta alla sottoscrizione di un Accordo Quadro, nel caso di specie sarebbe stato sufficiente che uno solo degli operatori attivi nella fornitura di servizi di VTD avesse presentato offerta perché ogni singolo lotto fosse aggiudicato. Pertanto, solo attraverso la concertazione sulla mancata presentazione di offerte le imprese hanno potuto evitare un tale rischio.

370. Del resto, la reazione delle Parti dinanzi alle offerte presentate da SICO e Respiraire per alcuni lotti, appare chiara dimostrazione dell'evidente sorpresa delle società rispetto a tale inaspettata condotta, che aveva in parte turbato gli esiti che, attraverso l'astensione concordata, le Parti intendevano perseguire.

371. Le considerazioni appena svolte valgono anche per l'assenza di offerte nell'ambito della seconda gara, avente in comune con la prima i medesimi documenti di gara e le medesime condizioni economiche. Anche in questo caso, il comportamento di Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol di astenersi dalla presentazione di offerte appare privo di razionalità economica.

372. La finalità dell'azione concertata dalle Parti emerge in tutta evidenza nell'ambito dei tavoli tecnici convocati dall'Amministrazione al fine di accertare le ragioni che avevano portato alla mancata aggiudicazione del servizio. In tale contesto, la documentazione presente nel fascicolo istruttorio dimostra che le Parti avessero raggiunto un accordo in merito ai contenuti delle richieste da sottoporre alla stazione appaltante, soprattutto sotto il profilo economico, considerato il loro obiettivo di indurre l'Amministrazione ad aumentare le basi d'asta nei lotti oggetto di gara.

373. Ciò risulta chiaramente dal resoconto interno di Vitalaire relativo al tavolo tecnico del 24 settembre 2013, nel quale il rappresentante della società afferma che, dopo aver rivisto l'impianto tecnico dei singoli lotti, *"per ognuno di questi abbiamo [i.e. gli HCP] dichiarato il prezzo fissato con il consorzio CR-MN-PV-LO"*³²². In altre parole, nel corso dei tavoli tecnici, gli HCP, a fronte dell'accordo raggiunto prima di sedersi al tavolo tecnico, hanno unanimemente richiesto all'Amministrazione di aumentare i prezzi posti a base d'asta al fine di allinearli con quelli individuati nell'ambito della procedura che in quel periodo veniva svolta dall'ASL di Cremona, in qualità di capofila delle ASL di Mantova, Pavia e Lodi.

374. Che la finalità delle Parti fosse quella di indurre l'Amministrazione ad aumentare i prezzi dei servizi è dimostrato poi dalla offerte 'volutamente' inammissibili presentate da Medigas e Medicaire Italia nell'ambito della terza gara e dall'assenza di offerte invece ammissibili.

375. Indicativa al riguardo la dichiarazione dei rappresentanti di Medigas in sede di audizione per cui *"in questo contesto, Medigas ha presentato un'offerta superiore alla base d'asta perché la base d'asta non rispecchiava le condizioni economiche discusse nei tavoli tecnici ed era inferiore al prezzo minimo cui Medigas poteva pervenire"*³²³.

376. Parimenti chiara la *ratio* che ha sotteso l'offerta di Medicaire Italia, con *"un prezzo in linea con quello della gara di Cremona"*³²⁴, *ratio* che è con estrema chiarezza riassunta in una lettera che la stessa società ha inviato all'Amministrazione prima ancora della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in cui si legge: *"[le condizioni poste a base d'asta] non rispondono alle effettive risultanze del mercato e, verosimilmente, provocheranno una non effettiva partecipazione alla gara o la presentazione di offerte palesemente incongrue. Come vi abbiamo illustrato in precedenza (...) vi abbiamo suggerito di tenere in considerazione quanto contenuto nella documentazione relativa alla Procedura (...) indetta dall'ASL di Cremona"*³²⁵. Da notare che in tale documento Medicaire Italia sembra rappresentare, oltre alla propria, anche la posizione degli altri *competitors*.

377. La concertazione anticompetitiva ha avuto attuazione anche in occasione della quarta gara, quando, a fronte dell'aumento dei prezzi posti a base d'asta le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire, e Vivisol hanno tutte presentato offerta di identico importo, pari alla base d'asta, senza che nessuna di esse proponesse un rilancio competitivo nella fase all'uopo dedicata.

378. Non sono condivisibili, sul punto, le argomentazioni delle Parti in merito all'assenza di incentivi a proporre uno sconto in sede di rilancio competitivo, vuoi in ragione delle modalità di svolgimento dello stesso vuoi in ragione di una supposta assenza di remuneratività.

379. Sul primo punto, le Parti sostengono che la convocazione contestuale di tutte le società che avevano presentato offerta e la richiesta di rilancio ad ognuna di esse, in presenza delle altre, avrebbe annullato ogni incentivo allo sconto. Al riguardo, si evidenzia che la trasparenza di un mercato non comporta di per sé l'automatica assenza di incentivo a competere sul prezzo, dal momento che una riduzione del prezzo rispetto alla base d'asta, in ragione di una struttura dei costi più efficienti, avrebbe consentito di acquisire nuova domanda, quantomeno quella relativa a nuovi pazienti serviti da macchinari fungibili.

³²¹ [Cfr. doc. 1, all. 1, punto 8, Disciplinare di Gara.]

³²² [Cfr. doc. 259.]

³²³ [Cfr. doc. 675. Da evidenziare che, in sede di audizione, la Parte aveva affermato che: *"in questo contesto, Medigas ha presentato un'offerta superiore alla base d'asta per dimostrare che la base d'asta non rispecchiava le condizioni di fornitura discusse nei tavoli tecnici ed indicare il prezzo minimo cui si poteva pervenire"* (doc. 670). Successivamente alla sottoscrizione del verbale, la Parte ha inviato una rettifica precisando che le affermazioni del rappresentante della società andavano lette come riportato nel testo.]

³²⁴ [Cfr. doc. 688.]

³²⁵ [Cfr. doc. 639.]

380. A questo riguardo si evidenzia che le affermazioni di alcune Parti in merito all'infungibilità delle apparecchiature per la VTD, che avrebbe reso inefficace la presentazione di sconti, in quanto il servizio sarebbe stato fornito dall'operatore in possesso dell'apparecchiatura richiesta (a prescindere dal prezzo offerto), sono di fatto smentite dalle evidenze agli atti del fascicolo istruttorio.

381. In primo luogo, rileva la documentazione di gara dalla quale emerge che: **"in caso di apparecchiature equivalenti è evidente che l'operatore scelto sarà esclusivamente colui che avrà presentato il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore o dalla scelta del paziente"**(enfasi aggiunta)³²⁶. Come anticipato, tale documento dimostra la piena consapevolezza in capo alle Parti del ruolo dello sconto rispetto alla base d'asta, che in caso di apparecchiature equivalenti avrebbe 'evidentemente' portato l'Amministrazione a scegliere **"esclusivamente colui che avrà presentato il prezzo più basso, indipendentemente dal livello qualitativo dell'operatore o dalla scelta del paziente"**.

382. In secondo luogo, vale la circostanza per cui le Parti hanno riconosciuto la fungibilità delle apparecchiature a basso valore tecnologico, di quelle in regime di *rebranding*, tra cui quelle fabbricate da Philips, *leader* di mercato, per cui *"grazie al diffuso rebranding, più HCP hanno la disponibilità dello stesso prodotto"*³²⁷, nonché di quelle non coperte da vincoli di esclusiva e dunque accessibili a tutti³²⁸.

È importante considerare che alcune Parti riconducono all'uso di tali prodotti fungibili almeno la metà del proprio fatturato³²⁹.

383. Quanto alla supposta assenza di remuneratività, diversamente da quanto dichiarato dalle Parti, i prezzi posti a base d'asta risultavano sicuramente remunerativi, lasciando, dunque, alle imprese la possibilità di proporre uno sconto rispetto alla base d'asta. In proposito, si richiama quanto già evidenziato nella parte in Fatto del presente provvedimento in merito alla redditività della base d'asta della quarta gara in termini di *Return on Investment- ROI* (pari al [20-30%] per Sapio³³⁰) o di margine netto che per altra società *"era stimato in circa il [30-40%]"*³³¹. Inoltre altra documentazione dà conto di CM1A (profitto marginale per singola unità) medio pari al 59%, con punte fino all'81,5%³³².

384. La remuneratività della gara emerge ulteriormente da quanto affermato dai rappresentanti di Sapio per cui *"Oltre ai pazienti attualmente seguiti da Sapio Life, in AR è stimata una crescita nei prossimi tre anni sulla base dei dati complessivi dichiarati dalla Asl. (...) a queste condizioni indici molto positivi"*³³³, e poi, in risposta, **"Ovviamente mi va benissimo questo livello di redditività..... ma quando avremmo un po' [sic] mi dovrai spiegare"**³³⁴ (enfasi aggiunta).

385. Ciò detto, in questo contesto, le Parti hanno in ogni caso preservato la propria attività attraverso la proroga dei contratti in essere - che l'Amministrazione è stata costretta a richiedere vista la natura essenziale per la salute dei pazienti del servizio di VTD - nella quasi totalità dei casi a condizioni più remunerative, attraverso quella che Vitalaire definisce la *"rivalutazione lotti andati deserti"*³³⁵.

386. In definitiva, quanto sopra descritto evidenzia modalità di partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi in parola basate su strategie coordinate volte ad evitare il confronto competitivo in gara tra le Parti del procedimento, configurando un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 TFUE. L'insieme delle condotte tenute dalle Parti, infatti, in ragione delle anomalie registrate nei comportamenti sopra descritti, dell'assenza di criticità rilevate nei tavoli tecnici, del mancato pregiudizio derivato dal boicottaggio della gara in forza dei contratti di proroga che garantivano il mantenimento delle forniture, e considerata l'assenza di giustificazioni oggettive dal punto di vista economico, non appare altrimenti spiegabile se non come il risultato di una concertazione anticompetitiva.

387. In particolare, tali comportamenti vanno interpretati alla luce dei consolidati principi giurisprudenziali per cui, a fronte dell'obbligo per gli operatori di determinare la propria condotta imprenditoriale in maniera autonoma e indipendente, spetta alle imprese accusate l'onere di *"fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa"*³³⁶.

³²⁶ [Cfr. docc. 180, 194 e 215.]

³²⁷ [Cfr. ad es. docc. 1074, 1079, 1081, 1083 e 1084.]

³²⁸ [Cfr. doc. 1074.]

³²⁹ [Cfr. docc. 1065 e 1083.]

³³⁰ [Cfr. doc. 373.]

³³¹ [Cfr. docc. 181 e 1095.]

³³² [Cfr. doc. 181.]

³³³ [Cfr. doc. 373.]

³³⁴ [Cfr. doc. 345.]

³³⁵ [Cfr. docc. 259, 423, 197, 440 e 510.]

³³⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, 4 settembre 2014, sentenza n. 4506, caso I722 - Logistica Internazionale e Consiglio di Stato, 2 dicembre 2005, sentenza n. 618.]

VII.B.3. La qualificazione dell'intesa per oggetto

388. L'intesa unica e complessa posta in essere tra le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire, e Vivisol ha avuto per oggetto il coordinamento nella decisione di non partecipare alle prime tre gare indette da ASL Milano 1, ovvero partecipare presentando offerta inammissibile, nonché di partecipare alla quarta gara indetta offrendo prezzo pari alla base d'asta e non effettuando alcun tipo di rilancio competitivo nella fase all'uopo prevista dagli atti di gara.

389. Una simile fattispecie di coordinamento, volta a mantenere artificiosamente elevato il prezzo di erogazione del servizio, costituisce, ai sensi della giurisprudenza comunitaria in materia come ripresa dal giudice nazionale³³⁷, una violazione c.d. "per oggetto" della normativa antitrust.

390. In questa direzione, il giudice amministrativo ha affermato che *"alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto" - come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare - così come nella fattispecie in esame - il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "bid rigging") - che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo [101], paragrafo 1, [TFUE]"*³³⁸.

391. Alla luce di quanto precede, si deve ritenere che il coordinamento tra le imprese quale sopra descritto configuri una restrizione per oggetto, dal momento che la concertazione si è inserita nel contesto di gare ad evidenza pubblica, era volta ad impedire il normale svolgimento delle dinamiche competitive che la procedura voleva favorire e risulta, pertanto, di per sé illegittima. Nel caso di specie, infatti, la restrittività dell'intesa si manifesta nel suo oggetto, ossia in una complessa e articolata strategia volta a perseguire un piano d'insieme, rivolto al condizionamento di gare ad evidenza pubblica. Oggetto di tale intesa, unica e complessa, è infatti l'eliminazione del rischio di qualsivoglia confronto competitivo al fine di pervenire in modo coordinato alla fissazione di un prezzo elevato del servizio da erogare.

VII.B.4. L'attuazione e la durata dell'intesa

392. L'intesa ha avuto effettiva attuazione sul mercato per il periodo ricompreso tra marzo 2013 (data di presentazione delle offerte per la prima gara) fino a settembre 2014 (in occasione del mancato rilancio competitivo in sede di quarta gara), come dimostrato dai documenti acquisiti agli atti del fascicolo e dagli esiti delle procedure di gara, di cui le prime tre sono andate deserte - fatta eccezione per pochi lotti - mentre nella quarta gara sono state presentate offerte, frutto della collusione posta in essere dalle Parti, di importo identico pari alla base d'asta, senza dare seguito alla successiva fase del rilancio competitivo. Il periodo considerato rappresenta altresì la durata dell'infrazione contestata.

VII.B.5. L'imputabilità dei comportamenti

393. I comportamenti sopra individuati e l'intesa come configurata sono imputabili alle società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire, e Vivisol, le quali risultano aver concordato le proprie strategie commerciali nell'ambito delle quattro procedure di gara indette da o per conto di ASL Milano 1.

Al contrario, le evidenze documentali agli atti non consentono di imputare l'infrazione contestata a SICO e a Respiraire.

394. Rileva considerare che agli atti del fascicolo non vi sono evidenze relative a contatti tra tali società e le altre Parti del procedimento con riferimento alle gare bandite da ASL Milano 1.

Inoltre, le società SICO e Respiraire hanno presentato offerta nella prima gara per i lotti in cui era prevista la vendita delle apparecchiature per la VTD.

395. SICO non ha presentato offerta per i lotti in cui era previsto il noleggio di tali apparecchiature, né nelle successive gare che avevano ad oggetto sempre il noleggio delle apparecchiature per la VTD, in quanto la società non poteva disporre di tali apparati, giacché vincolati da contratti di distribuzione in esclusiva con operatori concorrenti. Per tali ragioni, SICO non ha presentato offerta nemmeno in occasione della quarta gara, dimostrando un comportamento distinto e autonomo rispetto alle altre Parti del procedimento coinvolte nella vicenda relativa alla fornitura del servizio di VTD nell'area milanese.

396. Respiraire ha presentato offerta solo per i lotti per i quali aveva la disponibilità dei macchinari necessari alla fornitura del servizio, vale a dire i lotti a tecnologia basica.

397. In merito all'assenza di presentazione di offerte in occasione della seconda e della terza gara, appare importante evidenziare che, diversamente dagli altri operatori, Respiraire non aveva l'interesse a non presentare offerte di gara, legato alla proroga dei contratti vigenti, non essendo fornitore dei servizi oggetto dei lotti andati deserti.

398. Con riguardo alla quarta gara, Respiraire, diversamente dagli altri operatori, ha presentato offerta unicamente su 4 dei 9 lotti oggetto di gara, che prevedevano l'utilizzo di macchinari resi disponibili dalla società SIARE, e non sul

³³⁷ [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

³³⁸ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

totale dei lotti di gara, proprio in ragione della indisponibilità delle apparecchiature necessarie per i servizi richiesti negli altri lotti e al fine di entrare "con gradualità nel mercato in questione"³³⁹.

399. In merito all'offerta economica presentata e all'assenza di sconti, essa appare giustificata dalla circostanza che il prezzo a base d'asta era il "minimo sostenibile in funzione di un business plan di tre anni ... che solo al termine avrebbe auspicabilmente consentito di recuperare i costi 'one-off' di avviamento". Tali costi non avrebbero dovuto essere sostenuti dalle altre Parti del procedimento che erano "radicate sul mercato da anni e dunque non avevano alcun costo di avviamento da capitalizzare, in quanto i prodotti che essi potevano offrire in esclusiva erano tutti ben noti ai medici dei vari presidi ospedalieri"³⁴⁰. Inoltre le altre Parti avevano ottenuto una proroga della fornitura del servizio di VTD a prezzi maggiorati rispetto a quelli di affidamento, circostanza di cui Respiraire non poteva beneficiare dal momento che "non era tra i fornitori dei servizi oggetto di proroga"³⁴¹.

400. Rispetto a SICO e Respiraire non appaiono, pertanto, imputabili comportamenti in violazione dell'articolo 101 TFUE.

VII.B.6. Il pregiudizio al commercio intracomunitario

401. Nell'avvio si è ipotizzata l'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza (articolo 101 TFUE) sulla base del pregiudizio intracomunitario che la fattispecie poteva presentare tenuto conto che la condotta in esame aveva luogo sull'intero territorio nazionale.

402. Preliminarmente si rappresenta che, a fronte di una qualificazione della fattispecie in esame quale intesa restrittiva per oggetto non risulta necessario accertarne la consistenza, dal momento che a tale tipologia di intesa non si applicano i criteri della Comunicazione della Commissione c.d. *De minimis*³⁴². In ogni caso, si evidenzia che l'intesa in esame è comunque idonea a falsare sensibilmente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante dal momento che la concertazione posta in essere ha coinvolto le principali imprese attive sul mercato della fornitura dei servizi di VTD a favore di ASL Milano 1, stazione appaltante delle gare in parola.

403. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*³⁴³ il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

404. Le imprese partecipanti all'accordo, complessivamente, nel mercato geografico rilevante interessato dalla concertazione, rappresentano i principali operatori ivi attivi con una quota di mercato aggregata superiore al 60%, circostanza che rende più probabile il verificarsi dell'effetto di cristallizzazione dei mercati, a danno del commercio intracomunitario.

405. Assumono importanza, ai fini della valutazione del pregiudizio al commercio intracomunitario, la rilevanza comunitaria delle procedure di gara interessate, la partecipazione alle stesse di società di spessore nazionale e internazionale e l'importanza degli ambiti territoriali interessati dalle gare, in termini di numero di pazienti assistiti.

406. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene applicabile, nel caso di specie, l'articolo 101 del TFUE³⁴⁴.

VII.B.7. La gravità dell'intesa

407. 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 fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito del procedimento istruttorio.

408. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità dell'infrazione si deve tener conto di un gran numero di fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere.

409. Quanto alla natura dell'intesa in esame, si osserva che i comportamenti contestati integrano un'intesa orizzontale e segreta tra i principali operatori attivi nel mercato della fornitura dei servizi di VTD, mirante a condizionare la dinamica delle riferite gare in modo da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione di tali commesse.

³³⁹ [Cfr. doc. 1117.]

³⁴⁰ [Cfr. doc. 1064.]

³⁴¹ [Cfr. doc. 1064.]

³⁴² [Cfr. la Comunicazione de minimis, citata.]

³⁴³ [GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.]

³⁴⁴ [Si richiama in ogni caso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, n. 102 del 17 gennaio 2008, n. 102 (Prezzi del latte per l'infanzia) secondo cui "l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di "comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte" (cfr. in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, Pannelli truciolari).]

410. In merito alla segretezza dell'intesa si evidenzia che, dagli atti del fascicolo, non vi è alcuna evidenza del fatto che i contatti e gli scambi di mail intercorsi tra le Parti, nel cui ambito venivano condivise le decisioni in merito alla strategia da adottare in sede di gara, assurgessero regolarmente al rango di fatti conosciuti o, almeno, che fossero agevolmente e sistematicamente conoscibili da terzi. Al contrario, sussistono elementi dai quali poter desumere la volontà di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all'intesa.

411. Rileva, in tal senso, considerare, ad esempio, come l'esito della collusione di cui al doc. 510 – nel quale le Parti avevano concordato il contenuto delle lettere da inviare all'Amministrazione dichiarando l'indisponibilità alla proroga alle condizioni economiche vigenti e indicando i prezzi ai quali avrebbero fornito il servizio di VTD – sia stato comunicato singolarmente da ciascuna società all'Amministrazione, come se si fosse trattato di decisioni autonome e non concordate tra gli operatori.

412. In generale, la segretezza dell'accordo emerge, inoltre, dalla tipologia della documentazione che fornisce prova dell'intesa in esame: si tratta infatti di email che non avevano tra i destinatari l'Amministrazione, ma esclusivamente le Parti dell'intesa.

413. L'intesa ha avuto attuazione e ciò ha determinato la fissazione del prezzo ad un livello più elevato rispetto a quello che si sarebbe avuto ad esito di un 'normale' confronto competitivo. Il forte pregiudizio all'operare di corretti meccanismi concorrenziali si è infatti riverberato negli esiti della gara, minando i presupposti di una selezione della miglior offerta, in termini economici, per i servizi oggetto di affidamento.

414. Una simile fattispecie rientra, ai sensi della disciplina nazionale e comunitaria in materia antitrust, tra le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (cosiddette *hardcore restriction*), nonché "tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori/contribuenti), in quanto le norme di attuazione del trattato europeo e della Costituzione italiana [...] sanciscono la necessità di procedure di gara ad evidenza pubblica poiché le stesse rendono possibile un miglioramento in termini di prezzo, qualità e innovazione, ma ciò può avvenire solo mediante il meccanismo del confronto concorrenziale, che è a propria volta espressione di principi di libertà economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione"³⁴⁵.

415. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i maggiori operatori del mercato di riferimento.

VII.B.8. La quantificazione della sanzione

416. Al fine di quantificare le sanzioni sono stati utilizzati le modalità e i criteri di quantificazione indicati nell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché nelle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" (di seguito, "Linee Guida"), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014, nel rispetto altresì di quanto previsto dalla legge n. 287/90 (articolo 15, comma 1) in merito al limite edittale del 10% del fatturato totale d'impresa.

417. Nel dettaglio, poiché i comportamenti contestati integrano una collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, il dato iniziale utilizzato per il calcolo dell'importo di base dell'ammenda è relativo al "valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione", come disposto dal punto 18 delle Linee Guida.

418. Nel caso di specie, quindi, considerate le previsioni della *lex specialis* di gara e la condotta delle Parti finalizzata ad indurre l'Amministrazione ad aumentare gli importi a base d'asta, come avvenuto, infine, in sede di quarta gara, oggetto di aggiudicazione tra le Parti, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde, per ciascuna impresa, all'importo complessivo oggetto di aggiudicazione nell'ambito della quarta gara (7.425.720 euro), che corrisponde alla base d'asta – non essendo stato offerto alcun ribasso – moltiplicato per la durata dell'affidamento.

419. L'importo iniziale per il calcolo delle sanzioni, risultante da quanto sopra esposto, è riassunto nella tabella seguente per tutte le Parti.

SOCIETÀ	IMPORTO BASE D'ASTA/AGGIUDICAZIONE (euro)
Linde	23.306.580
Medicair Italia	23.306.580
Medigas	23.306.580
Sapio	23.306.580

³⁴⁵ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

Vitalaire	23.306.580
Vivisol	23.306.580

420. Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. Trattandosi di un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE, anche alla luce della citata giurisprudenza, in quanto intesa volta a condizionare le dinamiche di gare ad evidenza pubblica, il punto 12 delle Linee guida prevede al riguardo un *range* compreso tra il 15% e il 30%.

421. In relazione al caso di specie, in ragione della gravità dell'infrazione e delle modalità di partecipazione delle Parti alla stessa, appare congruo individuare la percentuale sulla base della quale calcolare l'ammontare della sanzione nel 20%.

422. Trattandosi di intesa posta in essere nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, ai sensi del paragrafo 18 delle Linee Guida, non vi è "*necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione*" che, pertanto, non è presa in considerazione in questa sede.

423. L'importo base delle sanzioni che ne risulta è riassunto nella tabella che segue.

SOCIETÀ	IMPORTO BASE (euro)
Linde	1.485.144
Medicair Italia	1.485.144
Medigas	1.485.144
Sapio	1.485.144
Vitalaire	1.485.144
Vivisol	1.485.144

424. Le Linee Guida prevedono, inoltre, che l'importo base della sanzione possa essere diminuito per tener conto di specifiche circostanze attenuanti. Per quanto concerne il caso di specie, è stata valutata l'adozione da parte di alcune società (segnatamente Linde, Sapio, Vitalaire, Medicair Italia e Vivisol) di specifici programmi di *compliance* antitrust³⁴⁶.

425. Al riguardo si rappresenta che le società Linde, Sapio e Vitaliare hanno fornito evidenza di aver posto in essere programmi di *compliance* già in periodi antecedenti all'avvio del presente procedimento e che, tuttavia, tali programmi sono stati aggiornati nel corso del 2016 e antecedentemente alla ricezione delle risultanze istruttorie, al fine di renderli maggiormente efficaci. Tali programmi si sono declinati in una serie di seminari cui ha partecipato la dirigenza delle società e il personale che opera nelle aree sensibili sotto il profilo antitrust.

426. Al contrario, la società Vivisol ha trasmesso documentazione relativa a programmi di *compliance* posti in essere già dal 2004 ma che non sono stati implementati dopo l'avvio dell'istruttoria. Al riguardo, si osserva che la circostanza per cui, nonostante l'attuazione di una *compliance* antitrust, la Parte abbia posto in essere condotte in violazione del diritto antitrust, dimostra di fatto l'inefficacia del programma adottato.

427. In data 7 dicembre 2016, successivamente al termine di chiusura della fase istruttoria del procedimento è pervenuta documentazione inerente all'adozione di un programma di *compliance* da parte della società Medigas. Tale documentazione dimostra che la società si è dotata di un programma di *compliance* già dal 2006, che, tuttavia, non risulta essere stato aggiornato successivamente all'avvio della presente istruttoria. La circostanza per cui, nonostante l'attuazione di una *compliance* antitrust, la Parte abbia posto in essere una condotta in violazione del diritto antitrust, dimostra l'inefficacia del programma adottato.

428. Con riferimento alla società Medicair Italia si rappresenta che essa risulta aver deliberato l'adozione di un programma di *compliance* antitrust in data 3 ottobre 2016 e, dunque, successivamente alla ricezione delle CRI. Peraltro tale programma non è stato declinato nei suoi contenuti, né risulta essere stato adottato.

429. In considerazione di quel che precede, si ritiene che solo le iniziative assunte dalle società Linde, Sapio e Vitalaire siano in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee Guida. Viene pertanto riconosciuta alle società Linde, Sapio e Vitalaire una circostanza attenuante nella misura del 5%.

430. Talune Parti hanno richiesto una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante, ai sensi del punto 23 delle Linee Guida, per "*aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita*". Tali istanze non sono meritevoli di accoglimento in quanto tutte le Parti sono risultate parimenti coinvolte sia nella ripartizione del mercato e della clientela, sia nel coordinamento sui prezzi ed, inoltre, tutte hanno dato concreta attuazione alle condotte concorrenziali accertate.

³⁴⁶ [Cfr. para 23 Linee Guida, citate.]

431. Nessuna delle Parti ha collaborato efficacemente con l’Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge, pertanto, tale attenuante, prevista nelle linee guida, non può essere applicata a nessuno dei soggetti che ne ha fatto richiesta.

432. Pertanto, gli importi delle sanzioni risultano pari a quanto indicato (in euro) nella tabella seguente, dove è stata considerata altresì la loro soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all’anno 2015 (articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90).

SOCIETÀ	sanzione finale euro	fatturato totale euro	sanzione euro ricondotta al limite edittale
Linde	1.410.887	59.092.122	1.410.887
Medicair Italia	1.485.144	52.629.051	1.485.144
Medigas	1.485.144	36.155.826	1.485.144
Sapio	1.410.887	130.514.513	1.410.887
Vitalaire	1.410.887	72.485.244	1.410.887
Vivisol	1.485.144	106.641.587	1.485.144
TOTALE			8.688.092

VII.C. La gara indetta da ASUR Marche

VII.C.1. Qualificazione della fattispecie e individuazione del mercato rilevante

433. Come già evidenziato, la presente istruttoria è stata avviata dall’Autorità al fine di accertare – tra le altre – l’esistenza di un’intesa tra numerosi operatori attivi nel settore della VTD e OTD nella Regione Marche, volta a limitare il confronto concorrenziale tra gli stessi attraverso il coordinamento dei comportamenti in occasione delle procedure ad evidenza pubblica bandite dalla stazione appaltante ASUR Marche.

434. Gli elementi fattuali evidenziati nella prima parte del presente documento confermano l’esistenza di una concertazione tra le società Linde, Medicair Centro, Sapio, Vivisol e Vitalaire, finalizzata ad ostacolare lo svolgimento della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per l’affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale. La concertazione ha riguardato sia la prima fase di indizione della gara – nel tentativo di dissuadere l’Amministrazione dal ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica per l’assegnazione del servizio –, sia la fase relativa all’espletamento della gara, sia la fase ancora successiva della procedura negoziata, avviata a seguito dell’esito deserto della gara.

435. Come evidenziato in Premessa, la concertazione tra le Parti configura un’intesa per oggetto, unica e complessa, in violazione dell’articolo 101 TFUE, in quanto finalizzata al coordinamento delle politiche commerciali delle società sopra menzionate, allo scopo di mantenere artificialmente elevato il livello dei prezzi dei servizi, anche tramite la concertazione sulle modalità di partecipazione alle gare.

436. In merito all’individuazione del mercato rilevante, sulla base dei principi giurisprudenziali richiamati in Premessa, nel caso in esame, l’ambito economico interessato è rappresentato dalle procedure di affidamento dei servizi di VTD e OTD indette da ASUR Marche, il cui ambito esecutivo coincide con il territorio di competenza di tale Amministrazione.

437. Prima di procedere ad una valutazione dei comportamenti delle Parti si evidenzia che, dalla documentazione agli atti del fascicolo istruttorio, emerge la difficoltà e il lungo lasso temporale che l’Amministrazione ha dovuto sopportare, a causa del comportamento delle Parti, per pervenire all’affidamento del servizio in parola.

438. La stazione appaltante aveva avviato la procedura per l’affidamento del servizio già nel 2010. Come precisato dalla stessa Amministrazione: *“Dopo l’indizione della gara, ASUR ha deciso di attivare un dialogo tecnico rigoroso e formalizzato in ragione della complessità dell’oggetto dell’appalto. Rileva notare che le criticità del bando che sono state sollevate dalle Parti nel corso del procedimento non sono state fatte presenti nel dialogo tecnico, anzi in quella fase era stato manifestato un interesse diffuso alla partecipazione alla gara. La situazione ha subito un drastico cambiamento a fine 2012 – inizio 2013, quando è entrata in campo Assogastecnici con i vertici regionali, che ha richiesto cambiamenti al capitolato di gara. Al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non è pervenuta alcuna offerta nonostante l’interessamento manifestato fino a pochissimi giorni prima. [...] ASUR Marche manifesta che l’assenza di offerte sia ascrivibile a qualcosa intervenuto tra le società. L’Amministrazione ha dunque cercato un operatore esterno a Assogastecnici che manifestasse interesse, trovando un primo concreto interesse di un HCP outsider; ha poi contattato uno ad uno ciascuno degli operatori che si erano qualificati e solo dopo aver acquisito la sicurezza della partecipazione di un numero minimo di operatori viene bandita la procedura negoziata. Ad essa hanno partecipato, oltre all’outsider, cinque operatori. Rileva notare che tre di questi operatori, che non avevano partecipato alla prima procedura andata deserta, hanno addirittura fatto ricorso per partecipare alla procedura negoziata che aveva la medesima lex specialis nonché base d’asta. Grazie a tale partecipazione, è stato raggiunto un risultato straordinario per l’amministrazione, consistente in uno sconto medio del 42% sulle basi d’asta. Infine, ASUR rileva che*

*i soggetti che non hanno partecipato alla prima gara e poi si sono aggiudicati la seconda erano i fornitori storici con evidente beneficio nell'avvenuta dilazione*³⁴⁷.

439. In altre parole emerge che le Parti hanno concertato la mancata partecipazione alla procedura ristretta e, solo a seguito dell'indizione della procedura negoziata – a fronte del concretizzarsi del rischio di estromissione dal mercato, vista la partecipazione di operatori estranei al cartello -, le Parti hanno partecipato alla nuova procedura, presentando ribassi molto significativi rispetto alla base d'asta – con punte del 60% e sconti medi del 42% -, consentendo l'aggiudicazione del servizio e l'ottenimento di risparmi molto significativi per l'Amministrazione.

VII.C.2. I comportamenti contestati

440. Nel merito dei comportamenti oggetto di censura, dalla documentazione agli atti si evince che le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol hanno coordinato le proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino al luglio 2014, quando sono state presentate le offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata.

441. Come ampiamente dimostrato dalla documentazione agli atti del fascicolo, l'indizione del bando di gara per l'affidamento dei servizi di VTD e OTD da parte di ASUR Marche è stata preceduta da una lunga fase prodromica per la definizione dei contenuti del bando stesso, al fine di accertare le effettive esigenze dei pazienti dislocati nel territorio regionale nonché per acquisire, nell'ambito dei tavoli tecnici con gli operatori del settore, indicazioni da questi ultimi in merito all'offerta dei servizi in gara³⁴⁸.

442. Questa fase prodromica all'indizione del bando di gara si è protratta in un primo momento dal 23 dicembre 2009³⁴⁹ (data in cui ASUR Marche ha costituito il Comitato Tecnico) al 22 ottobre 2010, data in cui è stata assunta la delibera di indizione del bando³⁵⁰.

443. La determina del 2010, rilevante ai fini della qualificazione delle imprese interessate a partecipare all'appalto, conteneva il bando e il disciplinare di gara, ma non il capitolato, in quanto l'Amministrazione aveva ritenuto necessarie ulteriori interlocuzioni con gli operatori del settore per definirlo compiutamente, nell'ambito del dialogo tecnico, al fine di acquisire in modo comparativo, *"nel pieno rispetto dei principi di trasparenza tecnica e par condicio, elementi tecnici utili al perfezionamento del capitolato speciale"*³⁵¹.

444. Nel termine previsto dal bando del 2010 (28 febbraio 2011), sono pervenute manifestazioni di interesse alla procedura da parte di 9 imprese, segnatamente: Sapio, SICO, Medigas, Vitalaire, Linde, Medicaire Centro, Vivisol, Gas Tecnici di Foligno e l'RTI Gas Tecnici di Foligno/ Domolife³⁵².

445. Come già precisato, il dialogo tecnico è proseguito attraverso vari incontri tenutesi tra Amministrazione e imprese qualificate, nel corso del 2012 e solo a seguito di tale complesso *iter*, con determina del 16 gennaio 2013, ASUR Marche ha deliberato l'invito alla procedura ristretta delle 9 società che si erano qualificate, utilizzando i documenti definitivi di gara, redatti tenendo conto delle osservazioni delle imprese del settore, incluso il capitolato di gara³⁵³.

446. Da quanto precede emerge che – contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti – i contenuti del bando di gara e del relativo capitolato erano stati ampiamente condivisi con gli operatori del settore, i quali avevano manifestato formalmente il loro interesse a partecipare alla procedura ristretta indetta dall'Amministrazione.

447. Peraltro, occorre rilevare come, a seguito delle indicazioni fornite dalle imprese, la base d'asta per i singoli lotti messi in gara era stata modificata al rialzo, rispetto alla precedente determina del 2010, per un importo complessivo presunto annuo dell'appalto pari a circa 10,8 milioni di euro al netto di IVA, rispetto ai 9,3 milioni originariamente stimati.

448. Dato questo contesto di avvenuta condivisione con l'Amministrazione dei contenuti del bando di gara nonché di parziale adeguamento del bando alle richieste evidenziate dalle società che, nel frattempo, avevano manifestato il proprio interesse a partecipare alla procedura, la mancata presentazione di offerte in sede di gara appare rivestire carattere di assoluta peculiarità e irrazionalità economica, quale stigmatizzata dalla più recente giurisprudenza del TAR, secondo cui in *"mancanza di spiegazioni alternative [...] in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato"*³⁵⁴.

449. Al riguardo, rileva evidenziare che il bando prevedeva l'aggiudicazione per singolo lotto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per come era stata disegnata la gara, anche una sola offerta poteva portare all'aggiudicazione del servizio. Si concretizzava in tal modo un rischio importante, soprattutto per le imprese già

³⁴⁷ [Cfr. doc. 1117.]

³⁴⁸ [Cfr. supra, para 125 e ss.]

³⁴⁹ [Cfr. doc. 599, allegato 1.]

³⁵⁰ [Cfr. doc. 599, allegato 2.]

³⁵¹ [Cfr. doc. 599, allegato 2.]

³⁵² [Cfr. doc. 551, allegato 1.]

³⁵³ [Cfr. doc. 599, allegato 4.]

³⁵⁴ [Cfr., da ultimo, TAR Lazio, 5 aprile 2016, sentenza n. 4096, caso I772 – Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia.]

presenti sul mercato, giacché se anche uno solo dei soggetti invitati avesse presentato offerta, gli altri operatori avrebbero perso la fornitura quinquennale dei servizi di VTD e OTD su tutto il territorio regionale. Il comportamento delle imprese nel corso dell'intera procedura indetta da ASUR Marche dimostra che, nell'ambito della prima gara, tale rischio, di fatto, non sussisteva in quanto neutralizzato dalla concertazione tra le società.

450. Prova ne sia la circostanza per cui nel momento in cui il rischio si è effettivamente palesato, vale a dire nel corso della procedura negoziata, allorché è intervenuta la partecipazione di un concorrente estraneo alla concertazione (l'RTI formato da Criosalento, SIARE e alcune cooperative locali), le Parti, pur in presenza della stessa documentazione di gara e delle stesse basi d'asta previamente contestate, hanno presentato offerta, tra l'altro con sconti particolarmente significativi. Come espressamente riconosciuto in sede di audizione, *"una volta che ASUR Marche ha indetto la procedura negoziata Linde ha deciso di parteciparvi per garantire la propria presenza sul territorio"*³⁵⁵; e così anche le altre imprese. Chiara, in tal senso, è la spiegazione fornita dalla società Vivisol in sede di memoria finale e di audizione finale, per la quale, *"le due fasi erano del tutto differenti: la seconda fase era una trattativa privata, senza pubblicazione del bando per cui solo in questa fase era chiaro che se la società non avesse partecipato era fuori dal mercato"*³⁵⁶.

451. Peraltro, l'anomalia della mancata presentazione di offerte in sede di gara è stata rimarcata anche da ASUR Marche la quale ha affermato che: *"per le vie brevi, una società riferiva [...] di non aver formulato alcuna offerta perché di fatto impedita dagli operatori concorrenti nella gara che, in quanto anche produttori di ossigeno e fornitori della società stessa, avrebbero minacciato la sospensione delle forniture di ossigeno necessaria alla propria attività"*³⁵⁷; dando in tal modo conto di comportamenti anticompetitivi sul mercato, volti ad evitare la presentazione di offerte idonee ad aggiudicare la gara.

452. La stessa Amministrazione, invero, già nella delibera del 18 ottobre 2013, ha espresso il convincimento che l'esito deserto della gara fosse imputabile *"alla condotta delle parti in causa [in quanto] uno svolgimento pienamente libero della procedura di gara [... sarebbe stato] tale da rendere ingovernabile lo svolgimento della stessa ai leader del settore [...] pertanto, l'esito deserto della gara [è stato] oggettivamente funzionale tanto al mantenimento delle attuali forniture a prezzi [...] estremamente alti; quanto alla paralisi della gara d'appalto che consenta di condizionare la stazione appaltante convincendola ad adottare un altro sistema di affidamento dei contratti (accordo quadro), diverso dalla gara ad evidenza pubblica e tale da facilitare una ordinata spartizione del mercato marchigiano"*³⁵⁸.

453. Anche in successive delibere l'Amministrazione dà conto di aver approfondito, a fronte dell'esito deserto della gara, *"le possibili ragioni di tale infruttuosa conclusione. Non veniva ravvisato alcun elemento di tipo tecnico, giuridico, economico o di altra opportunità amministrativa rilevante, tale da comprendere le ragioni dell'esito deserto della stessa"*³⁵⁹.

454. Nel contesto così descritto, assumono importanza diversi documenti agli atti dai quali emerge un fitto carteggio tra le Parti nel periodo antecedente alla data per la presentazione delle offerte. In particolare, si evince che la decisione degli operatori del settore di non presentare offerta avviene in un momento caratterizzato da uno scambio di comunicazioni tra tali soggetti al fine di raggiungere una posizione comune da contrapporre all'Amministrazione per dissuadere quest'ultima dal ricorrere effettivamente allo strumento della gara per l'affidamento dei servizi in parola.

455. Si richiama, in particolare, l'email del 4 febbraio 2013 da Vivisol a Medicaire Centro, Vitalaire, Sapio e Linde in merito alla necessità di decidere una posizione congiunta da assumere nella riunione del 7 febbraio 2013 per convincere ASUR Marche che *"è maggiormente conveniente attivare un accordo quadro piuttosto che un'aggiudicazione ad unico fornitore per lotto che permette una maggiore competizione qualitativa"*³⁶⁰.

456. Parimenti, appare indicativa la catena di email tra Vivisol, Vitalaire, Medicaire Centro e, per conoscenza, Sapio, Linde e Medigas (tra il 3 e il 5 marzo 2013)³⁶¹ volta a condividere i contenuti della lettera, poi inviata ad ASUR Marche in data 7 marzo 2013, con la quale si contesta il ricorso alla gara ed è proposto un modello alternativo alla gara (l'Accordo Quadro), che avrebbe il vantaggio – nella visione delle Parti – di garantire le esigenze di *spending review* e la qualità del servizio offerto ma anche di attrarre investimenti sul territorio e garantire la tutela dei posti di lavoro nonché standard omogenei delle prestazioni erogate³⁶².

³⁵⁵ [Cfr. doc. 648.]

³⁵⁶ [Cfr. doc. 1084, allegato 28 e doc. 1117.]

³⁵⁷ [Cfr. doc. 599.]

³⁵⁸ [Determina di presa d'atto dell'esito deserto della procedura ristretta, con la quale è deliberata altresì l'attuazione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. a) del Codice degli Appalti, per l'affidamento dei medesimi servizi di VTD e OTD. Cfr. doc. 599, allegato 5.]

³⁵⁹ [Cfr. doc. 599, allegato 12.]

³⁶⁰ [Cfr. doc. 229. In allegato il documento "Cure domiciliari" che illustra i vantaggi del sistema di accreditamento: a pag. 11 si fa riferimento allo "spostamento della competizione sull'incremento del livello qualitativo dei servizi domiciliari erogati"; mentre a pag. 12 al "mantenimento della presenza di più operatori sul territorio accrescendo la competizione sul livello della qualità del servizio e mantenimento dei livelli occupazionali".]

³⁶¹ [Cfr. docc. 476 e 368.]

³⁶² [Cfr. docc. 232, 353 e 384.]

Poiché tale lettera non ha avuto riscontro alcuno da parte dell'Amministrazione, nuovamente le Parti si sono coordinate per sollecitare un incontro con la Regione e la Stazione Appaltante³⁶³.

457. A seguito dell'indizione della procedura negoziata - che seguiva a intervenuti contatti dell'Amministrazione con le società Criosalento e SIARE, in quanto società potenzialmente interessate ad ampliare il proprio ambito di operatività nella fornitura del servizio di OTD e VTD nella Regione Marche, nonché in quanto soggetti "non aderente[i] ad Assogastecnici e apparentemente indipendente[i] dai comportamenti degli altri operatori del settore"³⁶⁴ - si registra, poi, una nuova fase di contatti tra le Parti, volti ad esprimere il disappunto per la nuova iniziativa della stazione appaltante e a cercare di ostacolare la stessa. In questo contesto le Parti hanno paventato la propria indisponibilità a prorogare, nelle more della nuova procedura, le condizioni di fornitura del servizio, la cui erogazione doveva comunque essere assicurata dall'Amministrazione per esigenze di salute dei pazienti assistiti³⁶⁵.

458. Da segnalare, al riguardo, che in questo periodo il servizio ha continuato ad essere prestato sulla base delle condizioni economiche previgenti, più favorevoli per gli operatori rispetto ai prezzi stabiliti in sede di gara.

459. Tali documenti, dando conto dei contatti intercorsi tra le Parti, dimostrano - come richiesto dalla giurisprudenza amministrativa in materia - che gli operatori hanno avuto tra loro contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto la creazione di condizioni di concorrenza non corrispondenti alle normali condizioni di mercato, in tal modo violando il principio per cui ciascun soggetto economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato³⁶⁶. Peraltro, a fronte della presenza di "indizi gravi, precisi e concordanti i quali testimoniano - fra l'altro - l'esistenza di fatti e comportamenti oggettivi (quali contatti e scambi di informazioni) i quali possano rivelarsi come indicativi di una concertazione e di una collaborazione anomala"³⁶⁷, le Parti non possono appellarsi ad un mero parallelismo consapevole dei comportamenti da essi posti in essere, ma devono dare prova della spiegazione alternativa (alla collusione) dei comportamenti tenuti in quanto, in tali casi, l'onere probatorio circa l'assenza dell'intesa e la mancata partecipazione della singola impresa grava in capo a quest'ultima³⁶⁸.

460. In questo contesto di contrasto all'effettivo svolgimento della gara per favorire lo strumento dell'accreditamento, si inserisce anche la presentazione di ricorso da parte di Linde avverso gli atti di gara. Oggetto del ricorso erano presunti vizi della procedura, in quanto essa era asseritamente non conforme alle normative settoriali in materia farmaceutica, e prevedeva prezzi a base d'asta troppo bassi³⁶⁹.

461. A tacere del fatto che quest'ultima circostanza è stata smentita in punto di fatto dalla stessa Linde che, in occasione della successiva procedura negoziata, ha effettuato significativi ribassi sulla base d'asta (che, si ricorda, era la medesima del primo bando)³⁷⁰, le obiezioni - che sono state sottolineate anche dalle altre Parti nel corso del presente procedimento - relative a presunte incompatibilità delle previsioni contenute negli atti di gara con la normativa farmaceutica applicabile (a seguito della qualificazione dell'ossigeno come farmaco, commercializzabile solo in presenza di AIC), non appaiono condivisibili e non potevano ad ogni modo costituire un ostacolo alla partecipazione alla gara.

462. La scelta dell'Amministrazione di stabilire un prezzo a *forfait* (comprensivo del prezzo del farmaco e del servizio di assistenza domiciliare), infatti, era in linea con la prassi seguita in altre procedure di gara, nonché con le indicazioni dell'ANAC, come chiarito da AIFA appositamente sentita in audizione sul punto³⁷¹.

463. In proposito, l'Agenzia del Farmaco ha confermato che le Regioni sono solite prevedere un prezzo 'a pacchetto', che include tanto il farmaco quanto il servizio ancillare alla sua erogazione (trasporto, installazione a domicilio, ricambio del materiale di consumo) e che, al fine di chiarire le corrette modalità operative del sistema, si sono svolti alcuni incontri presso il Ministero della Salute con la partecipazione di AIFA e di Assogastecnici ai quali, però, "non si è dato più seguito allorché l'ANAC è intervenuta sul tema dichiarando legittima la previsione da parte delle Amministrazioni nei documenti di gara di un prezzo unico, comprensivo del farmaco e del servizio e qualificando il contratto che esse stipulano con i fornitori come contratto di appalto misto"³⁷².

³⁶³ [Cfr. docc. 234 e 343.]

³⁶⁴ [Cfr. doc. 599.]

³⁶⁵ [Cfr. doc. 379, email del 4 novembre 2013 con la quale Vivisol trasmette a Sapio, Medigas e Vitalaire la bozza di verbale che ha predisposto in merito all'incontro tenutosi in pari data con la Regione Marche per rappresentare l'ostilità degli operatori del settore all'indizione della nuova procedura.]

³⁶⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, 4 settembre 2015, sentenza n. 4123, nel caso I743 - Tariffe traghetti da/per la Sardegna.]

³⁶⁷ [Cfr. Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 4506, nel caso I722 - Logistica Internazionale.]

³⁶⁸ [In tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, 22 marzo 2001, sentenza n. 1699.]

³⁶⁹ [Tale ricorso è stato respinto nel merito dal giudice adito.]

³⁷⁰ [Cfr. infra para. 399.]

³⁷¹ [Cfr. doc. 816.]

³⁷² [Cfr. doc. 816, allegato 1. Tale documento richiama la deliberazione n. 121 del 18 aprile 2007, in cui ANAC aveva affermato espressamente che "nel caso come quello in esame - servizio di ossigenoterapia domiciliare - caratterizzato dalla prestazione di diverse e paritetiche attività, occorre individuare un corrispettivo d'appalto che possa remunerare l'insieme dei servizi richiesti. [...] Per ricondurre ad unità tutte le diverse prestazioni richieste ed addivenire alla remunerazione complessiva del prestatore del servizio,

464. Le Parti, dunque, erano necessariamente consapevoli della liceità delle modalità di determinazione del prezzo stabilite dall'Amministrazione, in quanto prassi generalizzata delle stazioni appaltanti, sulla cui legittimità l'autorità di settore si era pronunciata con orientamento costante.

465. In ogni caso, a conferma della strumentalità delle contestazioni sollevate in merito ai presunti vizi procedurali del bando di gara rileva la circostanza di fatto, non contestata dalle Parti, per cui il medesimo bando di gara è stato accettato senza riserve dalle stesse società, nella successiva fase di procedura negoziata. In altre parole, le Parti, attraverso la richiesta di essere ammesse alla procedura negoziata e la successiva presentazione di offerte, hanno di fatto accettato le modalità di indicazione del prezzo *a forfait*, che erano rimaste invariate rispetto alla prima procedura.

466. Priva di fondamento appare anche l'argomentazione, sviluppata dalle Parti nel corso del procedimento, relativa alla presunta non remuneratività della base d'asta, che avrebbe causato l'esito deserto della gara, il quale sarebbe stato, quindi, il frutto di scelte autonome, economicamente razionali, delle singole imprese.

467. Al riguardo appare dirimente osservare che nella successiva fase di procedura negoziale, tutte le società coinvolte hanno accettato il bando di gara e il capitolato che contenevano la medesima base d'asta (pur avendola ritenuta troppo bassa nella fase della procedura ristretta); e che, in questa seconda fase, esse hanno presentato tutte offerte inferiori alla base d'asta, in molti casi anche in misura assolutamente significativa.

468. A titolo esemplificativo si ricorda che una società ha presentato un'offerta con uno sconto del 60% rispetto alla base d'asta, praticando, quindi, uno sconto molto elevato rispetto ai prezzi che aveva giudicato non congrui ed eccessivamente bassi in sede di ricorso, nonché non abbastanza remunerativi per presentare un'offerta (pari anche alla sola base d'asta) nell'ambito della procedura ristretta³⁷³.

469. A ciò si aggiunga che, come risulta dalla documentazione agli atti³⁷⁴, i prezzi posti a base d'asta dall'Amministrazione erano stati calcolati sulla base dei prezzi vigenti e, in particolare, sulla base dei prezzi più bassi al momento praticati in ambito regionale; peraltro, una società applicava prezzi addirittura inferiori a quelli posti a base d'asta dalla stazione appaltante.

470. Quanto, poi, al cambio di *policy* delle società tra la prima e la successiva procedura³⁷⁵, esso appare motivato dalla preoccupazione di perdere il proprio posizionamento sul territorio marchigiano, a fronte della determinazione dell'Amministrazione ad aggiudicare l'appalto³⁷⁶ che appariva credibile, a seguito della richiesta di partecipazione alla nuova procedura presentata da Criosalento, in ATI con SIARE e alcune cooperative sociali.

471. Il cambio di atteggiamento degli operatori risulta indotto dalle modalità con le quali è stata condotta la procedura negoziata, anche attraverso incontri segreti, che hanno minato la stabilità del cartello, generando incertezza tra le Parti in merito agli effettivi partecipanti alla procedura e, per conseguenza, hanno determinato il concretizzarsi del rischio di perdita della gara, inducendo le Parti a presentare offerte, anche con ribassi significativi.

472. Tale consapevolezza della concreta possibilità di perdere la propria operatività sul territorio, espressamente riconosciuta in sede di audizione finale³⁷⁷, conferma, a contrario, come in occasione della procedura andata deserta le Parti avevano necessariamente concordato la reciproca mancata partecipazione alla gara, annullando ogni rischio di perdita della fornitura del servizio in ambito regionale.

473. In ultimo, si osserva che nel termine stabilito per la presentazione delle offerte, sono pervenute alla stazione appaltante sei offerte, tutte caratterizzate da ribassi rispetto alla base d'asta, dando luogo ad un esito finalmente positivo della procedura indetta dall'Amministrazione che, a distanza di oltre 4 anni dall'avvio della stessa, ha condotto all'aggiudicazione dei lotti in gara alle società Linde, Sapio e Vitalaire. Come anticipato, Medigas non ha chiesto di partecipare alla procedura negoziata e non ha, dunque, presentato offerta.

VII.C.3. La qualificazione dell'intesa per oggetto

474. L'intesa unica e complessa come sopra descritta, posta in essere dalle società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vivisol e Vitalaire, ha avuto per oggetto il coordinamento volto a impedire il ricorso da parte dell'Amministrazione allo strumento della gara, che avrebbe costretto le Parti ad un effettivo confronto concorrenziale, nonché a concertare la decisione di non partecipare alla procedura ristretta indetta da ASUR Marche, nonostante le suddette società si fossero prequalificate, continuando a fornire il servizio sulla base delle proroghe dei contratti previgenti. In tal modo, le società hanno di fatto ostacolato, per un importante lasso temporale dal febbraio 2013 (prime mail volte a dissuadere l'Amministrazione dal ricorso allo strumento di gara) fino al luglio 2014, (scadenza per la presentazione delle offerte nell'ambito della procedura negoziata), l'effettivo confronto competitivo tra le stesse nell'aggiudicazione dei servizi di VTD e OTD nel territorio marchigiano.

475. Una simile fattispecie di coordinamento, volta a salvaguardare il preesistente assetto competitivo del mercato – compartimentandolo – nonché a mantenere artificialmente elevato il prezzo di erogazione dei servizi di VTD e OTD,

l'amministrazione può individuare un prezzo a forfait, che presuppone, ovviamente, l'effettuata analisi dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto".]

³⁷³ [Cfr. doc. 648.]

³⁷⁴ [Cfr. doc. 599.]

³⁷⁵ [Cfr. doc. 599, allegati 7 e 8.]

³⁷⁶ [Cfr. docc. 648, 644 e 673.]

³⁷⁷ [Cfr. nota precedente.]

costituisce, ai sensi della giurisprudenza comunitaria in materia, come ripresa dal giudice nazionale³⁷⁸, una violazione per oggetto della normativa antitrust.

476. Seguendo la medesima linea interpretativa, il giudice amministrativo ha chiarito che *"alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessaria. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto" - come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare -così come nella fattispecie in esame- il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "bid rigging") - che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo [101 TFUE]"*³⁷⁹.

477. Alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, appare doversi ritenere che il coordinamento tra le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vivisol e Vitalaire in occasione della gara bandita da ASUR Marche abbia configurato una restrizione della concorrenza per oggetto, dal momento che era volta, nell'ambito dello svolgimento di una gara ad evidenza pubblica, ad impedire il normale svolgimento delle dinamiche competitive che la procedura voleva favorire e risulta, pertanto, di per sé illegittima. Nel caso in questione, la restrittività dell'intesa si manifesta nel suo stesso oggetto, rappresentato da una strategia, complessa e articolata, volta a condizionare l'esito di gare ad evidenza pubblica, al fine di eliminare il rischio di un confronto competitivo e pervenire in modo coordinato alla spartizione dei pazienti e al mantenimento di un prezzo elevato per l'erogazione dei servizi di VTD e OTD.

VII.C.4. L'attuazione e la durata dell'intesa

478. Nell'ambito della presente valutazione, occorre considerare come la concertazione tra le Parti abbia avuto effettiva attuazione sul mercato per il periodo considerato e ricompreso tra febbraio 2013 (prime mail volte a dissuadere l'Amministrazione dal ricorso allo strumento di gara) e luglio 2014 (quando sono state presentate offerte alla procedura negoziata), come dimostrato dai documenti acquisiti agli atti del fascicolo e, in particolare, dall'esito della prima procedura ristretta di gara, come noto, andata deserta. Ciò ha comportato un significativo ritardo nello svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale tra le Parti, che si è concretizzato solo con la presentazione delle offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata, nel luglio 2014, i cui esiti tuttavia si sono realizzati a maggio 2016, con la sottoscrizione dei contratti a seguito dell'aggiudicazione di gara.

479. Per quanto concerne la durata dell'intesa, le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vivisol, e Vitalaire risultano aver posto in essere i comportamenti lesivi della concorrenza per un periodo compreso tra febbraio 2013 (data delle prime email scambiate tra le Parti in occasione dell'indizione della procedura ristretta³⁸⁰) fino al mese di luglio 2014 (quando le società, dopo aver chiesto di essere invitate alla procedura negoziata indetta dall'Amministrazione ed aver accettato senza riserve il precedente bando e capitolato di gara, hanno presentato offerta nella procedura negoziata)³⁸¹.

VII.C.5. L'imputabilità dei comportamenti

480. I comportamenti in questa sede censurati e l'intesa come sopra configurata sono imputabili alle società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vivisol e Vitalaire le quali, dagli atti al fascicolo, risultano aver concordato le proprie strategie commerciali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica (procedura ristretta e successiva procedura negoziata) indette da ASUR Marche per l'affidamento dei servizi di VTD e OTD nel territorio della Regione Marche.

481. Al contrario, le evidenze documentali agli atti non consentono di imputare l'infrazione contestata a Medigas. A tal fine, occorre osservare, in primo luogo, che essa non era presente sul territorio marchigiano, non avendo qui alcuno stabilimento e non svolgendo alcuna attività di fornitura per le ASL interessate. L'assenza di una posizione pregressa sul territorio determina che Medigas, diversamente dalle altre Parti, non ha beneficiato di alcuna proroga del contratto in essere, né ha avuto alcun incentivo a condividere con esse il rischio, legato alla gara, di perdita della propria operatività sul territorio. In secondo luogo, diversamente dalle altre Parti, Medigas non ha chiesto di essere ammessa alla fase della procedura negoziale e non ha presentato offerta al termine di quest'ultima. Rispetto a Medigas non appaiono, pertanto, imputabili comportamenti in violazione dell'articolo 101 TFUE in relazione alle procedure indette da ASUR Marche.

VII.C.6. Il pregiudizio al commercio intracomunitario

482. Nel provvedimento di avvio si è ipotizzata l'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza (articolo 101 TFUE) sulla base del pregiudizio intracomunitario che la fattispecie poteva presentare tenuto conto che la condotta in esame aveva luogo sull'intero territorio nazionale.

³⁷⁸ [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

³⁷⁹ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

³⁸⁰ [Cfr. delibera del 16 gennaio 2013, doc. 599, allegato 4.]

³⁸¹ [In particolare, le manifestazioni di interesse per partecipare alla nuova gara sono pervenute da parte di Sapio, Vivisol, Vitalaire, Linde e Medicaire Centro, rispettivamente, in data 21 febbraio, 17 marzo, 18 aprile, 6 maggio e 27 maggio 2014. Cfr. doc. 599, allegati 7 e 8.]

483. Come già evidenziato con riferimento alle gare di Milano, si rappresenta in questa sede come, a fronte di una qualificazione della fattispecie in esame quale intesa per oggetto, non appaia necessario accertarne la consistenza, in ragione della circostanza per cui a tale tipologia di intese non si applicano i criteri della Comunicazione della Commissione c.d. *De minimis*³⁸².

484. Si evidenzia in ogni caso che l'intesa in esame è stata comunque idonea a falsare sensibilmente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante dal momento che la concertazione posta in essere ha coinvolto tutte le principali imprese – fatta eccezione per operatori minori di dimensione locale – attive sul mercato della fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore di ASUR Marche, stazione appaltante delle gare in parola.

485. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato³⁸³ il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

486. Le imprese partecipanti all'accordo, complessivamente, nel mercato geografico rilevante interessato dalla concertazione, rappresentano la quasi totalità degli operatori ivi attivi con una quota di mercato aggregata superiore al 80%, circostanza che rende più probabile il verificarsi dell'effetto di cristallizzazione dei mercati, a danno del commercio intracomunitario.

487. Assumono importanza, ai fini della valutazione del pregiudizio al commercio intracomunitario, la rilevanza comunitaria delle procedure di gara interessate, la partecipazione alle stesse di società di spessore nazionale e internazionale e l'importanza degli ambiti territoriali interessati dalle gare, in termini di numero di pazienti assistiti.

488. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene applicabile, nel caso di specie, l'articolo 101 del TFUE³⁸⁴.

VII.C.7. La gravità dell'intesa

489. Come già precisato con riferimento alle gare di Milano, 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 fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito del procedimento istruttorio.

490. Ai sensi della consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità dell'infrazione si deve tener conto di un gran numero di fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere.

491. In merito alla natura dell'intesa in esame, occorre considerare che i comportamenti contestati integrano un'intesa orizzontale e segreta tra i principali operatori attivi nel mercato della fornitura dei servizi di VTD e OTD nella Regione Marche, mirante a condizionare la dinamica delle relative gare in modo da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione delle stesse.

492. Quanto alla segretezza dell'intesa si evidenzia che, agli atti del fascicolo, non vi è alcuna evidenza del fatto che i contatti e gli scambi di mail intercorsi tra le Parti, nel cui ambito venivano condivise le decisioni in merito alla strategia da adottare in sede di gara, assurgessero regolarmente al rango di fatti conosciuti o, almeno, che fossero agevolmente e sistematicamente conoscibili da terzi.

493. Al contrario, sussistono elementi dai quali poter desumere la volontà di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all'intesa, come dimostra la circostanza per cui le lettere – frutto della concertazione – volte ad indurre l'Amministrazione a rivedere la scelta di indire la gara, sono state inviate dalle Parti non personalmente ma sotto la copertura formale dell'associazione di categoria, Assogastecnici.

494. L'intesa, come sopra precisato, ha avuto attuazione e ciò si è riverberato sull'esito deserto della procedura ristretta e nel ritardo con il quale si è instaurato un effettivo confronto competitivo in occasione della presentazione delle offerte ad esito della successiva procedura negoziata.

495. Come noto, una simile fattispecie rientra, ai sensi della disciplina nazionale e comunitaria in materia antitrust, tra le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (cosiddette *hardcore restrictions*), nonché *"tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori/contribuenti), in quanto le norme di attuazione del trattato europeo e della Costituzione italiana [...] sanciscono la necessità di procedure di gara ad evidenza pubblica poiché le stesse rendono possibile un miglioramento in termini di prezzo, qualità e innovazione, ma ciò può avvenire solo*

³⁸² [Cfr. la Comunicazione *de minimis*, citata.]

³⁸³ [GUUE C 291/1 del 30 agosto 2014.]

³⁸⁴ [Si richiama in ogni caso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, n. 102 del 17 gennaio 2008, n. 102 (Prezzi del latte per l'infanzia) secondo cui "l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di "comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte" (cfr. in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, Pannelli truciolari).]

mediante il meccanismo del confronto concorrenziale, che è a propria volta espressione di principi di libertà economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione"³⁸⁵.

496. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i maggiori operatori presenti nel mercato di riferimento.

VII.C.8. La quantificazione della sanzione

497. Al fine di quantificare la sanzione sono stati utilizzati le modalità e i criteri di quantificazione indicati dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle Linee Guida, nel rispetto, altresì, di quanto previsto dalla legge 287/90 (articolo 15, comma 1) in merito al limite edittale del 10% del fatturato totale d'impresa.

498. Nel dettaglio, poiché i comportamenti contestati integrano una collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, il dato iniziale utilizzato per il calcolo dell'importo di base dell'ammenda è relativo al "valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione", come disposto dal punto 18 delle Linee Guida.

499. Nel caso di specie, quindi, considerate le previsioni della *lex specialis* di gara, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde, per ciascuna impresa, trattandosi di gara con esito deserto, "agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione", vale a dire, l'importo complessivo del valore posto a base d'asta per l'aggiudicazione dell'appalto, pari a 10.780.215 euro, da moltiplicare per la durata quadriennale dell'affidamento, come indicato nella tabella che segue.

SOCIETÀ	IMPORTO A BASE D'ASTA (euro)
Linde	43.120.860
Medicaïr Centro	43.120.860
Sapio	43.120.860
Vitalaire	43.120.860
Vivisol	43.120.860

500. Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. Trattandosi di un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE, anche alla luce della citata giurisprudenza, in quanto intesa volta a condizionare le dinamiche di gare ad evidenza pubblica, il punto 12 delle Linee Guida prevede al riguardo un *range* compreso tra il 15% e il 30%.

501. In relazione al caso di specie, in ragione della gravità dell'infrazione e delle modalità di partecipazione delle Parti alla stessa, appare congruo individuare la percentuale sulla base della quale calcolare l'ammontare della sanzione nel 20%.

502. Trattandosi di intesa posta in essere nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, ai sensi del paragrafo 18 delle Linee Guida, non vi è "necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione" che, pertanto, non è presa in considerazione in questa sede.

503. L'importo base delle sanzioni che ne risulta è riassunto nella tabella che segue.

SOCIETÀ	IMPORTO BASE (euro)
Linde	8.624.172
Medicaïr Centro	8.624.172
Sapio	8.624.172
Vitalaire	8.624.172
Vivisol	8.624.172

504. Le Linee Guida prevedono, inoltre, che l'importo base della sanzione possa essere diminuito per tener conto di specifiche circostanze attenuanti. Per quanto concerne il caso di specie, è stata valutata l'adozione da parte di alcune società valutata l'adozione da parte di alcune società (segnatamente Linde, Sapio, Vitalaire, Medicaïr Centro e Vivisol) di specifici programmi di *compliance* antitrust.

³⁸⁵ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

505. Al riguardo si rappresenta che le società Linde, Sapio e Vitalaire hanno fornito evidenza di aver posto in essere programmi di *compliance* già in periodi antecedenti all'avvio del presente procedimento e che, tuttavia, tali programmi sono stati aggiornati nel corso del 2016 e antecedentemente alla ricezione delle risultanze istruttorie, al fine di renderli maggiormente efficaci. Tali programmi si sono declinati in una serie di seminari cui ha partecipato la dirigenza delle società e il personale che opera nelle aree sensibili sotto il profilo antitrust.

506. Al contrario, la società Vivisol ha trasmesso documentazione relativa a programmi di *compliance* posti in essere già dal 2004 ma che non sono stati implementati dopo l'avvio dell'istruttoria. Al riguardo, si osserva che la circostanza per cui, nonostante l'attuazione di una *compliance* antitrust, la Parte abbia posto in essere condotte in violazione del diritto antitrust, dimostra di fatto l'inefficacia del programma adottato.

507. Con riferimento alla società Medicaire Centro si rappresenta che essa risulta aver deliberato l'adozione di un programma di *compliance* antitrust in data 3 ottobre 2016 e, dunque, successivamente alla ricezione delle CRI. Peraltro tale programma non è stato declinato nei suoi contenuti, né risulta essere stato adottato.

508. In considerazione di quel che precede, si ritiene che solo le iniziative assunte dalle società Linde, Sapio e Vitalaire siano in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee Guida. Viene pertanto riconosciuta alle società Linde, Sapio e Vitalaire una circostanza attenuante nella misura del 5%.

509. Talune imprese Parti hanno richiesto una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante, ai sensi del punto 23 delle linee guida, per *"aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita"*. Tali istanze non sono meritevoli di accoglimento in quanto tutte le imprese Parti sono risultate parimenti coinvolte sia nella ripartizione del mercato e della clientela, sia nel coordinamento sui prezzi ed, inoltre, tutte hanno dato concreta attuazione alle condotte concorrenziali accertate.

510. Nessuna delle Parti ha collaborato efficacemente con l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge, pertanto, tale attenuante, prevista nelle linee guida, non può essere applicata a nessuno dei soggetti che ne ha fatto richiesta.

511. Pertanto, gli importi delle sanzioni risultano pari a quanto indicato (in euro) nella tabella seguente, dove è stata considerata altresì la loro soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all'anno 2015 (articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90).

SOCIETÀ	sanzione finale euro	fatturato totale euro	sanzione euro ricondotta al limite editto
Linde	8.192.963	59.092.122	5.909.212
Medicaire Centro	8.624.172	16.699.959	1.669.996
Sapio	8.192.963	130.514.513	8.192.963
Vitalaire	8.192.963	72.485.244	7.248.524
Vivisol	8.624.172	106.641.587	8.624.172
TOTALE			31.644.868

VII.D. La gara indetta da SORESA e l'attività prodromica ad essa

VII.D.1. Qualificazione della fattispecie e individuazione del mercato rilevante

512. La presente istruttoria è stata, altresì, avviata, e successivamente estesa, dall'Autorità al fine di accertare l'esistenza di un'intesa tra numerosi operatori attivi nel settore della ossigenoterapia domiciliare in Campania, volta a limitare il confronto concorrenziale tra gli stessi.

513. La documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria conferma l'ipotesi accusatoria formulata in avvio e, in particolare, dimostra la sussistenza di una concertazione tra le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli, finalizzata ad eludere ogni confronto concorrenziale in relazione alla fornitura del servizio di OTD in Campania, sia in occasione della gara indetta da SORESA nel 2014 sia precedentemente ad essa.

514. La concertazione tra le imprese sopramenzionate configura un'intesa unica e complessa in violazione dell'articolo 101 TFUE, in quanto finalizzata al coordinamento delle politiche commerciali delle società sopra menzionate, allo scopo di mantenere artificiosamente elevato il livello dei prezzi dei servizi, anche tramite la concertazione sulle modalità di partecipazione alla gara.

515. In merito all'individuazione del mercato rilevante, ai sensi dei consolidati principi giurisprudenziali richiamati in Premessa, l'ambito economico interessato dai comportamenti analizzati è rappresentato dalla fornitura del servizio di ossigenoterapia in Campania; servizio che in un primo momento era erogato attraverso il sistema dell'accreditamento e poi è stato oggetto della procedura di affidamento ad evidenza pubblica indetta da SORESA. L'ambito esecutivo sia della procedura di accreditamento sia della successiva procedura di affidamento del servizio, che rappresenta il mercato rilevante ai fini della valutazione dell'intesa in esame, coincide con il territorio di competenza delle ASL Campane.

516. Prima di procedere ad una valutazione analitica dei comportamenti delle Parti in merito alla contestazione in parola, si evidenzia che, dalla documentazione in atti, emerge una ampia attività di concertazione posta in essere dalle Parti allo scopo di garantire il mantenimento del proprio posizionamento nel mercato dei servizi di OTD in Campania, nonché allo scopo di ostacolare le iniziative poste in essere dall'Amministrazione per ridurre la spesa sostenuta per l'erogazione ai propri cittadini del servizio.

517. La strategia posta in essere si è articolata in diverse azioni che saranno, di seguito, valutate dettagliatamente. A meri fini esemplificativi si anticipa brevemente che la concertazione si è realizzata attraverso un primo accordo – sottoscritto dalle Parti in data 20 dicembre 2012 – con il quale gli HCP si dichiaravano indisponibili ad aderire ad una nuova convenzione per la fornitura del servizio di OTD, per l'anno 2013, a condizioni economiche meno favorevoli per gli stessi, rispetto ai prezzi in vigore. Come evidenziato nella parte in Fatto del presente provvedimento, a seguito di tale concertazione l'Amministrazione ha dovuto rivedere al rialzo la decisione economica assunta, onde evitare la mancata adesione degli HCP alla convenzione e la conseguente mancata erogazione del servizio.

518. Successivamente, la strategia delle Parti si è declinata nella mancata adesione a una nuova proposta di convenzionamento presentata da SORESA a inizio del 2014. Dalla documentazione in atti emerge la condivisione di tale strategia volta a rigettare qualsiasi proposta dell'Amministrazione che prevedesse condizioni economiche peggiorative per le Parti e inferiori alle condizioni contrattualizzate in altre regioni italiane (Puglia e Calabria). Solo a fronte dell'adeguamento del prezzo a quello delle regioni Puglia e Calabria, le Parti hanno tutte aderito alla convenzione che doveva assicurare la prestazione del servizio nelle more dell'espletamento della gara che la Regione aveva commissionato a SORESA già del 2012³⁸⁶.

519. In tale contesto si inserisce l'indizione della procedura di gara da parte di SORESA. In questo periodo risultano agli atti del fascicolo numerosi contatti tra le Parti al fine di trovare un equilibrio nella spartizione dei lotti e mantenere il posizionamento di mercato tra le Parti³⁸⁷.

520. Esito della concertazione sono le offerte "ad incastro" presentate in sede di gara che dimostrano il raggiungimento dell'equilibrio collusivo, in termini di assegnazione di lotti e di limitazione del risparmio di spesa per l'Amministrazione.

VII.D.2. I comportamenti contestati

521. L'attività istruttoria ha consentito di accertare la sussistenza tra le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli di una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificialmente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SORESA nel 2014.

522. Tale strategia – lesiva della concorrenza ai sensi della consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria³⁸⁸ – si è tradotta nell'ostacolare, di comune accordo e previo coordinamento della propria condotta, ogni tentativo esercitato dall'Amministrazione volto a ridurre il corrispettivo per il servizio di OTD, culminata nel concordare le modalità di partecipazione alla gara indetta dall'Amministrazione, coordinandosi sia nella fase prodromica alla gara sia nell'ambito della gara stessa.

523. Ciò appare con evidenza dalla lettura dei numerosi documenti presenti nel fascicolo istruttorio. Rileva, in primo luogo, l'accordo sottoscritto da Vivisol, Vitalaire, OXY Live, Medicaire Sud, Ossigas, Eubios, Magaldi, Euroossigeno, Linde, GCO e Tergas, al termine di una riunione tenutasi in data 20 dicembre 2012, nel quale, in opposizione alla dichiarazione della Regione Campania di riduzione del prezzo nella Convenzione per adesione per l'anno 2013, le imprese hanno concordato quanto segue: "*in riferimento alla convenzione sottoscritta tra Federfarma e gli Home Care Provider in data 4.12.2012 in merito alla distribuzione di ossigeno liquido (...) vi comunichiamo **che gli HCP non sono disponibili a rivedere le condizioni concordate con la convenzione precedentemente richiamata, inoltre riteniamo caduti tutti i precedenti accordi sottoscritti tra le parti, pertanto vi comunichiamo che a far data dal 1 gennaio 2013 gli HCP firmatari della presente comunicazione si rifaranno al prezzo AIFA di fatturazione per le relative confezioni***" (enfasi aggiunta)³⁸⁹.

524. In altri termini, in un sistema nel quale le imprese dovevano liberamente ed individualmente scegliere se aderire o meno alla Convenzione e, quindi, accettare le condizioni economiche ivi previste – considerato altresì che ove anche una sola Parte avesse aderito, il servizio sarebbe stato offerto a tali condizioni economiche – le Parti hanno concordato la non adesione di tutte alla Convenzione stessa, imponendo, di fatto all'Amministrazione – stante l'essenzialità del servizio la cui erogazione non poteva essere sospesa – un prezzo più elevato di quello da essa ritenuto congruo, in un'ottica di riduzione della spesa sanitaria.

³⁸⁶ [Cfr. supra, para 179 e ss.]

³⁸⁷ [Cfr. supra, para 196 e ss.]

³⁸⁸ [Cfr. per tutti, TAR Lazio 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047, Consiglio di Stato, 4 settembre 2014, sentenza n. 4506, caso I722 - Logistica Internazionale, nonché Corte di Giustizia, 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, Dole.]

³⁸⁹ [Cfr. doc. 40.]

525. Per effetto di tale lettera, infatti, la Regione, che in un primo momento aveva dichiarato la propria intenzione di ridurre il prezzo del servizio a 3 euro/m³ (dal livello iniziale di 5,43 euro/m³), si è trovata costretta a sottoscrivere una Convenzione per l'erogazione di servizio di OTD, per il 2013, nella quale il prezzo è stato fissato a 3,606 euro/m³, un livello dunque più alto rispetto a quanto dichiarato.

526. Pertanto, con l'accordo del 20 dicembre 2012, di non aderire alla convenzione al prezzo proposto dall'Amministrazione, gli HCP si sono singolarmente assicurati dal rischio di essere esclusi dalla Convenzione e, quindi, di non fornire il servizio nel territorio regionale e hanno costretto l'Amministrazione di rivedere al rialzo il prezzo della fornitura del servizio di OTD.

527. Al riguardo si precisa che, nonostante Federfarma abbia sottoscritto la Convenzione con la Regione Campania, essa non ha avuto alcun ruolo nella determinazione del prezzo da riconoscere agli HCP, non avendo un interesse proprio al riguardo, dal momento che ad essa veniva riconosciuto un importo fisso per ogni confezione venduta, il cui valore era indipendente dal prezzo riconosciuto agli HCP³⁹⁰. Inoltre, non avendo il controllo del servizio, che si limitava ad intermediare, non poteva avere la forza contrattuale di ostacolare l'Amministrazione; né tale capacità poteva avere la scelta autonoma dei singoli HCP.

528. Analoga concertazione, volta ad ostacolare la riduzione dei prezzi richiesta dalla Regione Campania, ha avuto luogo anche nell'ambito della successiva procedura attivata dall'Amministrazione alla scadenza della Convenzione per il 2013.

529. In questo senso, risultano agli atti numerosi contatti tra Linde, Medicair Sud, Euroossigeno, Magaldi, Irongas, Eubios, Vivisol, Ossigas, GCO, Air Liquide (Vitalaire), OXY Live e Tergas volti a concordare la strategia da assumere nei confronti dell'Amministrazione in risposta al nuovo tentativo di quest'ultima di "negoziare un prezzo unico *omnicomprensivo inferiore a quello previsto nell'accordo della Regione Puglia*"³⁹¹.

Particolarmente eloquenti le parole di Linde: "l'accordo in questione a detta loro è provvisorio perché vogliono fare la gara e sappiamo che la pubblicheranno senza dubbio. Questo sarà il loro tentativo di risparmiare ulteriormente, ma per quanto mi riguarda il prezzo dell'accordo Puglia, uguale a quello della Calabria, non può essere assolutamente soggetto a trattative al ribasso" (enfasi aggiunta)³⁹²; e la replica di Medicair Sud: "**se accordo deve essere solo come Puglia e Calabria ... altrimenti se vogliono ottenere prezzi diversi facciano la gara a quando la faranno!!!!**" (enfasi aggiunta)³⁹³.

530. Né sul punto può valere la giustificazione adottata da una delle Parti per cui tale documento provverebbe solo che "i messaggi di risposta (...) si soffermano sulla circostanza per cui l'auspicato accordo avrebbe dovuto prevedere, quale prezzo per l'erogazione del servizio OTD, quello già in essere per le Regioni Puglia e Calabria"³⁹⁴; tale affermazione, di contro, conferma che l'unica criticità presente nella nuova Convenzione fosse legata al prezzo e che l'intenzione delle Parti fosse quella di aderire alla Convenzione unicamente in presenza dei prezzi fissati in altre Regioni.

531. L'intesa così raggiunta si è tradotta nell'astensione dal manifestare interesse all'accreditamento nell'ambito della procedura attivata da SORESA in data 29 gennaio 2014, considerato che essa prevedeva un prezzo per il servizio OTD inferiore rispetto a quello vigente in Puglia e Calabria. Ciò, malgrado il prezzo previsto da SORESA, lungi dall'essere stato astrattamente elaborato, si fondasse sulle "condizioni rilevate (...) a seguito dell'indagine di mercato condotta per la suddetta gara centralizzata"³⁹⁵. Peraltro, a distanza di pochi mesi le Parti presenteranno offerta in sede di gara per basi d'asta significativamente inferiori al prezzo proposto in Convenzione (2,50 euro/m³ a fronte di oltre 3 euro/m³) rispetto alle quali applicheranno addirittura sconti. Tale circostanza dimostra che la mancata sottoscrizione della Convenzione sia stata frutto della concertazione, dimostrando altresì la tenuta dell'intesa.

532. Al fine di indurre l'Amministrazione ad adottare "il prezzo dell'accordo Puglia, uguale a quello della Calabria", le imprese, ancor prima della scadenza del termine per l'accreditamento, hanno chiesto a SORESA "un incontro urgente per analizzare il modello da Voi proposto, che differisce nelle modalità rispetto a quanto condiviso nel corso dei vari tavoli tecnici effettuati (...) e dagli stessi Accordi Quadro vigenti in Puglia e Calabria"³⁹⁶.

Si noti che, avendo l'Amministrazione proposto il modello dell'accreditamento (vale a dire quello richiesto dalle imprese), è evidente che oggetto di contestazione fosse unicamente il prezzo del servizio. Indicativo il commento alla richiesta di incontro manifestato da OXY Live a Sapio: "a conferma dell'allineamento delle consociate campane esposto con precedenti email"³⁹⁷.

³⁹⁰ [Cfr. doc. 40.]

³⁹¹ [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

³⁹² [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

³⁹³ [Cfr. docc. 91, 97, 98, 99, 100 e 103.]

³⁹⁴ [Cfr. doc. 1066.]

³⁹⁵ [Cfr. doc. 658, allegato 2. Si precisa al riguardo che non risulta comprovata l'affermazione di Vitalaire la quale ha asserito di aver dato riscontro positivo alla richiesta dell'Amministrazione, con comunicazione del 3 febbraio 2014 cfr. doc. 905.]

³⁹⁶ [Cfr. doc. 386.]

³⁹⁷ [Cfr. doc. 386.]

533. Solo quando SORESA ha indetto una nuova procedura per la conclusione dell'Accordo, senza modificare in alcun modo le modalità del servizio, ma limitandosi a "riformula[re] le condizioni economiche dell'Accordo, (...) allineandole a quelle stabilite dagli Accordi sottoscritti nella Regione Puglia e Calabria"³⁹⁸, gli HCP hanno manifestato – tutti – interesse per l'accreditamento.

534. Come anticipato, l'azione concertata delle Parti è culminata nell'ambito della gara successivamente indetta dall'Amministrazione per l'affidamento del servizio di OTD. In particolare, le imprese hanno dapprima cercato di ostacolare l'indizione della gara, coordinandosi in merito alle risposte da fornire ai questionari inviati dall'Amministrazione al fine di predisporre la documentazione di gara.

A titolo esemplificativo, si riportano le parole espresse da OXY Live a Magaldi il 28 febbraio 2014, giorno della scadenza dell'invio delle risposte: "(...) **come dobbiamo regolarci con la risposta alla richiesta fatta da loro circa i dati**

statistici da inviare?" [enfasi aggiunta]³⁹⁹. Dello stesso tenore quanto scritto da Euroossigeno a Eubios, Vivisol Napoli, Ossigas, Linde, Medicaire Sud, Vitalaire, OXY Live, Tergas, Magaldi, Irongas e GCO: "in relazione alla richiesta di Soresa di trasmettere il file .xls 'informativa ossigeno' entro data odierna, la Euro Ossigeno srl/Morlando Group srl, **prima di effettuare l'invio, attende comunicazione per concordare sul da farsi**, e chiarimenti riguardo agli ultimi incontri avvenuti dai Ns. delegati presso sede Soresa"⁴⁰⁰ (enfasi aggiunta).

535. La documentazione istruttoria mostra, inoltre, come, nel momento in cui SORESA ha indetto la gara, le imprese si siano coordinate al fine di ripartirsi i lotti in gara. In particolare, risulta che, anche alla luce del vincolo di aggiudicazione di due lotti, le Parti hanno presentato offerta con ribasso sulla base d'asta solamente sul lotto/i sui quali, in ragione della concertazione, non avrebbero affrontato la concorrenza di altre offerte.

536. Tale ricostruzione trova chiaro riscontro nella documentazione acquisita nel corso delle ispezioni. Significativo, a tal fine, il documento manoscritto, parte del quale è riprodotta al para 211 della parte in Fatto del presente provvedimento⁴⁰¹: trattasi di un documento che, sebbene acquisito presso OXY Live, è su carta intestata di Vivisol e soprattutto riporta ipotesi di RTI di cui solo i partecipanti potevano avere contezza. Si pensi all'RTI tra le società Magaldi, Irongas e Tergas, un'ipotesi che, seppure esplorata dalle società – come risulta evidente dalla email del 9 luglio 2014 acquisita presso Magaldi⁴⁰² – non è stata poi realizzata, in quanto Magaldi ha scelto di partecipare alla gara in RTI con Vivisol nonché per lotti differenti (Salerno e Caserta e non Salerno e Avellino). È evidente che OXY Live poteva esserne a conoscenza solo in ragione di una concertazione con le altre imprese sulla ripartizione dei lotti in gara.

537. Al riguardo si evidenzia che in sede di difese conclusive le Parti hanno sostenuto che il documento sarebbe "pervenuto alle mani del competitor nell'ambito degli incontri congiunti tra Vivisol Napoli, Oxy Live, Ossigas ed Eubios con il comune difensore [...] nell'ambito della predisposizione del ricorso al TAR.[...],uno di tali incontri sicuramente tenuto in data 2 luglio 2014"⁴⁰³. Da ciò emerge dunque con chiarezza che tra le Parti (non tutti aderenti al medesimo RTI) vi erano incontri e scambi di documentazione sensibile in previsione – e, quindi, prima – della gara.

538. Stesso significato va attribuito ad altri documenti presenti nel fascicolo istruttorio⁴⁰⁴, tra i quali appare particolarmente rilevante il documento manoscritto acquisito presso Vivisol Napoli, riprodotto al para 218 della parte in Fatto del presente provvedimento⁴⁰⁵, il quale, come dichiarato dall'Amministratore delegato di Vivisol Napoli, riporta una "stima dei pazienti in carico ai concorrenti, **dallo stesso redatta al fine di predisporre l'offerta per la gara SORESA**" [enfasi aggiunta]⁴⁰⁶. Gli abbinamenti tra società e lotti riportati sul documento, seppur redatti antecedentemente all'apertura delle offerte, corrispondono perfettamente a quelli che risulteranno all'esito della procedura; circostanza evidentemente possibile solo in presenza di una concertazione.

539. La Parte ha rinnegato l'affermazione relativa alla datazione del documento in sede di memorie ed audizioni finali⁴⁰⁷. Tuttavia, la circostanza per cui il numero dei pazienti non corrisponda a quello dichiarato da SORESA consente di escludere che il documento contenga appunti presi in sede di apertura delle buste di gara. Quanto alla parte del documento relativa alle imprese "fuori", si osserva che ivi è unicamente riportata l'indicazione delle società che ad avviso dello scrivente non avrebbero partecipato alla gara, non aggiudicandosi alcun lotto e non, come le Parti assumono, l'indicazione delle società escluse a seguito della gara. Prova ne sia che nell'elenco non risulta la società Tergas. Sul punto si ricorda che agli atti è presente documentazione che attesta il tentativo di tale società di

³⁹⁸ [Cfr. determinazione SORESA n. 25 del 12 febbraio 2014.]

³⁹⁹ [Cfr. doc. 93.]

⁴⁰⁰ [Cfr. doc. 89.]

⁴⁰¹ [Cfr. doc. 50, p. 31.]

⁴⁰² [Cfr. doc. 328.]

⁴⁰³ [Cfr. doc. 1084.]

⁴⁰⁴ [Cfr. doc. 50, p. 14 e p. 35.]

⁴⁰⁵ [Cfr. doc. 74.]

⁴⁰⁶ [Cfr. doc. 71.]

⁴⁰⁷ [Cfr. docc. 1096 e 1117.]

partecipare alla gara⁴⁰⁸, tentativo confermato dalla stessa società in sede di audizione. Solo con la sottoscrizione dell'accordo del 28 agosto 2014 la società ha deciso di non partecipare alla gara. Pertanto, se il documento fosse stato redatto successivamente all'apertura delle buste, tra gli esclusi, sicuramente vi sarebbe stato anche il nome di Tergas. Né si può dire che la società non era esclusa in quanto destinataria di un subappalto, perché la stessa posizione è ascrivibile anche ad altre società, tra cui Euroossigeno, che però figura nell'elenco.

540. A conclusione, si riportano le parole di un operatore del mercato: *"le imprese che poi hanno ottenuto l'aggiudicazione dei vari lotti, si sono incontrate in più occasioni, anche al fine di concordare la partecipazione alla gara, in termini di aggiudicazione dei lotti e di prezzi di aggiudicazione, senza che a tali accordi partecipasse in alcun modo GCO. L'attribuzione dei lotti è stata stabilita sulla base dei pazienti già serviti da ogni fornitore, nel tentativo di mantenere il precedente equilibrio di mercato. Tale obiettivo è stato raggiunto solo in parte, in quanto il numero dei pazienti è diminuito quasi del 30%, in ragione soprattutto di una maggiore restrittività nelle prescrizioni di ossigeno liquido da parte dei medici di base. In questo contesto alcuni operatori hanno guadagnato maggiori quote di mercato, in numero di pazienti serviti (Linde, Vitalaire, Vivisol e Sapio)"*⁴⁰⁹.

541. In questo contesto ripartitorio si inserisce il contratto di subappalto sottoscritto tra Tergas e le società Eubios, OXY Live e Ossigas prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, con il quale Tergas, a fronte di un subappalto garantito da Eubios, OXY Live e Ossigas, per una quota pari al 12% dei servizi aggiudicati, si è impegnata *"a non partecipare autonomamente ad alcun lotto della gara in parola, rinunciando sin da ora a stipulare accordi di partecipazione o subappalto con altre società che non siano incluse nel citato raggruppamento"*⁴¹⁰. Al riguardo, impregiudicata la legittimità dell'istituto del subappalto, si osserva che tale accordo conferma l'esistenza di una concertazione per la spartizione dei lotti campani in quanto, pre-assegnando una quota in subappalto ad un operatore, è stata evitata la sua partecipazione alla gara e il rischio di alterazione dell'equilibrio collusivo raggiunto.

542. In conclusione, la documentazione istruttoria mostra come le imprese abbiano presentato delle offerte a incastro, come da tabella riportata nella parte in Fatto del presente provvedimento, al fine di sterilizzare qualsivoglia confronto competitivo in gara. La scelta dei lotti ai quali partecipare, infatti, è stata effettuata di comune accordo a seguito di diversi tentativi, in modo da garantire il mantenimento degli equilibri nelle quote di mercato degli operatori, in termini di pazienti a cui fornire il servizio, nonché una significativa redditività nel prezzo del servizio, nonostante gli sconti applicati rispetto alla base d'asta. In tal modo le Parti hanno eluso l'obbligo, sancito dalla giurisprudenza consolidata⁴¹¹, di autonoma determinazione dei comportamenti, dando prova, al contrario della sussistenza di *"indizi gravi, precisi e concordanti [...] indicativi di una concertazione"*⁴¹² tra le stesse.

543. Sul punto, non appaiono condivisibili le argomentazioni addotte dalle Parti in merito ai criteri sottesi alla scelta dei lotti su cui 'puntare', considerato il vincolo di aggiudicazione di massimo due lotti imposto dai documenti di gara. In particolare, tutte le imprese hanno sottolineato l'importanza nella scelta della localizzazione dello stabilimento dell'impresa, in quanto idonea a garantire un punteggio tecnico maggiore. Sul punto, a tacere della circostanza per cui alcune Parti in realtà non hanno puntato sul lotto dove insisteva il proprio stabilimento, come emerge al paragrafo 225, sia sufficiente osservare che tale criterio, rispetto ai 30 punti totali previsti per l'offerta tecnica, poteva attribuire, al massimo, 3 punti, tra l'altro discrezionali e non tabellari.

Rileva considerare al riguardo che l'RTI di cui è parte Vivisol Napoli ha ottenuto per il lotto di Caserta, dove si trova lo stabilimento della società, uno dei valori più bassi, in termini di punteggio non riparametrato, rispetto ai valori che la medesima compagine ha ottenuto per gli altri lotti⁴¹³.

Allo stesso modo, Vitalaire ha ottenuto il punteggio più basso, sempre in termini di punteggio non riparametrato, per il lotto di Caserta, dove ha il proprio stabilimento⁴¹⁴.

544. In merito alla determinazione dell'offerta economica, nel corso del procedimento è stato enfatizzato dalle Parti, e riconosciuto dalla stessa Stazione Appaltante, il significativo risparmio per la spesa sanitaria locale derivante dall'aggiudicazione della gara. Tale circostanza non è contestata nel presente procedimento; tuttavia essa non implica che lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale tra gli operatori – di fatto eluso nel caso di specie – non avrebbe potuto comportare ulteriori e più significativi risparmi di spesa per l'Amministrazione, come emerge dalla

⁴⁰⁸ [Cfr. doc. 50.]

⁴⁰⁹ [Cfr. doc. 784.]

⁴¹⁰ [Cfr. doc. 50, p. 17-20.]

⁴¹¹ [Cfr. Consiglio di Stato, 4 settembre 2015, sentenza n. 4123, caso I743 - Tariffe traghetti da/per la Sardegna.]

⁴¹² [Cfr. Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

⁴¹³ [Cfr. doc. 50.]

⁴¹⁴ [Cfr. doc. 267. Si evidenzia a questo proposito che la perizia economica depositata da Vitalaire (doc. 1081) mostra una redditività del lotto di Napoli 2 molto elevata a causa di una sottostima del costo degli ammortamenti. In particolare, appare esservi un errore nelle formule contenute nel Foglio INVeAMM del file CL_09_Procedimento I-792 Modello Oxygen Soresa ASL Napoli 2 Nord.xlsx. Una volta corrette tali formule (e rese coerenti con quelle utilizzate per gli altri lotti) emerge che la redditività del lotto Napoli 2 Nord sarebbe negativa per il livello di prezzo offerto da Vitalaire (1,80 €/m³). Non appare corretta, dunque, la tesi della memoria economica secondo cui tutti (e solo) i lotti sui quali Vitalaire ha presentato un'offerta avevano una redditività superiore al target richiesto dalla casa madre (11%).]

documentazione relativa alle ipotesi di prezzo singolarmente valutate dalle Parti, prima di presentare l'offerta definitiva⁴¹⁵.

545. Al riguardo, diversamente da quanto affermato dalle Parti, la documentazione agli atti mostra che i prezzi posti dall'Amministrazione a base d'asta erano in linea con i prezzi del servizio applicati in altri mercati geografici che presentavano caratteristiche assimilabili a quello campano⁴¹⁶, sui quali erano presenti i medesimi HCP. Inoltre, emerge dagli atti al fascicolo come i prezzi offerti dalle imprese in sede di gara, nonostante il ribasso rispetto alla base d'asta, abbiano consentito alle stesse di preservare indici di redditività molto alti⁴¹⁷.

546. Non sono condivisibili al proposito le obiezioni sollevate da una Parte, secondo la quale la circostanza di aver presentato offerte significativamente ribassate rispetto alla base d'asta sarebbe indice dell'inesistenza del cartello, giacché in presenza del cartello le Parti, una volta ripartitesi i lotti, non avrebbero avuto ragione di offrire un prezzo ribassato rispetto alla base d'asta⁴¹⁸.

Al riguardo si rappresenta che l'offerta di sconti rispetto alla base d'asta appare imputabile alla paventata presentazione di offerte da parte di un *outsider* rispetto alla concertazione - CrioSalento - che aveva presentato offerte per tutti i lotti, in alcuni casi con significativi ribassi rispetto alla base d'asta, senza, tuttavia, aggiudicarsene nessuno, come emerge dalle tabelle 5 e 6, riprodotta nella parte in Fatto del presente provvedimento.

547. In proposito, assumono specifico rilievo le affermazioni di un operatore locale (GCO), che in sede di audizione ha dichiarato che l'effettiva quantificazione dei prezzi offerti "è stata condizionata dalla temuta partecipazione di CrioSalento ad alcuni lotti di gara, che ha provocato un ribasso più significativo rispetto alla base d'asta. Nelle more della procedura sono iniziate le trattative per l'acquisizione di CrioSalento da parte di Sapio. Tale circostanza sembra aver condizionato alla fine le modalità di partecipazione - in termini di prezzo offerto - di CrioSalento alla gara"⁴¹⁹.

548. Tali dichiarazioni trovano riscontro nella documentazione istruttoria che dimostra come l'RTI composto da OXY Live, Eubios e Ossigas (le prime due appartenenti al Gruppo Sapio), pur avendo ipotizzato di offrire un prezzo più basso rispetto a quello in fine offerto - corrispondente a 1,85 euro/m³, 1,75 euro/m³ fino a 1,20 euro/m³, come risulta da alcuni documenti agli atti⁴²⁰ - e pur "puntando sul lotto 1 Napoli Centro (dove è lo stabilimento di Ossigas e dove risiedeva la maggior parte dei pazienti allora serviti dalla società) e sul lotto 4 Avellino (dove vi era lo stabilimento di Irongas, società con la quale l'RTI aveva sottoscritto un accordo di avvalimento)"⁴²¹, abbia infine scelto di presentare offerta proponendo uno sconto molto basso, con un prezzo pari a 2,30 euro/m³, peraltro identico per tutti i lotti in gara.

549. Tale rischio è stato evitato solo in virtù dell'accordo tra le Parti, della contestuale trattativa per l'acquisizione del potenziale concorrente aggressivo (vale a dire Criosalento) nonché dell'accordo che lo stesso RTI aveva sottoscritto con Tergas. Tali elementi appaiono tutti imprescindibili in un'ottica di offerte ad incastro, quale quella nel caso in esame⁴²².

VII.D.3. La qualificazione dell'intesa per oggetto

550. L'intesa unica e complessa come sopra descritta, posta in essere dalle società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli ha avuto per oggetto il coordinamento nell'evitare una riduzione del prezzo del servizio, nel tentativo di convincere l'Amministrazione a non ricorrere allo strumento della gara per la fornitura del servizio in ambito regionale, culminato nella spartizione dei lotti posti a gara presentando offerte di fatto non in concorrenza tra loro.

551. In tal modo le società hanno ostacolato per un importante lasso temporale (da dicembre 2012, quando si ha evidenza dei primi contatti tra le Parti per ostacolare una riduzione dei prezzi di erogazione del servizio di OTD, a giugno 2014, quando SORESA indice la procedura ad evidenza pubblica per la fornitura del servizio di OTD in Campania) la possibilità di addivenire ad un effettivo confronto competitivo tra le stesse per l'aggiudicazione dei servizi di OTD nel territorio campano, i cui esiti comunque non si sono realizzati, stante l'avvenuto coordinamento tra le Parti in sede di presentazione delle offerte e la conseguente spartizione - concertata - dei lotti di gara.

552. Una simile fattispecie di coordinamento, volta a impedire un effettivo confronto competitivo tra gli operatori del settore, compartimentando il mercato, nonché a mantenere artatamente elevato il prezzo di erogazione del servizio di OTD, costituisce, ai sensi della giurisprudenza comunitaria in materia, come ripresa dal giudice nazionale⁴²³, una violazione per oggetto della normativa antitrust.

⁴¹⁵ [Cfr., tra gli altri, doc. 50, p. 12 e 26.]

⁴¹⁶ [Cfr. doc. 45.]

⁴¹⁷ [Cfr. docc. 87, 108, 308 e 309.]

⁴¹⁸ [Cfr. doc. 1081.]

⁴¹⁹ [Cfr. doc. 784.]

⁴²⁰ [Cfr., tra gli altri, doc. 50, p. 12 e 26.]

⁴²¹ [Cfr. doc. 702.]

⁴²² [Cfr. supra, para 196 e ss.]

⁴²³ [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, sentenza n. 2837, caso I722 - Logistica Internazionale.]

553. Seguendo tale linea interpretativa, il giudice amministrativo ha puntualizzato che *"alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessaria. Secondo la medesima giurisprudenza, si tratta in particolare, delle forme di coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto" - come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, ed in particolare -così come nella fattispecie in esame- il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. "bid rigging") - che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'articolo [101 TFUE]"*⁴²⁴.

554. Alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, appare doversi ritenere che il coordinamento tra le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli - nella fase antecedente all'indizione della gara bandita da SORESA per l'aggiudicazione del servizio di OTD in Campania, nonché in occasione della gara medesima - abbia configurato una restrizione della concorrenza per oggetto, dal momento che era volta ad ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica e, successivamente, ad impedirne il normale svolgimento, limitando fortemente le dinamiche competitive che la procedura voleva favorire. Il coordinamento posto in essere risulta, pertanto, di per sé illegittimo. Nel caso in questione, la restrittività dell'intesa si manifesta nel suo stesso oggetto, rappresentato da una strategia, complessa e articolata, volta a condizionare l'indizione e l'esito di gare ad evidenza pubblica, al fine di eliminare il rischio di un confronto competitivo e pervenire in modo coordinato alla spartizione dei pazienti e al mantenimento di un prezzo, per l'erogazione del servizio di OTD, più elevato di quello che avrebbe potuto essere originato da un reale confronto competitivo tra gli operatori del settore.

555. Peraltro, una medesima fattispecie di offerte incrociate, suscettibili di accoglimento per alcuni lotti e non competitive per altri, per i quali altre tra le Parti avevano invece proposto offerta in grado di garantire l'aggiudicazione del lotto, è stata censurata dal giudice amministrativo il quale ha ritenuto che tale comportamento ha *"determinato l'eliminazione del confronto competitivo tra le imprese in esame"*⁴²⁵.

VII.D.4. L'attuazione e la durata dell'intesa

556. Occorre considerare, per quanto di rilievo in questa sede, come l'intesa tra le Parti abbia avuto effettiva attuazione sul mercato per il periodo considerato, a partire da dicembre 2012 (primi contatti tra le Parti volti a ostacolare un'eventuale riduzione dei prezzi del servizio) fino a settembre 2014, data di presentazione delle offerte in sede di gara, bandita da SORESA, come dimostrato dai documenti acquisiti agli atti del fascicolo e dall'esito dei convenzionamenti proposti dall'Amministrazione per la fornitura del servizio di OTD in Campania, nonché della stessa gara SORESA che testimoniano l'assenza, in tutte tali occasioni, di un effettivo confronto concorrenziale tra le Parti. Il periodo considerato rappresenta altresì la durata dell'infrazione contestata.

VII.D.5. L'imputabilità dei comportamenti

557. I comportamenti contestati e l'intesa come sopra descritta risultano imputabili alle società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Eubios, OXY Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli, rispetto alle quali, dagli atti al fascicolo, emerge il coordinamento delle rispettive strategie commerciali, sia al fine di ostacolare l'indizione della procedura di gara da parte dell'Amministrazione, mantenendo artificiosamente elevato il prezzo del servizio, sia al fine di ripartire consensualmente i lotti, una volta bandita la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD da parte di SORESA.

558. I comportamenti oggetto di contestazione non appaiono poter essere imputati alle società Eurossigeno, Irongas, GCO - che, infatti, non sono parti della presente istruttoria - in quanto esse, pur risultando destinatarie di alcune delle missive intercorse tra le Parti, non risultano aver svolto alcun ruolo in relazione alle vicende in esame, essendosi limitate, anche in ragione delle dimensioni ridotte e della conseguente limitata incisività delle proprie determinazioni, a subire le scelte degli altri *player* di mercato⁴²⁶.

VII.D.6. Il pregiudizio al commercio intracomunitario

559. Nel provvedimento di avvio si è ipotizzata l'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza (articolo 101 TFUE) sulla base del pregiudizio intracomunitario che la fattispecie poteva presentare tenuto conto che la condotta in esame aveva luogo sull'intero territorio nazionale.

560. Come già evidenziato con riferimento alle gare di Milano e ASUR Marche, si ricorda in questa sede come, a fronte di una qualificazione della fattispecie in esame quale intesa per oggetto, non risulta necessario accertarne la

⁴²⁴ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

⁴²⁵ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

⁴²⁶ [Cfr. doc. 90, in cui GCO si lamenta di non essere stato coinvolto nelle decisioni assunte dagli HCP in merito alla fornitura dei servizi di OTD: "da quando sono venuto a conoscenza di incontri avuti alla SORESA, alla Regione e a Federfarma da alcuni operatori che anche per conto della mia società hanno deciso nuovi accordi non ancora chiari a nessuno".]

consistenza, in ragione della circostanza per cui a tale tipologia di intese non si applicano i criteri della Comunicazione della Commissione c.d. *De minimis*⁴²⁷.

Si rappresenta, in ogni caso, che l'intesa in parola è stata comunque idonea a falsare significativamente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante dal momento che la concertazione posta in essere ha coinvolto tutte le principali imprese attive sul mercato della fornitura dei servizi di OTD a favore di SORESA, stazione appaltante delle gare in parola.

561. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato⁴²⁸ il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

562. Le imprese partecipanti all'accordo, complessivamente, nel mercato geografico rilevante interessato dalla concertazione, rappresentano la quasi totalità degli operatori ivi attivi con una quota di mercato aggregata superiore all'80%, circostanza che rende più probabile il verificarsi dell'effetto di cristallizzazione dei mercati, a danno del commercio intracomunitario.

563. Assumono importanza, ai fini della valutazione del pregiudizio al commercio intracomunitario, la rilevanza comunitaria delle procedure di gara interessate, la partecipazione alle stesse di società di spessore nazionale e internazionale e l'importanza degli ambiti territoriali interessati dalle gare, in termini di numero di pazienti assistiti.

564. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene applicabile, nel caso di specie, l'articolo 101 del TFUE⁴²⁹.

VII.D.7. La gravità dell'intesa

565. Come già precisato, con riferimento alle gare di Milano ed ASUR Marche, 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 fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito del procedimento istruttorio.

566. Ai sensi della consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità dell'infrazione si deve tener conto di un gran numero di fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere.

567. In merito alla natura dell'intesa in esame, occorre considerare che i comportamenti contestati integrano un'intesa orizzontale e segreta tra i principali operatori attivi nel mercato della fornitura dei servizi di OTD nella Regione Campania, mirante a condizionare la dinamica delle relative gare in modo da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione delle stesse.

568. In merito alla segretezza dell'intesa si evidenzia che, dagli atti del fascicolo, non vi è alcuna evidenza del fatto che i contatti e gli scambi di mail intercorsi tra le Parti, nel cui ambito venivano condivise le decisioni in merito alla strategia da adottare in sede di gara, assurgessero regolarmente al rango di fatti conosciuti o, almeno, che fossero agevolmente e sistematicamente conoscibili da terzi.

569. Al contrario, sussistono elementi dai quali poter desumere la volontà di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all'intesa, come dimostra la circostanza per cui alcune comunicazioni – frutto della concertazione – volte ad indurre l'Amministrazione a rivedere la scelta di indire la gara, sono state inviate dalle Parti sotto la copertura formale dell'associazione di categoria ACFAPO. La segretezza dell'accordo emerge, inoltre, dalla tipologia della documentazione che fornisce prova dell'intesa in esame: si tratta infatti di email che non avevano tra i destinatari l'Amministrazione, ma esclusivamente le Parti dell'intesa.

570. Ai fini della qualificazione di segretezza dell'intesa rileva, altresì, la circostanza per cui gli schemi preparatori per la spartizione dei lotti in sede di gara non sono stati reperiti tra la normale corrispondenza email o su supporto informatico, ma su appunti vergati a mano da rappresentanti delle Parti.

571. Occorre, in tal senso, considerare come, ad esempio, i numerosi contatti intercorsi tra le Parti volti a concordare la mancata adesione alla Convenzione a prezzi inferiori a quelli di Puglia e Calabria, non fossero noti all'Amministrazione. Allo stesso modo, l'Amministrazione non era – e non poteva essere – a conoscenza dei contatti tra le Parti che hanno portato alla presentazione di offerte a scacchiera o ad incastro nella gara SORESA, quali risultano dalla documentazione in atti.

⁴²⁷ [Cfr. la Comunicazione *de minimis*, citata.]

⁴²⁸ [GUUE C 291/1 del 30 agosto 2014.]

⁴²⁹ [Si richiama in ogni caso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, n. 102 del 17 gennaio 2008, n. 102 (Prezzi del latte per l'infanzia) secondo cui "l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di "comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte" (cfr. in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, Pannelli truciolari).]

572. L'intesa, come sopra precisato, ha avuto attuazione e ciò ha comportato il ritardo nell'indizione della gara, nonché l'assenza di un effettivo confronto competitivo in occasione della presentazione di offerte in sede di gara, stante l'avvenuta concertazione tra le Parti per la spartizione dei lotti.

573. Come già chiarito, una simile fattispecie rientra, ai sensi della disciplina nazionale e comunitaria in materia antitrust, tra le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (cosiddette *hardcore restrictions*), nonché "tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori/contribuenti), in quanto le norme di attuazione del trattato europeo e della Costituzione italiana [...] sanciscono la necessità di procedure di gara ad evidenza pubblica poiché le stesse rendono possibile un miglioramento in termini di prezzo, qualità e innovazione, ma ciò può avvenire solo mediante il meccanismo del confronto concorrenziale, che è a propria volta espressione di principi di libertà economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione"⁴³⁰.

574. Quanto al ruolo e alla rappresentatività delle imprese coinvolte, si osserva che la concertazione ha coinvolto i maggiori operatori del mercato di riferimento.

VII.D.8. La quantificazione della sanzione

575. Al fine di quantificare la sanzione sono stati utilizzati le modalità e i criteri di quantificazioni di cui all'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle Linee Guida, nel rispetto, altresì, di quanto previsto dalla legge n. 287/90 (articolo 15, comma 1) in merito al limite edittale del 10% del fatturato totale d'impresa.

576. In particolare, trattandosi di una collusione nell'ambito di procedure di gara di appalti pubblici, nonché di concertazione collusiva posta in essere nell'ambito della fornitura del servizio precedente alla gara – rileva quanto disposto dal punto 18 delle Linee Guida, ai sensi del quale: "nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione".

577. Nel caso di specie, considerate le previsioni della *lex specialis* di gara, il valore delle vendite interessate dall'illecito corrisponde, per ciascuna impresa, "agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione", vale a dire, l'importo di aggiudicazione dei singoli lotti di gara, calcolato pro quota in caso di RTI, da moltiplicare per la durata triennale dell'affidamento, come indicato nella tabella che segue.

SOCIETÀ	IMPORTO AGGIUDICAZIONE GARA (euro)
Linde	4.469.643
Eubios	4.022.700
Magaldi	6.264.346
Medicaire Sud	2.564.352
Oxy Live	4.022.700
Ossigas	4.022.700
Tergas	1.645.650
Vitalaire	4.883.717
Vivisol Napoli	6.264.346

578. Tale importo iniziale è stato moltiplicato per la percentuale che riflette la gravità dell'infrazione. Trattandosi di un'infrazione molto grave dell'articolo 101 del TFUE, anche alla luce della citata giurisprudenza, in quanto intesa di prezzo, nonché volta a condizionare le dinamiche di una gara ad evidenza pubblica, il punto 12 delle Linee Guida prevede al riguardo un *range* compreso tra il 15% e il 30%.

579. In relazione al caso di specie, in ragione della gravità dell'infrazione e delle modalità di partecipazione delle Parti alla stessa, nonché in ragione della circostanza per cui i comportamenti contestati sono stati posti in essere già anteriormente all'indizione e aggiudicazione della gara, appare congruo individuare nel 20% il coefficiente di gravità sulla base del quale calcolare l'ammontare della sanzione, moltiplicato per la durata dell'infrazione come sopra definita.

SOCIETÀ	IMPORTO BASE (euro)
Linde	893.929

⁴³⁰ [Cfr. Tar Lazio, 16 novembre 2015, sentenza n. 12931, caso I765 - Fanghi Lombardia e Piemonte, confermato dal Consiglio di Stato, 5 maggio 2016, sentenza n. 3047.]

Eubios	804.540
Magaldi	1.252.869
Medicair Sud	512.870
Oxy Live	804.540
Ossigas	804.540
Tergas	329.130
Vitalaire	976.743
Vivisol Napoli	1.252.869

580. Le Linee Guida prevedono, per di più, che l'importo base della sanzione possa essere diminuito per tener conto di specifiche circostanze attenuanti. Per quanto concerne il caso di specie è stata valutata in primo luogo, l'adozione da parte di alcune società – segnatamente Linde, Eubios, Oxy Live, Medicair Sud, Ossigas, Vitaliare, Vivisol Napoli e Magaldi – di specifici programmi di *compliance* antitrust⁴³².

581. Al riguardo si rappresenta che le società Linde, Oxy Live, Eubios, Ossigas e Vitalaire hanno fornito evidenza di aver posto in essere programmi di *compliance* già in periodi antecedenti all'avvio del presente procedimento e che, tuttavia, tali programmi sono stati aggiornati nel corso del 2016 e antecedentemente alla ricezione delle risultanze istruttorie, al fine di renderli maggiormente efficaci. Tali programmi si sono declinati in una serie di seminari cui ha partecipato la dirigenza delle società e il personale che opera nelle aree sensibili sotto il profilo antitrust.

582. Al contrario, la società Vivisol Napoli ha trasmesso documentazione relativa a programmi di *compliance* posti in essere già dal 2004 ma che non sono stati implementati dopo l'avvio dell'istruttoria. Al riguardo, si osserva che la circostanza per cui, nonostante l'attuazione di una *compliance* antitrust, la Parte abbia posto in essere una condotta in violazione del diritto antitrust, dimostra di fatto l'inefficacia del programma adottato.

583. In data 9 dicembre 2016, successivamente al termine di chiusura della fase istruttoria del procedimento è pervenuta documentazione inerente all'adozione di un programma di *compliance* da parte della società Magaldi. Tale documentazione dimostra che la società si è dotata di un programma di *compliance* già dal 2008, che, tuttavia, non risulta essere stato aggiornato successivamente all'avvio della presente istruttoria. La circostanza per cui, nonostante l'attuazione di una *compliance* antitrust, la Parte abbia posto in essere una condotta in violazione del diritto antitrust, dimostra l'inefficacia del programma adottato.

584. Con riferimento alla società Medicair Sud si rappresenta che essa risulta aver deliberato l'adozione di un programma di *compliance* antitrust in data 3 ottobre 2016 e, dunque, successivamente alla ricezione delle CRI. Peraltro tale programma non è stato declinato nei suoi contenuti, né risulta essere stato adottato.

585. In considerazione di quel che precede, si ritiene che solo le iniziative assunte dalle società Linde, Oxy Live, Eubios, Ossigas e Vitalaire siano in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee guida. Viene pertanto riconosciuta a dette società una circostanza attenuante nella misura del 5%.

586. Talune imprese Parti hanno richiesto una riduzione della sanzione a titolo di circostanza attenuante, ai sensi del punto 23 delle Linee Guida, per "aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita". Tali istanze non sono meritevoli di accoglimento in quanto tutte le imprese Parti sono risultate parimenti coinvolte sia nella ripartizione del mercato e della clientela, sia nel coordinamento sui prezzi ed, inoltre, tutte hanno dato concreta attuazione alle condotte concorrenziali accertate.

587. Nessuna delle Parti ha collaborato efficacemente con l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge, pertanto, tale attenuante, prevista nelle linee guida, non può essere applicata a nessuno dei soggetti che ne ha fatto richiesta.

588. Pertanto, gli importi delle sanzioni risultano pari a quanto indicato (in euro) nella tabella seguente, dove è stata considerata altresì la loro soglia legale massima, pari al 10% del fatturato totale delle Parti relativo all'anno 2015 (articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90).

SOCIETÀ	sanzione finale euro	fatturato totale euro	sanzione euro ricondotta al limite edittale
Linde	849.232	59.092.122	849.232
Eubios	764.313	7.006.292	700.629
Magaldi	1.252.869	14.287.447	1.252.869
Medicair Sud	512.870	32.866.698	512.870
Oxy Live	764.313	2.691.708	269.171

⁴³² [Cfr. para 23 Linee Guida, citate.]

Ossigas	764.313	7.001.078	700.108
Tergas	329.130	750.002	75.000
Vitalaire	927.906	72.485.244	927.906
Vivisol Napoli	1.252.869	25.185.780	1.252.869
TOTALE			6.540.655

589. Nel corso del procedimento è pervenuta, richiamando i paragrafi 31 e 34 delle Linee Guida dell'Autorità in materia sanzionatoria, istanza di non applicazione della sanzione per incapacità contributiva da parte delle società Magaldi e Tergas.

590. Con riferimento alla società Magaldi si osserva che l'analisi dei bilanci degli ultimi 3 esercizi ha evidenziato una perdita solo nel 2015, a fronte di risultati della gestione caratteristica positivi e anzi in crescita nel periodo considerato. Gli indicatori di solvibilità e profittabilità non risultano problematici e non appaiono suscettibili di subire particolare impatto per effetto della sanzione. Per quanto riguarda la liquidità, si rileva che, pur risultando dall'analisi di bilancio un Capitale Circolante Netto (CCN) negativo, circa la metà dei debiti a breve termine della società è nei confronti di soci e/o società controllanti. Pertanto, ipotizzando un rimborso di tali debiti in tempi più lunghi dell'anno ed escludendoli, quindi, dall'alveo delle passività correnti, il CCN risulta ampiamente positivo, anche successivamente all'imposizione della sanzione. In ogni caso, rileva notare che Magaldi è interamente controllata da Medigas, che a sua volta fa parte di un gruppo internazionale, profittevole e finanziariamente solido, la cui comprovata capacità contributiva viene in rilievo, come da prassi comunitaria, per valutare la posizione di Magaldi con riguardo all'istanza di Inability to Pay.

591. Sulla base delle precedenti considerazioni, non si ritiene sussistano per Magaldi i presupposti per l'applicazione di una riduzione della sanzione per incapacità contributiva.

592. Con riguardo all'istanza di Tergas, si osserva che, nell'ultimo triennio, il margine operativo lordo è sempre stato largamente positivo e la società ha sempre conseguito utili. Inoltre, sulla base dei dati di preconsuntivo inviati dalla stessa ai fini della valutazione della suddetta istanza, la sanzione, nell'ammontare sopra determinata, sarebbe interamente coperta dall'utile previsto per l'esercizio 2016. Gli indici di bilancio sono positivi per quanto riguarda sia la solvibilità sia la profittabilità; la situazione riferita alla liquidità non raggiunge particolari livelli di criticità e il CCN rimane largamente positivo anche successivamente all'imposizione della sanzione. A differenza di quanto sostenuto dalla Parte, infatti, non può essere considerato fra le passività correnti il fondo TFR, in quanto non si tratta di un debito esigibile nel breve periodo.

Per tali motivi, non risultano soddisfatti i requisiti per applicare a Tergas una riduzione della sanzione a titolo di incapacità contributiva.

VIII. CONCLUSIONI

593. Le intese sopra descritte integrano tre distinte fattispecie di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, finalizzate, come diffusamente dimostrato, a concertare la politica commerciale delle imprese coinvolte, per massimizzare i propri profitti ed eludere, nell'ambito di gare ad evidenza pubblica, lo svolgimento di dinamiche concorrenziali volte a disciplinare il livello dei prezzi dei servizi erogati a favore delle Amministrazioni.

594. Occorre, peraltro, osservare che tali intese, avendo ad oggetto la concertazione sulla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi per conto di aziende sanitarie locali, si sono sostanziate in intese di prezzo e di ripartizione del mercato, restrittive per oggetto e particolarmente gravi ai sensi della consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia antitrust.

RITENUTA la completezza dell'istruttoria svolta e la non necessità dei supplementi istruttori richiesti dalle società Vivisol e Vivisol Napoli con istanza del 17 novembre 2016, in quanto attinenti a profili non pertinenti o irrilevanti ai fini della valutazione, ovvero ad accertamenti istruttori già svolti;

RITENUTO che le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in occasione delle quattro gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

RITENUTO che Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol abbiano coordinato le proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino a luglio 2014, quando sono state presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

RITENUTO che le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Oxy Live, Eubios, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli abbiano posto in essere una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificialmente alto il prezzo del servizio di

OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SORESA nel 2014, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

RITENUTO che le evidenze documentali agli atti non consentono di imputare alcuna delle infrazioni descritte alle società SICO e Respiraire;
tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) di rigettare l'istanza istruttoria Vivisol e Vivisol Napoli;

b) che le società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle strategie in occasione delle quattro gare bandite tra il 2012 e il 2014 da o per conto di ASL Milano 1 per la fornitura del servizio di VTD a favore dei pazienti residenti nel territorio di competenza di tale ASL;

c) che le società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), consistente nella concertazione delle proprie strategie commerciali in occasione della gara bandita già nel 2010 da ASUR Marche per la fornitura dei servizi di VTD e OTD a favore dei pazienti residenti nel territorio regionale, ostacolando un effettivo confronto concorrenziale tra le stesse fino a luglio 2014, quando sono state presentate offerte nell'ambito della successiva procedura negoziata;

d) che le società Linde, Medicaire Sud, Magaldi, Oxy Live, Eubios, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) consistente in una strategia di coordinamento tesa a mantenere artificialmente alto il prezzo del servizio di OTD in Campania, a ostacolare l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di OTD in Campania, nonché a impedire lo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale in occasione della gara indetta da SORESA nel 2014;

e) che le società Linde, Medicaire Italia, Medicaire Centro, Medicaire Sud, Medigas, Magaldi, Sapio, Oxy Live, Eubios, Ossigas, Tergas, Vitalaire, Vivisol, e Vivisol Napoli si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata di cui ai punti b), c) e d);

f) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto b), vengano applicate alle società Linde, Medicaire Italia, Medigas, Sapio, Vitalaire e Vivisol le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

SOCIETÀ	sanzione euro
Linde	1.410.887
Medicaire Italia	1.485.144
Medigas	1.485.144
Sapio	1.410.887
Vitalaire	1.410.887
Vivisol	1.485.144

g) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto c), vengano applicate alle società Linde, Medicaire Centro, Sapio, Vitalaire e Vivisol le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

SOCIETÀ	sanzione euro
Linde	5.909.212
Medicaire Centro	1.669.996
Sapio	8.192.963
Vitalaire	7.248.524
Vivisol	8.624.172

h) che, in ragione della gravità dell'infrazione di cui al punto d), vengano applicate alle società Linde, Eubios, Magaldi, Medicaire Sud, Oxy Live, Ossigas, Tergas, Vitalaire e Vivisol Napoli le sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente pari a quanto indicato nella seguente tabella:

SOCIETÀ	sanzione euro
Linde	849.232
Eubios	700.629
Magaldi	1.252.869
Medicaire Sud	512.870
Oxy Live	269.171
Ossigas	700.108
Tergas	75.000
Vitalaire	927.906
Vivisol Napoli	1.252.869

Le sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai punti f), g) e h) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato 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*.

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.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel 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, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, 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
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella